Sygn. akt KIO 1438/19

WYROK

z dnia 9 sierpnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2019 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lipca 2019 r. przez wykonawcę: ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie

przy udziale wykonawcy: INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża odwołującego ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu na rzecz zamawiającego Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 1438/19

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie

- dalej „zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zwiększenie udziału energii ze źródeł odnawialnych na obiektach MPWiK Sp. z o.o.", oznaczenie sprawy: ZP/S-PN-18/2019 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp". W dniu 26 kwietnia 2019 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 082-195988.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2019 r. poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, w części I postępowania, oferty wykonawcy - INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie, jako najkorzystniejszej. Z rozstrzygnięciem tym nie zgodził się wykonawca ML System S.A. z siedzibą w Zaczerniu (dalej „odwołujący") i w dniu 25 lipca 2019 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, podnosząc niezgodność z przepisami ustawy Pzp czynności (zaniechań) zamawiającego polegających na zaniechaniu czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy INERGIS S.A oraz zaniechaniu czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy, a w konsekwencji niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przesłanki, o których mowa w tych przepisach, gdy tymczasem INERGIS S.A. przedstawiła nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia kierownika budowy, które pozwoliły potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W rzeczywistości bowiem wskazany przez INERGIS S.A. pan M. R. nie posiadał doświadczenia kierownika budowy lub robót przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2 MW w Legnicy w okresie od 01.06.2019 r.;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty INERGIS S.A., mimo iż wykonawca ten w celu potwierdzenia, iż oferowane urządzenia wskazane w Wykazie Kluczowych Urządzeń odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego przedstawił nieważne deklaracje CE wydane na podstawie nieobowiązujących wersji norm IEC 61215 oraz IEC 61730,

a tym samym niezastosowanie się do obowiązku przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenia ponownych czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

W zakresie w jakim wskazywał na konieczność wykluczenia przez zamawiającego z postępowania wykonawcy INERGIS S.A. podnosił, że zamawiający w rozdz. VI ust 2. pkt 3) ii., lit. „a" Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") o tytule „warunki udziału w postępowaniu" określił wymagania odnośnie warunku dotyczącego m.in. zdolności technicznej lub zawodowej. Wynika z niego, iż „Wykonawca musi wykazać, że w przypadku składania oferty dla części I będzie dysponował Kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, z minimum 5 letnim doświadczeniem w pracy

na stanowisku kierownika budowy lub kierownika robót, w tym w kierowaniu pracami minimum jednej budowy instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 0,4 MWp". Wybrany Wykonawca - INERGIS S.A. przedstawił na wezwanie zamawiającego wykaz osób, w którym wskazał Pana M. R. jako Kierownika budowy podając informację, iż posiada on „14 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub robót m. in. przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2 MW w Legnicy w okresie od 01.-06.2019 r." Jak wynika jednak z informacji uzyskanych od Regionalnego Operatora Sieci Dystrybucyjnej (OSD) firmy Tauron S.A., do którego podłączane są farmy fotowoltaiczne - a należy podkreślić, iż zakończenie inwestycji polegającej na budowie farmy fotowoltaicznej polega na włączeniu jej do OSD na terenie miasta Legnicy nie ma ani jednej czynnej lub też włączonej do sieci w tym roku farmy o mocy większej niż 1 MW. Jedyna uruchomiona w tym roku (roboty prowadzone w okresie od 10 września 2018 r.) duża instalacja PV w Legnicy to podłączona do sieci instalacja w dniu 17 maja br. o wielkości 0,79 MW. Na niej zaś Kierownikami budowy - według zapisów w dzienniku budowy w różnych okresach - byli Pan P. K. oraz S. P., natomiast Kierownikiem robót elektrycznych był Pan M. K. Jak ustalił odwołujący informacji o „budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2 MW w Legnicy w okresie od 01.-06. 2019 r." nie ma także w Wydziale Architektury Urzędu Miasta Legnica oraz Powiatowym Inspektoracie Nadzoru Budowlanego w Legnicy. Co istotne w bazie Rejestru Wniosków, Decyzji i Zgłoszeń (RWDZ - których baza dostępna jest na .) i gdzie umieszczane są wszystkie wydane pozwolenia na budowę - w Legnicy zostały wydane tylko 3 pozytywne pozwolenia na budowę elektrowni PV tj: (i) budowa 900 kW, decyzja z dnia 20 listopada 2015 roku - Inwestor: B. J.; (ii) budowa 100 kW wykonana dnia 14 grudnia 2017 roku - aktualnie w trakcie rozbudowy (rozbudowa nie zakończona) - Inwestor: PWSZ; (iii) rozbudowa istniejącej instalacji PV o mocy 1000 kW z dnia 30 kwietnia 2019 roku do mocy 1996,8 KW (rozbudowa nie została jeszcze rozpoczęta) - Inwestor: TBVS Sp. z o.o. Ustalenia te prowadzą do wniosku, że nie ma możliwości aby Pan M. R. zrealizował jako Kierownik budowy lub nawet Kierownik robót instalację o mocy 2 MW w Legnicy, ponieważ taka ani w zadeklarowanym czasie (styczeń - czerwiec 2019 r.), ani zadeklarowanej wielkości (2 MW) nie została w tym mieście wykonana i podłączona. Na dowód powyższego odwołujący przedstawił informację otrzymaną drogą mailową od Pana P. K., Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla miasta Legnicy. Powyższe, zdaniem odwołującego, wskazuje, że w sprawie zmaterializowały się wszystkie przesłanki łącznie występujące w art. 24 ust 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. INERGIS S.A. przypisał bowiem wskazywanej osobie doświadczenie, którego osoba ta w istocie nie nabyła, co skutkować powinno wykluczeniem go z postępowania. W jego ocenie wybrany wykonawca przedstawił informacje dotyczące doświadczenia wskazanego Kierownika budowy w taki sposób, aby wywołać u zamawiającego przekonanie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, mimo rzeczywistego niespełniania tego warunku. Sposób podania przedmiotowej informacji przez INERGIS S.A. wskazywał na doświadczenie Kierownika w budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2 MW w Legnicy w okresie od stycznia do czerwca 2019 roku, podczas gdy z dowodów przedstawionych powyżej wynika, że taka instalacja w takim czasie nie była tam wykonywana. Co ważne, tak podana informacja miała wpływ na ocenę przez zamawiającego spełniania warunku dotyczącego zdolności zawodowej, co wypełnia przesłankę wprowadzenia go w błąd, z jednoczesnym wpływem na podejmowane przez niego decyzje. Tym samym spełnione zostały warunki z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, nakazujące wykluczenie go z postępowania.

Zdaniem odwołującego w przedmiotowej sprawie wypełniona została również przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, gdzie ustawodawca nie oczekuje wywołania stanu „wprowadzenia w błąd", lecz nakazuje sankcjonować już „przedstawienie informacji wprowadzających w błąd", co potwierdza ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Pogląd, mówiący o konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania z tytułu podania nieprawdziwych informacji właśnie na gruncie doświadczenia kadry można znaleźć w rozlicznych orzeczeniach. Ponadto podkreślił, że określając stronę podmiotową w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp ustawodawca wskazał na lekkomyślność lub niedbalstwo (będące formami wprowadzenia w błąd wskazującymi na niższy stopień nieprawidłowości działań wykonawcy niż ten określony w art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp). Nie zwalnia to jednak wykonawcy z obowiązku starannego działania. Bez wątpienia jednym z przejawów staranności jest zaś obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych.

Powyższe oznacza, że przypisanie panu M. R. doświadczenia, którego faktycznie nie posiada, jednoznacznie wskazuje na ziszczenie się przesłanek zarówno tych z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, jak i tych z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. To zaś wymaga bezwzględnego wykluczenia INERGIS S.A. z przedmiotowego postępowania. Zwłaszcza, że używając w przepisie art. 24 sformułowania „wyklucza" w przeciwieństwie do „można wykluczyć" prawodawca przesądził o obligatoryjnym charakterze tej czynności, a zaniechanie dokonania tej czynności doprowadziłoby również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zapewnienia uczciwej konkurencji.

Odwołujący podkreślał ponadto, że w niniejszej sytuacji nie znajdzie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ za nieuprawnione należy uznać wezwanie do uzupełnienia

dokumentu - w tym przypadku wykazu osób, jeśli złożony dokument zawiera informacje nieprawdziwe, a więc takiemu uzupełnianiu nie podlega. Tym bardziej, że brak możliwości zastosowania w przedmiotowej sytuacji wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozostaje okolicznością bezsporną, potwierdzoną wielokrotnie w orzeczeniach KIO (np. wyrok z dnia 20 marca 2018 r., sygn. akt KIO 418/18 czy też wyrok z dnia 29 marca 2018 r., sygn. akt KIO 506/18).

Podnosząc zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazywał na następujące okoliczności, które winny skutkować uznaniem, że oferta złożona przez wykonawcę INERGIS S.A. jest niezgodna z treścią SIWZ. W treści swojej oferty - załącznik nr 1A pn. „Wykaz kluczowych urządzeń" - wykonawca ten oznaczył producenta / Typ / Model oferowanych paneli PV jako BEM 300 Prestige. Na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp - pismo zamawiającego z dnia 24 czerwca 2019 roku, TI/226/081/2019 - wykonawca przedstawił dokument potwierdzający spełnienie wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych dla innego produktu niż podany w treści oferty urządzenia tj. modułu BEM-300. Tym samym, w ocenie odwołującego, zmienił treść swojej oferty co jest absolutnie niedopuszczalne po terminie składania ofert. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraża bowiem ogólną zasadę niezmienności treści oferty. Tym samym wyklucza możliwość, aby w ramach wyjaśnień udzielonych na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czy też w wyniku złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub wyjaśnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust. 1, 3 lub 4 ustawy Pzp nastąpiła zmiana treści oferty. Ponadto, próbując wykazać spełnienie wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych paneli PV wykonawca dokonał pewnego rodzaju manipulacji dokumentami w celu zmylenia zamawiającego. Tak bowiem należy ocenić przedstawienie na stronie pierwszej informacji, że posiada wymagane certyfikaty spełnienia norm IEC wydane przez KIWA Ceremet Italia, wraz z rysunkiem obrazującym model składający się z 60 ogniw - który rzeczywiście je spełnia (chodź nie według aktualnie obowiązujących norm), a następnie umieszczenie na stronie drugiej specyfikacji technicznej modułu składającego się z 66 ogniw - który już nie posiada certyfikatu zgodnego z aktualnymi normami. Nowa deklaracja zgodności, jak i dokument odniesienia w postaci certyfikatu, datowane na późniejszy okres tj. 17 lipca 2019 r. zostały dostarczone zamawiającemu w dniu 19 lipca 2019 r. (deklaracja i certyfikat pomimo rozszerzenia o moduł zbudowany z 66 ogniw nadal nie odnoszą się do norm aktualnych). Powyższa rozbieżność nie może, zdaniem odwołującego, być tłumaczona jak w piśmie INERGIS z 19 lipca br. tj., że „rysunek na pierwszej stronie tej karty jest tylko znakiem graficznym prezentującym wygląd ogólny panela fotowoltaicznego, a jego szczegółowe dane techniczne znajdują się na drugiej stronie".

Jak wynika z przeprowadzonej analizy porównawczej oryginalnej karty katalogowej modułu BEM 300, która jest dostępna na stronie Bruk-Bet, z przedstawioną przez wykonawcę wskazuje bowiem, że moduł BEM 300 tak naprawdę ma 60 ogniw - czyli tyle ile wskazuje „rzekomy znak graficzny" z pierwszej strony karty, a nie 66 jak twierdzi w swoich wyjaśnieniach wybrany wykonawca. Informacja o 66 ogniwach znajdująca się w przedstawionej przez INERGIS na drugiej stronie karcie katalogowej w tabeli oznaczonej jako „Budowa", w ósmym jej wierszu jest bowiem wynikiem jej przeróbki. Świadczą o tym dowody w postaci pozostawienia niezmienionego rysunku panela na stronie 2 (zawierającego zaburzone proporcje szerokości do długości charakterystyczne dla modelu 60 ogniw - który prawdopodobnie nie jest już tylko „znakiem graficznym") i podanych tam danych dotyczących jego pakowania (karton 1,7 x 1,2 m.). To zaś bezspornie dowodzi, że INERGIS w karcie katalogowej niekonsekwentnie dokonywał zmian, pozostawiając dane charakterystyczne dla modułu składającego się z 60 ogniw w postaci rysunku i sposobu pakowania.

Podniesione powyżej niekonsekwencje, z jednej strony oświadczenie INERGIS zawarte w ofercie dotyczące modelu i rodzaju modułu zawierającego oznaczenie modułu zbudowanego z 60 ogniw, z drugiej strony karta katalogowa zawierająca na stronie tytułowej 60 ogniw posiadająca certyfikaty spełnienia norm IEC wydane przez KIWA, a w parametrach technicznych modułu na drugiej stronie wykazująca 66 ogniw, z trzeciej strony deklaracja zgodności dotycząca grupy modułów z których żaden nie zawiera 66 ogniw, powodują niemożliwość precyzyjnej oceny co w rzeczywistości zawiera oferta, czy spełnia wymagania SIWZ i czy produkt spełnia wymagane w SIWZ aktualne normy IEC 61215 oraz IEC 61730.

Zabieg ten ma na celu pokazanie, że to ten sam produkt mimo, że są to różne produkty - moduł składający się z 60 ogniw i posiadający certyfikaty spełnienia norm IEC wydane przez KIWA oraz moduł składający się z 66 ogniw i nie posiadający certyfikatów (początkowa deklaracja zgodności producenta odnosi się do modułów zbudowanych z innej liczby ogniw niż 66 zadeklarowanych w przedłożonej karcie). Odwołujący podkreślił, że oferta musi odpowiadać wszystkim wymogom merytorycznym, między innymi zawierać wszystkie prawidłowe pod względem treści dokumenty, dokumentować fakt spełnienia merytorycznych warunków zawartych w SIWZ, czy też odnosić się do zawartego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia, czego bezsprzecznie w niniejszej sprawie INERGIS nie dopełnił. W konsekwencji jego oferta jako nieodpowiadająca treści SIWZ powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto, analizując przedstawione przez INERGIS S.A. dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego należy podkreślić, iż wskazują one na zgodność urządzeń z normami nieobowiązującymi zarówno

w dacie ich złożenia jak i w dacie wszczęcia postępowania. To zaś również wypełnia w pełni przesłankę odrzucenia oferty, określoną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zwłaszcza, że na treść oferty składa się nie tylko sam formularz ofertowy (czy ściślej: wyrażone w nim oświadczenie woli wykonawcy), ale również wszystkie dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dokumenty. Trzeba przy tym pamiętać, że zamawiający bezwzględnie wymagał, aby moduły fotowoltaiczne były zgodne z obowiązującymi normami IEC 61215 i IEC 61730 - rozdz. 3.2.2, przedostatni wiersz tabeli na str. 10, Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (dalej „STWiOR"). Skoro więc wybrany wykonawca przedstawił dokumenty odnoszące się do norm IEC 61215:2005, IEC 61730:2013, IEC 61730:2012, czyli norm zdezaktualizowanych, których zarówno data obowiązywania jak i data okresu przejściowego upłynęła przed terminem składania ofert należało uznać, że treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ. Wykonawca INERGIS dostarczył na wezwanie zamawiającego deklaracje odnosząc się do starych, wycofanych wersji norm. Ze względu na posłużenie się nieaktualną wersją normy deklaracje te należy uznać za nieważne. Zgodnie z LVD 2014/35/UE Wytwórca może co prawda nie stosować norm zharmonizowanych, ale nie można wtedy stosować wobec produktu domniemania zgodności. Zgodność ta powinna być wykazana na podstawie odpowiednich dokumentów przedstawionych zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości. Żadnego z tych warunków INERGIS S.A. nie spełnił. Dostarczył bowiem deklaracje zgodności oraz jako dokumenty odniesienia, certyfikaty będące co prawda w dacie ich ważności, ale na zgodność z normami nieobowiązującymi zarówno w dacie złożenia dokumentów jak i wdacie wszczęcia postępowania. Powyższe niesie za sobą ten skutek, że zamówienie nie będzie możliwe do wykonania i prawidłowego odbioru na produktach wyprodukowanych wg starych nieobowiązujących norm, którym upłynął nawet termin przejściowy.

Podkreślał również okoliczność, że nowa i aktualna wersja standardów zharmonizowanych nie może być w żaden sposób uznana za równoważną w odniesieniu do starej, ze względu na nowe sekwencje i wymagania testowe, jak również zaostrzenie kryteriów przejścia istniejących sekwencji testowych, co też potwierdziła w swoim dokumencie jednostka notyfikowana (ta sama, która wydała certyfikaty firmie Bruk-Bet tj. KIWA). Produkt spełniający wymagania wycofanych wersji standardów nie spełnia wymagań nowych - aktualnych standardów, co oznacza że wyprodukowanie modułu według starych norm jest po prostu tańsze. Uznanie produktu, który spełnia stare normy i nie odnosi się do aktualnych, prowadzi do niezachowania zasad uczciwej konkurencji ponieważ wszyscy wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie musieli spełnić wymagania zamawiającego odnosząc się do aktualnych aktów prawnych i wymagań technicznych z nimi związanych, a nie przeterminowanych. Na tą okoliczność przedstawił opinię wydaną przez KIWA, dotyczącą statusu norm europejskich oraz specjalisty Polskiego Komitetu Normalizacji w zakresie dotyczącym zastąpienia norm.

To wszystko, zdaniem odwołującego, winno skłonić zamawiającego do odrzucenia oferty INERGIS S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tym bardziej, że błędu tego nie da się już poprawić w trybie wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W doktrynie przyjęto bowiem, że wezwania dokonywane w ramach prowadzonej procedury mają charakter jednorazowy, co oznacza, że nie można kilka razy wzywać tego samego wykonawcę o to samo, w tym samym zakresie tj. dublować dokonaną już czynność. W przedmiotowej sprawie wybrany wykonawcy był już natomiast raz wzywany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał na treść SIWZ - str. 11 STWiOR (instalacja), gdzie zamawiający wymagał aby „w celu potwierdzenia oferowania produktu zgodnego ze stawianymi wymaganiami, (...) dla najbardziej istotnych elementów zadania jakim są moduły fotowoltaiczne, falowniki oraz systemowa konstrukcja nośna modułów dostarczenia dokumentów, w tym kart katalogowych, deklaracji zgodności, aprobat technicznych". Analizując przedstawione przez INERGIS S.A. dokumenty na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp - pismo zamawiającego z dnia 24 czerwca 2019 r., TI/226/081/2019 - oraz na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - pismo zamawiającego z dnia 12 lipca 2019 r., TI/226/099/2019 - należy zauważyć, że nie odnoszą się one do systemowych konstrukcji nośnych modułów. Tym samym konieczne jest stwierdzenie, iż wybrany wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane systemy konstrukcji nośnej modułów wymagań zamawiającego, a w konsekwencji zaniechanie to wypełnia hipotezę normy art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W konkluzji odwołujący stwierdził, że w świetle przedstawionych powyżej faktów żądania zawarte w odwołaniu należy uznać za uzasadnione i w pełni zasługujące na uwzględnienie. Zamawiający winien bowiem wykluczyć wykonawcę INERGIS S.A. z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz odrzucić jego ofertę na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. W konsekwencji zaniechanie tych czynności naruszyło dodatkowo zasadę równego traktowania wykonawców, która znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Zasada ta bezwzględnie nakazuje przecież jednakowo traktować wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania zarówno przywilejów jak i środków ich dyskryminujących. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary i jednakowych kryteriów do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji,

czego zamawiający nie dopełnił.

Zamawiający, w dniu 26 lipca 2019 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego. W dniu 29 lipca 2019 r., wykonawca INERGIS S.A. z siedzibą w Częstochowie (dalej „przystępujący" lub „INERGIS"), zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

W dniu 5 sierpnia 2019 r. przystępujący złożył pismo procesowe, w którym odniósł się do zarzutów odwołania, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Odwołujący, w uzupełnieniu swojego stanowiska zawartego w treści odwołania, w dniu 5 sierpnia 2019 r., złożył pismo procesowe uzupełniając swoje stanowisko w zakresie podnoszonego przez niego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzupełnieniu argumentacji, że przedłożone przez INERGIS certyfikaty nie powinny być uznane przez zamawiającego, z uwagi na fakt, iż nie odwołują się one do aktualnie obowiązujących norm UE podkreślał wagę dyrektyw jako aktów prawnych, które zgodnie z Artykułem 288 Traktatu z Lizbony zmieniającego Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (dawny art. 249 TWE) wiążą państwa członkowskie UE do których są skierowane w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawiając jednak organom krajowym państwa członkowskiego swobodę wyboru formy i środków prawnych. Dyrektywy zatem muszą być z zasady wdrożone do porządku prawnego państw członkowskich, aby można mówić o skutku prawnym, jaki mają osiągnąć. Szczególny przypadek stanowią przepisy wspólnotowe odwołujące się do norm zharmonizowanych związanych z konkretną dyrektywą. Normy zharmonizowane są opracowane przez europejskie jednostki normalizacyjne (CEN, CENELEC, ETSI) na podstawie mandatu udzielonego przez Komisję Europejską i przyjmowane przez te europejskie jednostki normalizacyjne, zgodnie z ich procedurami wewnętrznymi. Komisja Europejska po ich zaakceptowaniu sprawia, że ich numery i dodatkowe informacje dotyczące daty wydania, możliwości korzystania z przywileju domniemania są publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W Polsce wykazy norm zharmonizowanych są publikowane w oficjalnym publikatorze aktów prawnych w Monitorze Polskim. Dla modułów fotowoltaicznych obowiązuje Dyrektywa Niskonapięciowa LVD 2014/35/UE. Dyrektywa ta powołuje się na normy zharmonizowane, które muszą zostać zastosowane do wykazania zgodności konkretnych produktów z postanowieniami dyrektywy. W przypadku modułów fotowoltaicznych są to normy IEC 61215-1:2016, IEC 61215-1-1:2016, IEC 61215-2:2016, IEC 617301:2016, IEC 61730-2:2016. Tworzą one podstawowe wymagania, które musi spełnić produkt aby był dopuszczony na rynku europejskim oraz by mogło być wobec niego wydane oznakowanie CE. W przypadku modułów produkowanych przez Spółkę Bruk-Bet Sp. z o.o. oznakowanie CE zostało wydane na podstawie starej wersji norm IEC 61215:2005, IEC 61730:2013, IEC 61730:2012, które zostały zastąpione nowymi wersjami przez CENELEC, a zastąpienie to zostało odnotowane w Dzienniku Urzędowym UE. Normy te zostały też przyjęte w Polsce i zastąpione przez Polski Komitet Normalizacyjny, co zostało opublikowane w Monitorze Polskim. Od tego czasu zgodność z dyrektywą LVD i oznakowanie CE może być wydawana jedynie na podstawie nowych, obowiązujących norm. W tabeli odwołujący przedstawił chronologię i nomenklaturę wycofanych i obowiązujących aktualnie standardów, wskazując daty wycofania dla poszczególnych norm oraz wskazał kiedy kończy się dla nich okres przejściowy. Stwierdził, że na podstawie dokumentów przedstawionych przez INERGIS uznać należy, że moduły Spółki Bruk-Bet Sp. z o.o. nie spełniają podstawowych wymagań dopuszczających tego typu produkt do obrotu na terenie Unii Europejskiej. Spółka Bruk-Bet Sp. z o.o. dostarczyła deklarację spełnienia odnosząc się do starej, wycofanej wersji norm, Ze względu na posłużenie się nieaktualną wersją normy deklaracje tą należy uznać za nieważną. Zgodnie z LVD 2014/35/UE Wytwórca może co prawda nie stosować norm zharmonizowanych, ale nie można wtedy stosować wobec produktu domniemania zgodności. Zgodność ta powinna być wykazana na podstawie odpowiednich dokumentów przedstawionych zamawiającemu w sposób nie budzący wątpliwości lub potwierdzona przez jednostkę notyfikowaną, której udział określony jest w dyrektywie. Żadnego z tych warunków Wytwórca modułów nie spełnił. Dostarczył bowiem deklaracje zgodności oraz - jako dokumenty odniesienia - certyfikaty będące co prawda w dacie ich ważności, jednak niezgodne z obowiązującymi zarówno w dacie złożenia dokumentów jak i w dacie ogłoszenia i upublicznienia zamówienia normami. Należy zatem podkreślić, że z powyższych względów nie będzie możliwe wykonanie i prawidłowy odbiór zamówienia zrealizowanego z wykorzystaniem materiałów wyprodukowanych zgodnie z nieobowiązującymi już w dniu złożenia oferty normami, na wdrożenie których upłynął nawet termin przejściowy.

Odwołujący wnosił o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania w postaci:

1. Wydruku ze strony internetowej - bazy Rejestru Wniosków, Decyzji i Zgłoszeń (dalej „RWDZ") z informacją o pozwoleniu na budowę dla trzech inwestycji wymienionych w treści odwołania;

2. korespondencji z powiatowym Inspektorem Nadzoru Budowlanego dla miasta Legnicy;

3. karty katalogowej Bruk-Bet Sp. z o.o. dla panelu BEM 300 - wydruk ze strony internetowej

producenta;

4. karty katalogowej dla panelu BEM 300, wraz z naniesionymi przez odwołującego uwagami odnośnie ilości ogniw;

5. opinii KIWA dotyczącej statusu norm europejskich wraz z tłumaczeniem na język polski;

6. korespondencji z Polskim Komitetem Normalizacyjnym dotyczącej zastąpienia norm;

jak też załączonych do pisma procesowego złożonego na rozprawie w postaci:

7. wyciągów z bazy PKN;

8. wyciągów z bazy IEC wraz z tłumaczeniem na język polski;

9. opinii KIWA Cermet Italia dotyczącej standardów IEC 61215:2016, IEC 61730:2016 wraz z tłumaczeniem na język polski;

10. korespondencji z Polskim Komitetem Normalizacyjnym dotyczącej zastąpienia norm.

Przystępujący, na rozprawie, wniósł o przeprowadzenie dowodów na poparcie swojego stanowiska w postaci:

1. ogłoszenia o zamówieniu dla postępowania o zamówienie publiczne prowadzone w rybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa elektrowni fotowoltaicznej opartej na urządzeniach produkujących energię elektryczną z odnawialnych źródeł o mocy ponad 100kWp przez zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. Witelona w Legnicy (P1);

2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu opisanym w pkt 1 powyżej (P2);

3. Decyzji nr 657/2014 Prezydenta miasta Legnicy o zatwierdzeniu projektu budowlanego i wydaniu pozwolenia na budowę dla inwestycji polegającej na budowie elektrowni fotowoltaicznej opartej na urządzeniach produkujących energię elektryczną z odnawialnych źródeł o mocy ponad 100kWp, wydanej w dniu 10 grudnia 2014 r. na rzecz A. P. (P3);

4. Wydruku ze strony internetowej - bazy RWDZ z informacją o pozwoleniu na budowę dla inwestycji polegającej na budowie elektrowni fotowoltaicznej opartej na urządzeniach produkujących energię elektryczną z odnawialnych źródeł o mocy ponad 100kWp (P4);

5. oświadczenia Pana A. P., prezesa zarządu Przedsiębiorstwa Handlowo -Usługowo-Produkcyjnego HANDLOMIX Sp. z o.o. - Inwestora zastępczego i Pełnomocnika Rektora Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej Im. Witelona w Legnicy; pełnomocnictwa udzielonego Panu A. P. przez Rektora Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy; kopii fragmentu Dziennika Budowy nr 158/ 2018 dotyczącego tej inwestycji (P5);

6. wydruku ze strony internetowej Bruk-Bet Sp. z o.o. - oferowane panele w serii standard, power i prestige (P6);

7. oświadczenia Bruk-Bet z dnia 1 sierpnia 2019 r. dotyczącego oferowanego przez przystępującego panelu BEM 300 Prestige (P8);

8. wydruku ze strony internetowej https://wiedza.pkn.pl - stanowisko w sprawie stosowania PN wycofanych (P9);

9. Komunikatu Komisji w ramach wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/35/UE w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 14 września 2018 r. (P10);

10. korespondencji z Polskim Komitetem Normalizacyjnym dotyczącej norm sharmonizowanych (P11);

11. wytycznych dotyczących ponownego badania - zmiany produktów lub procesów wymagające ograniczonego ponownego badania przez laboratorium badawcze organu certyfikacji (CBTL), aby zachować certyfikację w języku angielskim, wraz z tłumaczeniem na język polski, dla norm IEC 61215 i IEC61730 (P12, P13);

12. oświadczenia Bruk-Bet z dnia 1 sierpnia 2019 r. dotyczącego certyfikatu, deklaracji zgodności oraz stosowania norm (P14);

13. wyciągu z dokumentacji w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania pn. Zwiększenie udziału energii ze źródeł odnawialnych na obiektach MPWiK Sp. z o.o. oraz oferty odwołującego, złożonej w tym postępowaniu (P15).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, treścią oferty przystępującego złożonej w postępowaniu, treścią korespondencji prowadzonej w sprawie, po zapoznaniu się z odwołaniem oraz pismem procesowym złożonym przez odwołującego jak też przystępującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie, w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał czynności badania oferty złożonej przez INERGIS. W przypadku, gdyby czynność oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ocena ofert dokonane zostały w sposób prawidłowy, oferta odwołującego mogłaby zostać uznana w tym postępowaniu za najkorzystniejszą.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy na nośniku elektronicznym (płyta CD).

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego załączone do odwołania, jak też do pisma procesowego złożonego na rozprawie 6 sierpnia 2019 r. Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez przystępującego za wyjątkiem dowodu w postaci wyciągu z dokumentacji w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego dla zadania pn. Zwiększenie udziału energii ze źródeł odnawialnych na obiektach MPWiK Sp. z o.o. oraz oferty odwołującego, złożonej w tym postępowaniu (P15), uznając go za nieprzydatny do rozstrzygnięcia sprawy. Izba zauważa, że ocena rozumienia warunków przez odwołującego, w innym postepowaniu, pozostaje bez wpływu na ocenę spełnienia przez przystępującego warunków opisanych w SIWZ dla niniejszego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

<u>W zakresie w jakim odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, że w niniejszej sprawie zmaterializowały się przestanki, o których mowa w tych przepisach, gdyż przystępujący przedstawił nieprawdziwe, wprowadzające w błąd informacje odnośnie doświadczenia kierownika budowy, które pozwoliły potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu - Izba uznała zarzut za niezasadny</u>

W tym zakresie Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem VI ust. 2. pkt 3) ii., lit. a) SIWZ wykonawca, na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej musiał wykazać, że: „w przypadku składania oferty dla części I będzie dysponował Kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych bez ograniczeń lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów, z minimum 5 letnim doświadczeniem w pracy na stanowisku Kierownika budowy lub Kierownika robót, w tym w kierowaniu pracami minimum jednej budowy instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 0,4 MWp". Ponadto z akt sprawy wynika, że wykonawca INERGIS, w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 24 czerwca 2019 r.) złożył Wykaz osób, w którym jako Kierownika budowy wpisał pana M. R., którego doświadczenie zostało opisane w następujący sposób: „14 lat doświadczenia na stanowisku Kierownika budowy lub robót m.in. przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy 2 MW w Legnicy w okresie od 01.-06.”

Odwołujący twierdził, że wymieniona w Wykazie osoba nie posiada wymaganego doświadczenia, a swoje wnioski w tym zakresie opierał na fakcie, że na terenie miasta Legnica nie działa, a w roku bieżącym nie została włączona do sieci żadna farma o mocy większej niż 1 MW. Uzależniał zatem fakt zdobycia doświadczenia przez Kierownika budowy od kwestii czy dana inwestycja została zakończona. W jego ocenie bowiem brać można pod uwagę jedynie doświadczenie zdobyte przy realizacji prac budowlanych, które zostały wcześniej zakończone, odebrane a co więcej potwierdzone dokumentem urzędowym, w szczególności referencją. Wszystkie przedstawione przez odwołującego dowody, załączone do odwołania w postaci wydruków z bazy RWDZ oraz informacji e-mail otrzymanej od P. K. - Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego miasta Legnica wskazują jedynie, że w roku bieżącym nie zostały zakończone roboty budowlane w zakresie budowy instalacji fotowoltaicznej o mocy powyżej 1 MW.

W ocenie składu orzekającego zarzut sformułowany przez odwołującego opiera się na błędnym założeniu, że z treści przytoczonego warunku udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim wykonawca miał potwierdzić, że dysponuje Kierownikiem budowy posiadającym wymagane doświadczenie wynika, że inwestycja na której swoją funkcję pełniła dana osoba miała zostać zakończona i odebrana. Lektura treści SIWZ nie daje podstaw do uznania, że takie dodatkowe wymagania zamawiający wprowadził. Z ogólnego zapisu: „w tym w kierowaniu pracami minimum jednej budowy instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 0,4 MWp" nie sposób wywieść, że budowa miała zostać zakończona a dana osoba miała pełnić swoją funkcję przez cały okres realizacji inwestycji. Co więcej nie sposób też wywieść, że czas pełnienia funkcji miał trwać przez konkretny okres czasu. Tym samym należy stwierdzić, że przystępujący mógł wskazać w Wykazie osobę co do której wiedział, że w okresie od stycznia do czerwca br. pełniła funkcję Kierownika budowy lub robót przy budowie instalacji fotowoltaicznej o mocy min. 0,4 MWp nawet mając świadomość, że prace na tej budowie są w dalszym ciągu realizowane.

Przystępujący wskazał na to stanowisko Pana M. R. który, co wykazał przystępujący za pomocą przedłożonych dowodów, posiada wymagane doświadczenie.
Z treści oświadczenia złożonego przez Pana A. P., prezesa zarządu Przedsiębiorstwa Handlowo-Usługowo-Produkcyjnego HANDLOMIX Sp. z o.o. - Inwestora zastępczego i Pełnomocnika Rektora Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej Im. Witelona w Legnicy (P5) wynika, że Pan M. R. od dnia 4 stycznia 2019 r. jest Kierownikiem budowy na inwestycji pn. Budowa elektrowni fotowoltaicznej opartej na urządzeniach produkujących energię elektryczną z odnawialnych źródeł o mocy ponad 100kWp, która to realizowana jest przez zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową im. Witelona w Legnicy i swoją funkcję pełni do daty wydania oświadczenia tj. do 29 lipca br. a zatem zgodne z rzeczywistością jest oświadczenie złożone w Wykazie osób przez wykonawcę INERGIS w odniesieniu do tej osoby.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w treści odwołania, jak też formułowanym na rozprawie z treści przedłożonych przez przystępującego dowodów wynika również, że moc realizowanej elektrowni fotowoltaicznej to 1 MW. Potwierdza to treść ogłoszenia o zamówieniu dla postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego w rybie przetargu nieograniczonego pn. Budowa elektrowni fotowoltaicznej opartej na urządzeniach produkujących energię elektryczną z odnawialnych źródeł o mocy ponad 100kWp przez zamawiającego - Państwową Wyższą Szkołę Zawodową Im. Witelona w Legnicy (P1), albowiem w Sekcji II Przedmiot zamówienia, pkt II.4 Krótki opis przedmiotu zamówienia wskazano, że przedmiotem postępowania jest robota budowlana polegająca na budowie elektrowni fotowoltaicznej o mocy 1 MW wraz z infrastrukturą techniczną. Analogiczne wnioski płyną z lektury treści SIWZ dla tego postępowania (P2), gdyż w Rozdziale II - Opis przedmiotu zamówienia pkt 1 opisano zakres prac do wykonania w analogiczny sposób, na str. 4 uszczegółowiono, że „panele fotowoltaiczne, o łącznej mocy 955,5 KWp, zostaną zainstalowane na działce i będą nachylone pod kątem 35 stopni względem ziemi". Nie ma przy tym, w ocenie składu orzekającego znaczenia, że pełna moc urządzeń zostanie osiągnięta dopiero po zakończeniu inwestycji. Zamawiający w treści warunku wskazał bowiem jaka musi być moc instalacji, odnosząc ją do danego zadania i przyjmując, że na wskazanej budowie Kierownik budowy miał swoje obowiązki realizować. Kluczowe dla oceny zasadności niniejszego zarzutu jest to, że pan M. R. jako Kierownik robót przy budowie instalacji fotowoltaicznej w Legnicy w okresie od stycznia do czerwca 2019 r. uzyskał doświadczenie wymagane postanowieniami SIWZ, tj. doświadczenie w pracy na stanowisku kierownika budowy, w tym w kierowaniu pracami minimum jednej budowy instalacji fotowoltaicznej o mocy nie mniejszej niż 0,4 MWp. Wbrew wywodom odwołującego informacje podane przez przystępującego w Wykazie osób są jak najbardziej zgodne z rzeczywistością.

W tym zakresie Izba zauważyła, że przystępujący wskazując moc instalacji wpisał w treści Wykazu osób wielkość 2 MW, zamiast 1 MW, a zatem faktycznej mocy instalacji fotowoltaicznej budowanej w Legnicy. Przystępujący tłumaczył to omyłką pisarską. Należało zatem rozważyć jakie znaczenie ma podanie tej informacji, w kontekście ziszczenia się przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. W tym zakresie skład orzekający doszedł do przekonania, że chociaż można tu zarzucić wykonawcy pewien brak staranności w przekazywaniu informacji, to nie uprawnia to do twierdzenia, że zaszła przesłanka obligująca zamawiającego do wykluczenia przystępującego z postępowania. Z cytowanych przepisów wynika bowiem, że oprócz tego,

że podana informacja musi być niezgodna z rzeczywistością, musi być też informacją istotną: w tym konkretnym przypadku powodować u zamawiającego błędne przekonanie, że dany wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu, podczas gdy faktycznie go nie spełnił. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Pomyłka popełniona przez przystępującego w tym zakresie jest bowiem pozbawiona jakiegokolwiek znaczenia, faktyczna moc instalacji fotowoltaicznej budowanej w Legnicy, wynosząca 1 MW jest bowiem większa niż wymagane przez zamawiającego w warunku minimum, wynoszące 0,4 MWp. Nie ma zatem wątpliwości, że pan M. R. posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego oraz że uzyskał je jako Kierownik robót przy budowie instalacji fotowoltaicznej w Legnicy w okresie od stycznia do czerwca 2019 r. Natomiast to, czy moc instalacji fotowoltaicznej budowanej w Legnicy wynosi 1 MW czy też 2 MW, jest dla oceny spełniania warunku w tym postępowaniu okolicznością pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia. Istotne jest bowiem tylko to, że moc ww. instalacji obiektywnie jest większa niż wymagane przez zamawiającego w warunku minimum, wynoszące 0,4 MW.

Izba uznaje za własne stanowisko wyrażone we wcześniej wydanych wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, dotyczących art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, w których wskazuje się, że nieprawdziwe informacje muszą być informacjami istotnymi, tj. faktycznie oddziaływującymi na ocenę spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp), bądź faktycznie oddziaływującymi na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp). W omawianym postępowaniu, chociaż doszło do przekazania informacji niezgodnej ze stanem faktycznym, co przyznał sam przystępujący, nie można stwierdzić, że zamawiający został wprowadzony w błąd co do spełnienia przez tego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca INERGIS te warunki niewątpliwie spełnia w zakresie dotyczącym personelu wykonawcy, gdyż moc instalacji fotowoltaicznej budowanej w Legnicy, wynosząca 1 MW, jest większa niż wymagane przez zamawiającego w warunku minimum, wynoszące 0,4 MW. Tym samym w niniejszej sprawie ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonana przez zamawiającego a tym samym wynik postępowania nie zmieniłyby się, gdyby przystępujący wpisał w Wykazie osób wartość 1 MW. Zamawiający nadal uznałby, że przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, i konsekwentnie dokonałby wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający doszedł do przekonania, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 oraz 17 ustawy Pzp, jako bezzasadny nie podlegał uwzględnieniu.

<u>Izba nie stwierdziła również naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp</u>

<u>w zakresie w jakim odwołujący sformułował zarzut niezgodności treści oferty przystępującego</u>

<u>z treścią SIWZ z tego powodu, że dla oferowanych urządzeń wymienionych w wykazie</u>

<u>kluczowych urządzeń przedstawił nieważne deklaracje CE, wydane na podstawie</u>

<u>nieobowiązujących już wersji norm</u>

Na wstępie należy zauważyć, co nie jest sporne w doktrynie i orzecznictwie, że zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, możliwe jest gdy rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania deklarowanego w ofercie. Polegać ona może także na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/ świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które są również w SIWZ zamieszczane). Zawsze także winno być możliwe wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega - co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ (tak np. w Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 maja 2019 r., sygn. akt: KIO 775/19). Ocena zamawiającego w tym zakresie polega zatem na porównaniu zapisów SIWZ z treścią złożonej przez wykonawcę oferty. W przypadku stwierdzenia, że zawarte tam oświadczenie na przykład co do oferowanego rozwiązania, nie odpowiada opisanemu przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej, stanowi to podstawę do odrzucenia oferty.

Jak ustalił skład orzekający, na podstawie przekazanej przez zamawiającego dokumentacji z prowadzonego postępowania, w treści SIWZ - STWiOR, pkt 3.2.2 Moduły fotowoltaiczne; Główne parametry modułów fotowoltaicznych, tabela, wiersz „Zgodność z normami" postawiony został wymóg, aby dostarczone moduły były zgodne z normami IEC 61215, IEC 61730. Ponadto zamawiający w pkt VIII SIWZ - Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, lit. B Oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego ppkt 3) wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę aby ten na potwierdzenie, że dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego do złożenia kart katalogowych lub innych dokumentów potwierdzających spełnienie

wymaganych przez zamawiającego parametrów technicznych urządzeń wskazanych przez wykonawcę w Wykazie Kluczowych Urządzeń (dalej „WKU"). Zgodnie z Załącznikiem nr 1A do SIWZ WKU dla części I zamówienia zawierał takie elementy jak: panele PV, falowniki, stacja transformatorowa nn/SN, rozdzielnia SN, rozdzielnia nn, transformatory. Pismem z dnia 24 czerwca 2019 r. zamawiający wezwał INERGIS do złożenia przedmiotowych dokumentów. Przystępujący, w zakreślonym przez zamawiającego terminie przedłożył żądane przez zamawiającego karty katalogowe oraz inne dokumenty na potwierdzenie, że urządzenia wskazane w WKU potwierdzają spełnienie wymagań zamawiającego. INERGIS przedłożył między innymi kartę katalogową oferowanych modułów fotowoltaicznych firmy Bruk-Bet Sp. z o.o. BEM - 300. Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę INERGIS do złożenia wyjaśnień co do oferowanego modułu (pismo z 12 lipca 2019 r.) w zakresie rozbieżności pomiędzy ilością ogniw prezentowanych na pierwszej stronie karty a informacjami zawartymi w specyfikacji technicznej urządzenia. W odpowiedzi na powyższe, pismem z 19 lipca 2019 r. przystępujący wyjaśnił, że wiążąca jest informacja na stronie drugiej karty katalogowej oznaczonej jako „Budowa", zaś rysunek na stronie pierwszej jest jedynie znakiem graficznym prezentującym ogólny wygląd panela fotowoltaicznego. Ponadto oświadczył, że moduł przez niego oferowany o nazwie BEM-300 jest objęty deklaracją zgodności CE Nr 1/PV/2019 z 17 lipca 2019 r. oraz posiada certyfikat zgodności z normą IEC 61215 oraz IEC 61730 o numerze 15528 Rev. 1 z 17 lipca 2019 r.

wydany przez KIWA Cermet Italia S.p.A. INERGIS załączył przedmiotowy certyfikat oraz deklarację zgodności do pisma kierowanego do zamawiającego.

Na wstępie, odnosząc się do zarzutów formułowanych przez odwołującego w zakresie w jakim ten podnosił brak zgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, opisującą wymagania dotyczące spełniania przez wskazany produkt norm IEC 61215 oraz IEC 61730, Izba zwraca uwagę, że STWiOR, opisująca przedmiot zamówienia w tym postępowaniu, w tabeli w wierszu opisanym „Zgodność z normami" określa wymóg, aby dostarczone moduły były zgodne z normami IEC 61215, IEC 61730. Przy czym na uwagę zasługuje fakt, że zamawiający nie sprecyzował określonej wersji tych norm. Przedstawienie zatem przez wykonawcę INERGIS dokumentów odnoszących się do norm IEC 61215:2005, IEC 61730:2013, IEC 61730:2012 nie przesądza jeszcze o niezgodności z treścią SIWZ, albowiem takie wymaganie nie zostało w dokumentacji przetargowej sprecyzowane.

Odwołujący podnosił, że normy te są zdezaktualizowane, bowiem data ich obowiązywania, jak też okres przejściowy dla tych norm już upłynął, a zatem nie mogą być stosowane. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę wyjaśnienia przystępującego, że wprawdzie istnieją nowsze wersje wskazanych norm, to jednak sam ten fakt nie świadczy jeszcze o tym, że stosowanie normy wycofanej jest zakazane. Odwołujący wywodził i przedstawił dowody w postaci wyciągów z bazy PKN oraz IEC, że normy te są wycofane a zatem nieaktualne. Z kolei z informacji przedstawionej przez przystępującego, zamieszczonej na stronie internetowej Polskiego Komitetu Normalizacji (dowód P9) wynika, że faktu dezaktualizacji danej normy nie należy automatycznie wiązać z zakazem stosowania normy, która została wycofana. Z treści komunikatu wynika, że „zdarzają się jednak przypadki, zwłaszcza w prawodawstwie europejskim, że wycofanie normy nie idzie w parze z utratą aktualności normy wycofanej w procedurach systemu oceny zgodności (certyfikacji). W takich przypadkach norma wycofana może być przez pewien okres stosowana jako dokument odniesienia w systemie oceny zgodności." Z taką sytuacją mamy do czynienia w omawianym przypadku. W odniesieniu do normy nr 61730 data ustania domniemania zgodności normy zastąpionej upłynie 27 kwietnia 2021 r., a zatem obejmuje zarówno datę kiedy przystępujący przedstawił na wezwanie zamawiającego stosowne dokumenty, jak też okres realizacji zamówienia (zamawiający ustalił ten termin na grudzień 2019 r.). Norma ta, choć wycofana, może być więc jeszcze przez pewien okres stosowana, co wykazał przystępujący za pomocą dowodu w postaci Komunikatu Komisji w ramach wdrażania dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/35/UE w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia - Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z dnia 14 września 2018 r. (dowód P10). Co do normy 61215 nie jest ona normą zharmonizowana na mocy dyrektywy 2014/35/UE, co potwierdza dowód w postaci korespondencji mailowej prowadzonej przez pełnomocnika przystępującego z Polskim Komitetem Normalizacyjnym (dowód P11). Stosowanie takiej normy ma dobrowolny charakter co oznacza także, że dla pozytywnej oceny zgodności z wymaganiami wymienionej powyżej dyrektywy, nie jest konieczne spełnienie wymagań ww. normy (okoliczność tą potwierdza Bruk-Bet w złożonym oświadczeniu (dowód P14).

Izba doszła także do przekonania, że nie ma wpływu na ocenę w niniejszej sprawie fakt, że nowe normy wprowadzają nowe, bardziej rygorystyczne wymagania, jak prezentował to odwołujący wywodząc, że skoro wyprodukowanie modułu według starych norm jest tańsze - prowadzi to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W tym zakresie Izba zwraca uwagę, że dokumentem, na podstawie którego sporządzana jest oferta jest SIWZ. Wymagania odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia są sprecyzowane w tym dokumencie i wiążą wszystkich wykonawców. Jeśli, jak twierdzi odwołujący, fakt stosowania normy nowszej, którą on zastosował, ma wpływ na cenę wyprodukowania modułu, bowiem wiąże się z koniecznością spełniania dodatkowych wymagań i spowoduje, że jego oferta będzie niekonkurencyjna w stosunku do innych

podmiotów, kwestia ta winna być ewentualnie przedmiotem zapytania do treści SIWZ i zwrócenia na ten fakt uwagi zamawiającemu. Skoro odwołujący zastrzeżeń w tym zakresie nie sprecyzował, na tym etapie postępowania Izba uprawniona jest jedynie do dokonania oceny na ile oferowany przez INERGIS przedmiot zamówienia jest niezgodny z treścią SIWZ. W tym przypadku takiej niezgodności brak, z uwagi na ogólne zapisy w zakresie norm.

Odnosząc się do kwestii podnoszonej przez odwołującego, że INERGIS przedłożył nieważne deklaracje zgodności oraz jako dokumenty odniesienia, certyfikaty za zgodność z normami nieobowiązującymi, co niesie za sobą skutek w postaci tego, że zamówienie nie będzie możliwe do wykonania i prawidłowego odbioru, Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę, poparte dowodami, wyjaśnienia przystępującego. Odwołujący, na potwierdzenie swojego stanowiska przedłożył dowód w postaci opinii KIWA Cermet Italia (jednostka certyfikująca) dotyczącej standardów IEC 61215:2016, IEC 61730:2016 wraz z tłumaczeniem na język polski, z którego to dokumentu wynikało, że KIWA nie może wystawiać certyfikatów dla nowych produktów, bazujących na starych, nieobowiązujących standardach. Wywodził z tego, że przedłożone przez INERGIS certyfikaty, przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, są nieważne. Jak wyjaśnił z kolei przystępujący deklaracje zgodności CE, wystawione przez Bruk-Bet o numerach: 1/PV/2018 z dnia 10 maja 2018 r. oraz 1/PV/2019 z dnia 17 lipca 2019 r. są deklaracjami ważnymi, wystawionymi zgodnie z obowiązującymi przepisami. Odnoszą się one do norm, które wciąż mogą być stosowane w procedurach oceny zgodności określonych w odpowiednich przepisach, w szczególności na gruncie Dyrektywy 2014/35/UE - Sprzęt elektryczny przewidziany do stosowania w określonych granicach napięcia. Tym samym przez sam fakt, że dotyczą norm wycofanych nie można ich uznać, jak chce tego odwołujący za nieważne. Odnośnie przedstawionego certyfikatu zgodności z normą IEC 61215 i IEC 61730 z dnia 17 lipca 2019 r. o numerze 15528 przystępujący stwierdził, że nie jest on nowym certyfikatem, ale stanowi wyłącznie rozszerzoną wersję poprzednio wydanego certyfikatu, posiadanego poprzednio przez Bruk-Bet. Okoliczności powyższe potwierdza Bruk-Bet, w złożonym oświadczeniu (dowód P14).

Odnosząc się z kolei do podnoszonych przez odwołującego kwestii dotyczących przedstawienia dokumentu potwierdzającego spełnienie wymaganych parametrów technicznych dla innego produktu, niż zaproponowany w ofercie moduł BEM 300 Prestige Izba uznała za wiarygodne, albowiem poparte dowodami wyjaśnienia przystępującego, że produkt przez niego oferowany był to panel dedykowany dla tego postępowania. Treść oświadczenia Bruk-Bet (dowód P8) nie pozostawia wątpliwości, że na stronie internetowej producenta Bruk-Bet, zamieszczane są informacje (karty katalogowe) dotyczące powszechnie dostępnych wersji paneli PV monokrystalicznych, których zakup jest możliwy „od ręki", nie zamieszcza się tam natomiast informacji i specyfikacji, w tym kart katalogowych, dla paneli produkowanych na zamówienie. Odwołujący swoje zarzuty i wnioski co do stwierdzonych rozbieżności opierał na informacjach zamieszczonych na stronie internetowej, a zatem nie dysponował informację pełną. Ponadto Bruk-Bet wyjaśnił, że przedłożona przez INERGIS karta katalogowa dla tego produktu została dla niego przygotowana i nie była w żaden sposób przez niego przerabiana czy modyfikowana. Potwierdził również fakt, że model ten zostanie przygotowany na zamówienie, dla tego postępowania i w tej wersji zbudowany jest z 66 ogniw. Podkreślić należy, że odwołujący na tą okoliczność nie przedstawił żadnego dowodu, z którego by wynikało, że treść złożonego oświadczenia jest niezgodna z prawdą. Prezentował jedynie kartę katalogową zamieszczoną na stronie producenta Bruk-Bet wywodząc, że z zamieszczonych tam informacji (rysunek) wynika, że karta ta została przez przystępującego przygotowana, celem udowodnienia, że produkt spełnia wymagania zamawiającego opisane w SIWZ.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty odwołania dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 3 pkt 1).

Przewodniczący: