Sygn. akt:KIO 2565/20

WYROK

z dnia 19 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawach w dniach 27 października 2020 r. i 17 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 7 października 2020 r. przez **K. F.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **K. F. Akademia Słońca** w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Suszec**

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.Kosztami postępowania obciąża **K. F.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **K. F. Akademia Słońca** w Poznaniu, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego: **Gminy Suszec** kwotę 1 150 zł 06 gr (słownie: tysiąc sto pięćdziesiąt złotych sześć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu dojazdu pełnomocników strony na posiedzenie i rozprawy.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r. poz. 1843 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 Katowicach.**

Przewodniczący:……..

Sygn. akt:KIO 2565/20

U z a s a d n i e n i e

Gmina Suszec (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp" lub „PZP" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa oświetlenia zasilanego energią odnawialną na terenie Gminy Suszec - etap 2, nr referencyjny: ZPU.271.1.6.2020. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 560357-N-2020.

W dniu 2 października 2020 r. Zamawiający drogą elektroniczną poinformował o wykluczeniu z postępowania oraz odrzuceniu oferty wykonawcy K. F. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: K. F. Akademia Słońca w Poznaniu oraz o unieważnieniu postępowania. Na powyższe czynności w dniu 7 października 2020 r. wykonawca ten (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki,

2)art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie tego przepisu, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki,

3)art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie tego przepisu oraz uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy nie zaistniała przesłanka do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP,

4)art. 24 ust. 4 PZP poprzez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki,

5)art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"), podczas gdy nie zaistniała przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP,

6)art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki wymienione w powyższym artykule,

oraz, z ostrożności procesowej:

7)art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP poprzez bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący zawarł z innymi wykonawcami porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wskazując, że w treści informacji z dnia 2 października 2020 r., jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty podano art. 24 ust. 1 pkt 16 PZP, art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP, art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP, niemniej analizując treść uzasadnienia pisma, można odnieść wrażenie, iż Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania także na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o:

1)nakazanie Zamawiającemu:

-unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

-unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a także uznania jego oferty za odrzuconą,

-dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego oraz przeprowadzenia wszystkich czynności niezbędnych do wyboru najkorzystniejszej oferty,

2)obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, zgodnie z wykazem kosztów (przedstawionym na rozprawie);

3)przeprowadzenie dowodu z dokumentów przywołanych w treści uzasadnienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że nie podlega wykluczeniu z postępowania, toteż jego oferta nie powinna zostać uznana za odrzuconą. Zamawiający podaje szereg okoliczności wskazujących na to, iż Odwołujący wprowadził Zamawiającego w błąd. Okolicznościami tymi są między innymi:

a)wskazanie w karcie technicznej dotyczącej słupów nazwy modelu słupa BOCIAN zamiast BOCIAN EKO,

b)przedstawienie dokumentu potwierdzającego, że zaoferowany fundament posiada parametry zgodne z SIWZ,

c)wskazanie nazwy handlowej JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORĘ jako nazwy producenta oferowanej turbir wiatrowej,

d)złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego tj. podmiotu Photinus GmbH & Co KG do udostępnienia niezbędnych zasobów.

Ad. a)

Z treści zarzutu dotyczącego słupów i nazwy modelu słupa wynika, iż w ocenie Zamawiającego błędnym działaniem Odwołującego było złożenie karty katalogowej zawierającej prawidłową nazwę oferowanego słupa tj. „BOCIAN". Odwołujący wskazuje, iż karta techniczna potwierdza, że oferowany słup spełnia wymagania Zamawiającego oraz, jak sam Zamawiający zaznaczył w uzasadnieniu, posiada prawidłową nazwę. Zamawiający doszukuje się w tym miejscu uchybienia Odwołującego poprzez porównanie dokumentów składanych przez Odwołującego z dokumentami złożonymi przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona. Niezasadne jest natomiast czynienie zarzutu Odwołującemu, gdy składa dokumenty w pełni zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego.

Ad. b)

Odwołujący zaznaczył, iż uchybienie w postaci złożenia dokumentu potwierdzającego, że zaoferowany fundament jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego jest niezasadny. Zamawiający swoją argumentację opiera na tym, iż Odwołujący złożył prawidłowe dokumenty wyłącznie z tego powodu, że wykonawca, którego oferta została wcześniej odrzucona, takich dokumentów nie złożył, przez co Odwołujący powziął wiedzę jak faktycznie dokumenty te powinny być przygotowane. Zamawiający opiera swoje twierdzenie wyłącznie na domysłach. Jak sam Zamawiający wskazuje „Powyższe może wskazywać na to, że AS zamierzała przyjąć do realizacji zamówienia inne fundamenty, niespełniające podobnie jak WT wymagań określonych w SIWZ, dlatego „na szybko" przedstawia takie, które potwierdziły złożone w ofercie oświadczenie na korzyść AS". Powyższe wskazuje, iż Zamawiający opiera swoje przekonania na domysłach niepopartych jakimikolwiek dowodami. Przyjmując bowiem argumentację Zamawiającego nie sposób jest postąpić przez Odwołującego w sposób prawidłowy, ponieważ zarówno złożenie, jak i niezłożenie dokumentów potwierdzających, że zaoferowane fundamenty spełniają wymogi Zamawiającego spotyka się z jego negatywną oceną. Ponadto Zamawiający zarzuca Odwołującemu składanie dokumentów „na ostatni moment". Zarzut ten jest niezasadny. Wykonawca działa w graniach zasad ustanowionych przez przepisy ustawy i Zamawiającego. Skoro Zamawiający wyznaczył stosowny termin na dokonanie czynności to złożenie dokumentów pod koniec tego terminu, ale w jego granicy, nie może być uznawane jako uchybienie.

Ad. c)

Zamawiający zarzuca Odwołującemu, iż w treści oferty podał nazwę producenta turbiny wiatrowej JAINGSU NAIER WIND GENERATOR STORE, podczas gdy podmiot o takiej nazwie nie jest producentem oferowanego sprzętu. Zamawiający wskazał, iż zgodnie z jego ustaleniami nazwa ta jest nazwą sklepu na stronie Aliexpress, co potwierdza wyszukiwarka Google. Jednocześnie Zamawiający nie przyjął wyjaśnień Odwołującego wskazujących, iż nazwa JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE stanowi nazwę handlową powszechnie używaną przez producenta JIANGSU NAIE WIND POWER. Zamawiający nie zaakceptował także potwierdzenia tychże okoliczności przez przedstawiciela producenta, który jednoznacznie potwierdził wyjaśnienia Odwołującego. W ocenie Odwołującego Zamawiający arbitralnie uznał, iż jego ustalenia polegające na wpisaniu w wyszukiwarkę internetową określonej nazwy mają większą wagę dowodową od oficjalnej korespondencji pochodzącej wprost od producenta.

Ad. d)

Zamawiający zarzuca także Odwołującemu, iż złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego tj. Photinus GmbH & Co KG stanowiło próbę wprowadzenia Zamawiającego w błąd poprzez przedstawienie informacji, które miały ukazywać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz, na późniejsze wezwanie Zamawiającego, umowę o podwykonawstwo poświadczającą realność udostępnienia zasobów w zakresie posiadanego doświadczenia. Niemniej Zamawiający w dalszym ciągu nie uznał, iż dokumenty te potwierdzają realność udostępnienia zasobów. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 4 września 2020 r. wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 PZP do zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim lub do osobistego zobowiązania się do wykonania odpowiedniej części zamówienia. (Dowód: zobowiązanie podmiotu trzeciego - Photinus GmbH & Co KG, umowa o podwykonawstwo pomiędzy Odwołującym a Photinus GmbH & Co KG, wezwanie z dnia 4 września 2020 r. w trybie art. 26 ust. 3 PZP w aktach sprawy). Jeżeli jak twierdzi Zamawiający złożenie pierwotnych dokumentów w zakresie udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego było wadliwe, to Zamawiający w ogólnie nie powinien wzywać Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 PZP, lecz w tamtym momencie wykluczyć Odwołującego z postępowania. Jeżeli Zamawiający wezwał Odwołującego do zastąpienia wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim lub do osobistego zobowiązania się do wykonania odpowiedniej części zamówienia i tym samym umożliwił Odwołującemu dalszy udział w postępowaniu, to oznacza, iż w jego ocenie wprowadzenie w błąd lub próba wprowadzenia w błąd nie miała miejsca. Tym samym wskazywanie uchybienia Odwołującego na obecnym etapie postępowania jest bezzasadne. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że korzystając z potencjału podmiotu Photinus GmbH & Co KG nie wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez

przedstawienie informacji, które miały przekonać o realnym przekazaniu doświadczenia.

Następnie Odwołujący stwierdził, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP, ponieważ Zamawiający pośrednio w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazał, jakoby Odwołujący zawarł z wykonawcą W. Technic Sp. z o.o. Sp. k. porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odwołujący potwierdził, iż W. Technic Sp. z o.o. Sp. k. został powołany jako podmiot trzeci udostępniający potencjał w zakresie doświadczenia, niemniej zaangażowanie tego podmiotu jako podmiotu trzeciego było skutkiem wyłącznie braku akceptacji przez Zamawiającego pierwotnego zobowiązania podmiotu Photinus GmbG & Co KG oraz nastąpiło dopiero po tym, gdy spółka W. Technic Sp. z o.o. Sp. k. przestała posiadać status wykonawcy z uwagi na odrzucenie jej oferty. Zamawiający w treści uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania argumentuje swoje stanowisko odnośnie tego jakoby Odwołujący i W. Technic Sp. z o.o. Sp. k. działali w ramach tzw. zmowy przetargowej gołosłownymi twierdzeniami. Powołując się na wyrok Izby z dnia 7 października 2019 r. sygn. akt KIO 1818/19 Odwołujący podniósł, że Zamawiający chcąc zarzucić fakt zawiązania zmowy przetargowej musi dysponować dowodami potwierdzającymi takie okoliczności. W ramach niniejszego postępowania Zamawiający nie przedłożył żadnych dowodów w tym zakresie, a co więcej nawet nie uprawdopodobnił, że zmowa przetargowa miała miejsce. Powoływanie się na to, iż Odwołujący składał dokumenty osobiście, przez co znajdował się na terenie województwa śląskiego, więc miał możliwość spotkania się z podmiotem W. Technic Sp. z o.o. Sp. k., lub że Odwołujący przedkładając dokumenty nie popełnił takich samych błędów, jak wcześniej ww. wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie może zostać uznane za dowód w sprawie.

W dalszej kolejności odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP Odwołujący podał, że z uwagi na to, iż Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty tożsame uzasadnienie przypisuje do podstawy prawnej wykluczenia zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17, jak też pkt 12 PZP, argumenty przemawiające za stanowiskiem opisanym w powyżej, Odwołujący odnosi także do zasadności podniesienia zarzutu naruszenia tych przepisów. Odwołujący stwierdził, że w konsekwencji, zarzutów postawionych i opisanych powyżej za zasadny uznaje zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 PZP, ponieważ, Zamawiający nie powinien wykluczać Odwołującego z postępowania, a tym samym nie powinien uznawać jego oferty za odrzuconą.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty, Odwołujący podał, że zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, Odwołujący podlega odrzuceniu z uwagi, na to, że złożona oferta uniemożliwia dokonanie jednoznacznej identyfikacji turbiny wiatrowej, co stanowi o niezgodności z SIWZ. Informacje stanowiące podstawę do zajęcia takiego stanowiska przez Zamawiającego pochodzą ze strony internetowej Aliexpress. Wykonawca nie odpowiada za to czy cały zasób produktów, które oferuje producent, znajduje się na jego stronie internetowej. Powyższe nie może obciążać Odwołującego i powodować po jego stronie negatywnych konsekwencji tj. skutkować odrzuceniem jego oferty. A tak właśnie uczynił Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego. Tymczasem, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający mógł z łatwością zweryfikować produkt oferowany przez Odwołującego.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z pkt. 3.3. SIWZ Wykonawca w zał. 1.B musi dla każdego oferowanego produktu jednoznacznie określić nazwę producenta, model, typ, podtyp, kod, itp. (tj. POZA NAZWĄ PRODUCENTA NALEŻY WPISAĆ PEŁNY NUMER KATALOGOWY, Z OZNACZENIEM TYPU, PODTYPU, KODU ITP...) umożliwiający dokł wskazanie oferowanego produktu. Wskazanie będzie wiążące. Powyższemu sprostał Odwołujący, ponieważ podał w załączniku nr 1B nazwę producenta, nr katalogowy, typ oraz kod. Przedstawiciel producenta potwierdził, że nazwa Jiangsu Naier Wind Generator Store jest tożsama z nazwą Jiangsu Naier Wind Power. (Dowód: Korespondencja mailowa z dnia 10 września 2020 r. w aktach sprawy). Co więcej, na stronie internetowej do której odwołuje się Zamawiający kliknięcie w dany produkt powoduje otwarcie szczegółowej strony danego produktu, gdzie zamieszczone są certyfikaty i podana jest nazwa Jiangsu Naier Wind Power. Zatem, Zmawiający znając nazwę producenta i posługując się numerem katalogowym oraz kodem (a więc danymi podanymi przez Odwołującego w załączniku nr 1B mógł zwrócić się bezpośrednio do producenta lub przedstawiciela producenta z zapytaniem czy dysponuje turbiną wiatrową o numerze katalogowym NE-600M3, kodzie 600M3, która odpowiada następującym parametrom zawartym przez Zamawiającego w załączniku nr 1B do SIWZ; moc turbiny wiatrowej nominalna/ znamionowa: 600W (+/-10W), prędkość startowa turbiny max 3,0 m/s, napięcie 24V, emisja hałasu max 52dB. Występując z takim zapytaniem Zamawiający uzyskałby odpowiedź twierdzącą i tym samym potwierdził jednoznaczne wskazanie przez Odwołującego oferowanego produktu. Ponadto, prosząc Producenta o kartę materiałową Zamawiający otrzymałby tą samą kartę materiałową, która została mu przedłożona przez Wykonawcę na wezwanie z art. 26 ust. 2 PZP. Karta materiałowa złożona na wezwanie odpowiada tym informacjom, które zostały wskazane przez Wykonawcę w poz. 2 załącznika 1B. Powyższe powala ustalić w sposób jednoznaczny parametry turbiny i potwierdzić ich zgodność z wymaganiami określonymi w SIWZ. Zamawiający zbadał oferowany produkt tylko poprzez odwołanie do strony internetowej i stosuje sankcję odrzucenia oferty nie weryfikując oferowanej przez Wykonawcę turbiny u Producenta.

Odwołujący stwierdził, że niezgodność z SIWZ nie zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, bowiem Wykonawca podał producenta, model, typ oraz kod. Doszło do dokładnego wskazania oferowanego produktu. Ponadto, Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 2 PZP przedłożona została również karta materiałowa, która potwierdza informacje zawarte w załączniku nr 1B. Zamawiający twierdzi, że po wpisaniu na stronie https://pl.aiiexpress.com/store/8Q7026 produktu NE-600M3 pojawia się pięć turbin. Zamawiający pomija jednak to, że cztery turbiny są „wzbogacone" w różnego typu sterowniki, których Zamawiający nie wymagał. Natomiast piąta turbina nie zawiera wskazania parametru, co do emisji hałasu, zatem nie jest to również turbina która była wymagana przez Zamawiającego. Zamawiający weryfikuje turbiny tylko przez stronę internetową nie zwracając się z bezpośrednim zapytaniem do producenta. Kontakt z producentem (Jiangsu Naier Wind Generator Storę /Jiangsu Naier Wind Power) lub jego przedstawicielem handlowym potwierdziłaby, że Odwołujący jednoznacznie wskazał oferowany produkt. Co więcej, kierując stosowne zapytania Zamawiający otrzymałby kartę techniczną analogiczną do tej, która została mu przedłożona przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 2 PZP. Zamawiający nie kontaktuje się bezpośrednio z Producentem a podnosi wątpliwości co do prawdziwości przedstawionej karty materiałowej. Wskazane wątpliwości, co do prawdziwości nie mają żadnego umocowania w stanie faktycznym sprawy. Pozbawione jakichkolwiek podstaw jest również twierdzenie Zamawiającego jakoby Wykonawca wpisał do oferty produkt nie rozpoznając nazwy producenta ani nie ustalając z nim warunków handlowych.

Odwołujący wskazał, że na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 PZP przedłożył dokumenty dotyczące regulatora MPPT i oprawy LED. Zamawiający po zapoznaniu się z wskazanymi dokumentami wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie tego czy oprawa LED oraz regulator MPPT posiada dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i czy spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego. Jednocześnie Zamawiający wskazał „... jeżeli tak, to prosimy o przesłanie dokumentów, które poodwiedzają spełnienie wymagań (...)" W

odpowiedzi na to wezwanie dnia 17 września 2020 r. Odwołujący przedłożył dokumenty pochodzące od producenta. Przedłożenie tych dokumentów było jednoznaczne z potwierdzeniem (w odpowiedzi na pytanie zadane w wezwaniu), że oprawa LED oraz regulator MPPT posiadają dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego. Tak wiec, pozbawiony podstaw jest zarzut jakoby Odwołujący nie udzielił wyjaśnień odnośnie tego, że oprawa i regulator posiadają dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i że spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego. Po przedłożeniu przez Odwołującego ww. dokumentów Zamawiający wystosował ponownie pismo, w którym wezwał Odwołującego do złożenia w formie oryginału uprzednio przedłożonych dokumentów. W wezwaniu Zamawiający powołał się na treść § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) (dalej „Rozporządzenia"), lecz nie podał przyczyny żądania dokumentów w formie oryginałów. (Dowód: wezwanie z dnia 16 września 2020 r., dokumenty złożone przez Odwołującego dnia 17 września 2020 r., wezwanie w trybie § 15 Rozporządzenia, odpowiedź na wezwanie w trybie § 15 Rozporządzenia). Zdaniem Odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy, biorąc pod uwagę treść i formę złożonych dokumentów, obiektywnie wszystkie dokumenty były czytelne. Tak więc, podstawą wezwania nie była ich nieczytelność. W piśmie zawierającym wykluczenie Zamawiający wskazuje, że podstawą żądania były wątpliwości, co do prawdziwości przedstawionych dokumentów i szczegółowo wyjaśnia na czym te wątpliwości polegały. Jednakże Zamawiający pomija fakt, że 16 września 2020 r. zwrócił się do bezpośrednio do producenta tj. Photinus GmgH & Co KG z pytaniem czy posiada produkty oferowane przez Odwołującego. Powyższe zostało potwierdzone 17 września 2020 r. przez Producenta, który jednocześnie przekazał dokumenty tożsame z tymi przesłanymi przez Odwołującego. Zatem, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do żądania dnia 18 września 2020 r. dokumentów w formie oryginałów. Fakt prowadzenia korespondencji Zamawiającego z producentem odnośnie przytoczonych okoliczności został całkowicie pominięty w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty. (Dowód: korespondencja Zamawiającego z producentem z dnia 16 i 17 września 2020 r.). Na marginesie Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści wezwania ograniczył się jedynie do wskazania, iż dotychczas złożone dokumenty budzą wątpliwości, co do ich prawdziwości. Z wezwania w ogóle nie wynika, natomiast co do jakich kwestii Zamawiający miał zastrzeżenia. Sformułowanie „budzą one wątpliwości, co do ich prawdziwości" ma charakter blankietowy i nie pozwalał Odwołującemu stwierdzić jakie wątpliwości powstały po stronie Zamawiającego, które były podstawą wezwania. Odwołujący nie miał zatem realnej możliwości aby odnieść się do całości okoliczności, co do których Zamawiający miał zastrzeżenia. Z uwagi na powyższe Odwołujący działając w dobrej wierze złożył posiadane dokumenty na nośniku elektronicznym w formie elektronicznej tj., w takiej formie w jakiej otrzymał te dokumenty pierwotnie od producenta. Niemniej dokumenty te również nie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego. Pomimo tego, że Odwołujący złożył prawidłowe i autentyczne dokumenty potwierdzające wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia, Zamawiający arbitralnie nie zaakceptował tychże dokumentów.

Następnie Odwołujący przytaczając treść przepisu stwierdził, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na tej podstawie, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki. Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zamawiający nie powinien wykluczać Odwołującego oraz odrzucać jego oferty. W konsekwencji Zamawiający nie powinien dokonać unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia i powinien przeprowadzić wszystkie czynności niezbędne do przeprowadzenia wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o:

I. Odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7, w związku z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu wprawdzie przed upływem terminu do wniesienia odwołania, ale w taki sposób, że Zamawiający nie mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania, przez co nie został spełniony przez Odwołującego ustawowy wymóg określony w art. 180 ust. 5 PZP, co kwalifikuje odwołanie do odrzucenia;

lub

II. Odrzucenie odwołania na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp, w związku z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że każda czynność unieważnienia postępowania, a w tym czynność unieważnienia postępowania podjęta przez Zamawiającego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, nie należy do czynności, o których mowa w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji stanowi, że nie może zostać zaskarżona w trybie odwołania;

III. Nierozpoznanie przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 4 PZP, z uwagi na to, że Zamawiający unieważniając postępowanie oparł się na art. 93 ust. 1 pkt. 1, a nie jak zarzuca Odwołujący na art. 93 ust. 1 pkt. 4 PZP.

lub

IV. Oddalenie odwołania w całości;

V. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego w przypadku oddalenia lub odrzucenia lub nierozpoznania odwołania kosztów postępowania, na które składają się koszty zastępstwa procesowego dla pełnomocnika, wg norm przepisanych oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

VI. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że Odwołujący, z ostrożności procesowej zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 PZP, jednak Zamawiający w żadnym ze swoich dokumentów, oświadczeniach, wezwaniach, analizach, nie zastosował oświadczenia, że wykonawcy w przetargu zawarli porozumienie mające na celu zakłócenie konkurencji między wykonawcami. Nadto Zamawiający nigdzie nie oświadczył, że jest w stanie wykazać, za pomocą stosownych środków dowodowych powyższy fakt. Zatem oświadczenie Odwołującego z treści odwołania strona 3. jest niezgodne ze stanem faktycznym. Jednakże, również z ostrożności procesowej, Zamawiający wskazał na szereg okoliczności faktycznych i zachowań Odwołującego, a od pewnego momentu i drugiego wykonawcy, który złożył drugą i jedyną konkurencyjną ofertę w postępowaniu, stwarzających możliwość wnioskowania, że mogło do takiego porozumienia dojść, w tym, m.in., że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym, były tylko dwie oferty: Producenta lamp i słupów hybrydowych: W. Technic z siedzibą w Zabrzu (dalej WT), który posiada doświadczenie w przedmiocie realizacji tożsamych zamówień publicznych oraz wykonawcy: K. F. Akademia Słońca z siedzibą w Poznaniu (dalej AS), który nie posiada doświadczenia wymaganego dla realizacji przedmiotowego zamówienia. Nadto, oferta AS jest

wyższa cenowo od oferty WT aż o 175.969,52 zł (dalej różnica cenowa jest określana „ok. 180.000 zł."). WT najpierw składa ofertę samodzielnie, a po odrzuceniu jego oferty, pojawia się w ofercie AS jako podwykonawca, mający zrealizować całość zamówienia. Tyle, że w tym przypadku Zamawiający musiałby zapłacić za realizację zamówienia prawie 180.000,00 zł więcej. Odwołujący w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych w SIWZ, przedstawia korespondencję z przedstawicielem producenta turbin, z której wynika, że dopiero po terminie składania ofert ustala z nim warunki zakupu produktu (upewnia się czy turbiny będą w kolorze czarnym, otrzymuje potwierdzenie i cenę za taki produkt), w związku z czym jest możliwe, że Odwołujący już w trakcie realizacji zamówienia, gdyby je uzyskał, mógłby próbować zastąpić turbiny wiatrowe wskazane w ofercie na turbiny o znacznie gorszych parametrach. Powyższe nie jest wykluczone, mając na uwadze fakt błędnego wskazania producenta dla oferowanego produktu i późniejszą korespondencję z przedstawicielem producenta. Dokonując szczegółowe oceny analizy, że z kosztorysów ofertowych obu wykonawców wynika, że prawie wszystkie pozycje kosztorysowe AS, w szczególności wycena pozycji 3, 6, 7, 10, 11, 12 i 13, odbiega o 100% lub więcej od wyceny tych samych pozycji przez WT. Najbardziej niepokojąca jest pozycja 11 (podłączenie przewodów pojedynczych o przekroju żyły do 4mm2 pod zaciski lub bolce), gdzie wycena tej pozycji przez AS jest wyższa od wyceny WT aż o 1250 %, co daje różnicę pomiędzy ofertami o 88.320,00 zł na korzyść AS. Z uwagi na fakt, że zamówienie będzie rozliczane obmiarowo, może wystąpić sytuacja, że ostateczny koszt wykonania zakresu tej pozycji osiągnie jeszcze wyższą wartość po ostatecznym rozliczeniu (ilość przewodów do podłączenia może być większa). Nadto AS posługuje się tą samą kartą katalogową w zakresie oferowanych słupów co firma WT, ale zmodyfikowaną na cele postępowania w taki sposób, że uwzględniała ona zarzut Zamawiającego w stosunku do WT, powodujący odrzucenie jego oferty. Również okoliczność bezkompromisowego eliminowania przez Odwołującego oferty WT, poprzez stałe i uporczywe zarzucanie WT braków oferty, które częściowo okazały się zasadne, a które w dalszej kolejności można przypisać ofercie Odwołującego, może świadczyć o istnieniu zmowy przetargowej pomiędzy obiema firmami, tym bardziej, że obie te firmy w niedługim przedziale czasowym, w ciągu tego samego postępowania, z podmiotów konkurujących, przekształciły się w podmioty ściśle współpracujące ze sobą, przy czym WT nie podjęła środków zaskarżenia wobec decyzji odrzucenia jej oferty. Okolicznością wskazującą na istnienie zmowy przetargowej może być również fakt nieujawnienia przez WT drugiej strony certyfikatu wystawionego przez firmę Shenzen Ebo Technology Co. LTD. dla oferowanego akumulatora, co doprowadziło m.in. do odrzucenia oferty WT z postępowania. Braków wykazanych WT, m.in. w zakresie parametrów oferowanych słupów, turbin wiatrowych, fundamentów nie popełniła AS, która prawdopodobnie, w dniu 11.09.2020 r., po zapoznaniu się z treścią informacji o odrzuceniu, poprawiła (korzystając z wiedzy WT o odrzuceniu) karty techniczne dotyczące oferowanych produktów, w tym słupów Bocian w taki sposób, aby zamawiający już nie uczynił AS zarzutu, takiego samego jaki skierował w stosunku do oferty WT. Zamawiający również podniósł, że w swoim postępowaniu co do wiarygodności przedstawionych przez Odwołującego dokumentów, kierował się wytycznymi Komisji Europejskiego Urzędu Do Spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF), przedstawionymi w dokumencie zatytułowanym „Wykrywanie przerobionych dokumentów w dziedzinie działań strukturalnych Praktyczny przewodnik dla instytucji zarządzających". W wytycznych w pkt. 2.1 symbol 8 w kolejności, komisja wskazuje na sygnały ostrzegawcze, które powinny powodować szczególną ostrożność i uwagę zamawiającego przy ocenie danego dokumentu. Do takiego sygnału ostrzegawczego zaliczyć należy: „Całkowicie identyczne podpisy osób (pod względem formy i rozmiaru) na różnych dokumentach, wskazujące na możliwość przerobienia w postaci wydruku komputerowego". Również we wskazanych wytycznych w pkt. 2.2 symbol 5 w kolejności, zwrócono uwagę, że sygnałem ostrzegawczym w treści dokumentów jest: „Identyczne wzajemnie położenie pieczęci i podpisu osoby na zestawie dokumentów, wskazujące na użycie obrazu (a nie prawdziwy podpis): może to być obraz wygenerowany przez komputer i wykorzystany do sfałszowania dokumentów". Taka sytuacja występuje w tym przypadku, co zostało wskazane w informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania z dnia 02.10.2020 r.

Ustosunkowując się do uzasadnienia Odwołującego dotyczącego zarzutów naruszenia przez Zamawiającego artykułów 24 ust. 1 pkt. 16, 17, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt. 2 PZP Zamawiający stwierdził, że Odwołujący manipuluje nie tylko faktami wskazanymi przez Zamawiającego w informacji, ale również wskazuje na nieistotne okoliczności podnosząc, że te okoliczności Zamawiający uznał jako przyczynę wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty. I tak, w pkt. IV. 1. lit, a) Odwołujący jako okoliczność wskazującą na wprowadzenie Zamawiającego w błąd podaje: ,,a) wskazanie w karcie technicznej dotyczącej slupów nazwy modelu słupa BOCIAN zamiast BOCIAN EKO". Takie ujęcie przyczyn wykluczenia jest dowodem na zmanipulowanie istotnej i faktycznej przyczyny wykluczenia, bowiem Odwołujący problem sprowadza jedynie do nazwy produktu Bocian lub Bocian Eko, pomijając celowo następujące fakty: nazwa Bocian Eko i Bocian odnoszą się do zupełnie innych produktów, o kompletnie odmiennych parametrach, ukazanych na kartach katalogowych firmy WT jako kompletna lampa, przy czym Bocian oznaczona jest jako lampa solarna, a Bocian Eko jako lampa hybrydowa solarno - wiatrowa. W zasadzie parametry techniczne obu produktów różnią się we wszystkich 18 wymienionych w kartach parametrach. Produkty te różnią się również wyglądem oraz elementami składowymi, technologią wykonania. Produkt Bocian, oznaczony jako lampa solarna, ma panel słoneczny i komorę akumulatorową montowaną za nim, natomiast Bocian Eko ma dwa panele słoneczne montowane nad oprawą oświetleniową, turbinę wiatrową montowaną u szczytu, a komora akumulatora montowana jest poniżej poziomu terenu w pobliżu fundamentu. Dostarczona przez AS karta katalogowa dla produktu Bocian, jest kartą katalogową opatrzoną pieczęcią W. Technic, określoną jako Bocian, jednak z wizerunkiem lampy hybrydowej solarno - wiatrowej Bocian Eko. Jest to jednak taki sam wizerunek produktu, jaki widnieje na karcie katalogowej dostarczonej przez WT, potwierdzonej za zgodność z oryginałem, opisanej jako Bocian Eko z wizerunkiem produktu oznaczonego jako Bocian Eko. W żadnym dokumencie Zamawiający nie otrzymał informacji, że ta karta katalogowa dotyczy tylko elementu składowego, tym bardziej że na kartach pochodzących ze strony WT producent posługuje się terminologią „wysokość masztu", a nie „wysokość słupa". Karta przedstawiona przez Odwołującego ma potwierdzać parametry elementu składowego lampy: słupa - masztu, a zawiera wizerunek całej lampy i to lampy Bocian Eko. Odwołujący nie złożył w tym zakresie żadnych informacji uzupełniających, ani też nie podał, że kartę katalogową należy odczytać jako kartę tylko masztu i że maszt jako element składowy lampy nazywa się Bocian lub Bocian Eko.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący w treści odwołania podaje informację, jakoby karta techniczna dotyczyła słupów, modelu słupa Bocian oraz modelu słupa Bocian Eko, a Zamawiający jedynie ma wątpliwości co do nazwy Bocian, albo Bocian Eko, podczas, gdy jest to niezgodne ze stanem faktycznym i jest daleko posunięto manipulacją, bowiem karta katalogowa przedstawiona przez Odwołującego zawiera nie wizerunek słupa lub masztu, a wizerunek lampy hybrydowej solarno - wiatrowej Bocian Eko, a wymierzona wysokość masztu jest niezgodna z wysokością masztu zamieszczoną w kartach katalogowych produktów Bocian Eko i Bocian zamieszczonych na stronie internetowej firmy WT. Również należy tutaj mieć wątpliwość, czy słup - maszt jako element składowy lampy dla Bocian i Bocian Eko jest tożsamy z uwagi na to, że w lampie Bocian Eko słup musi utrzymać głowicę Led, panele słoneczne i turbinę wiatrową. Odwołujący nie potwierdził

kartą techniczną złożonej oferty, a wskazane wyżej okoliczności dają podstawę Zamawiającemu do przypuszczeń, czy tak sporządzona karta katalogowa, niewidniejąca na stronie internetowej WT (wizerunek lampy hybrydowej Bocian Eko z podpisem Bocian) nie jest wprowadzaniem w błąd Zamawiającego w celu wykazania zgodności produktu z wymaganiami SIWZ i w konsekwencji uzyskania zamówienia. Z żadnego dokumentu nie wynika, a na pewno nie z karty katalogowej, że wizerunek lampy hybrydowej dotyczy karty katalogowej słupa pod nazwą Bocian. Zatem stwierdzenie Odwołującego, że karta techniczna potwierdza, że oferowany słup spełnia wymagania Zamawiającego i posiada prawidłową nazwę jest twierdzeniem fałszywym. Fałszywe jest również zdaniem Zamawiającego twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający czyni Odwołującemu zarzut ze składania dokumentów w pełni zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego. Istotą rzeczy nie jest zaspokajanie oczekiwań Zamawiającego, ale składanie dokumentów, które potwierdzą oświadczenie oferty i spełnienie warunków SIWZ, a z przedłożonej karty nic takiego nie wynika. Tak sporządzona i złożona Zamawiającemu karta katalogowa nieopisana, że dotyczy słupa, który nazywa się Bocian, a nie lampy Bocian, z wizerunkiem lampy Bocian Eko, bez metryczki dotyczącej słupa, świadczy i o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd i to w sposób istotny, który ma wyrobić u Zamawiającego przekonanie, że oto otrzymał dane dotyczące słupa, który ma się nazywać Bocian. Również uzasadnioną wątpliwość budzi fakt, iż dokładnie tą samą kartę, bez określenia, że dotyczy tylko słupa, ale z tytułem Bocian Eko przedstawia wykonawca WT, z tą różnicą, że WT składa kserokopię karty potwierdzoną za zgodność z oryginałem, co daje informację Zamawiającemu o istnieniu oryginału karty katalogowej z tytułem Bocian Eko, z wizerunkiem całej lampy hybrydowej solarno - wiatrowej. Odwołujący zaś przedstawia identyczną wizerunkowo kartę katalogową, podpisaną przez Prezesa WT W. W. i opatrzoną pieczęcią W. Technic Sp. z o.o. sp. komandytowa, z tym, że tytuł tej karty to Bocian. Karta ta złożona jest w oryginale i widnieje na niej również wizerunek lampy hybrydowej solarno - wiatrowej Bocian Eko. Karta ta również nie jest opisana, że ma dotyczyć tylko słupa, że ten słup nazywa się Bocian. Karta dostarczona przez AS jest identyczna z kartą techniczną dostarczoną przez WT. Różnią się jednym elementem - tytułem. Nadto, karta katalogowa dostarczona przez WT, z oryginałem została potwierdzona 24.08.2020 r., a oryginał karty technicznej wizerunkowo identycznej Odwołujący dostarcza 11.09.2020 r. Zachodzi wątpliwość, dlaczego WT, który zaoferował produkt Bocian, przedstawił kartę katalogową Bocian zatytułowaną Bocian Eko, skoro posiadał kartę katalogową Bocian zgodną ze swoją ofertę. O tym, że taką kartę WT posiadał, świadczy karta katalogowa dostarczona przez Odwołującego dwa tygodnie później. Powstaje zatem podejrzenie, czy już na tym etapie firmy nie zawarły jakiegoś porozumienia i dlatego WT przedstawiła kartę katalogową o tytule Bocian Eko. Nadto, w informacji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty WT Zamawiający powołał istotną okoliczność, że WT nie potwierdził serii oferowanego produktu BO.03.06.2020. AS dołączył do dokumentów specyfikację techniczną wystawioną przez producenta słupów - WT, opisującą parametry słupa i potwierdzającą serię oferowanego produktu BO.03.06.2020, czego WT nie zrobił i co zostało mu wykazane jako niezgodność z SIWZ. Zamawiający stwierdził, że nie można czynić zarzutu, że przy ocenie dokumentów składanych przez wykonawców posługuje się informacjami ze strony internetowej producenta, gdyż jak wskazano wytycznych CBA, do narzędzi wykrywania nierzetelnych ofert służą dokumenty i informacje zamieszczone w Internecie. (Dowód: Kopia karty technicznej złożonej przez WT w dniu 24.08.2020 r., Kopia karty technicznej złożonej przez AS w dniu 11.09.2020 r., Wydruk karty katalogowej lampy Bocian ze strony producenta, Wydruk karty katalogowej lampy Bocian Eko ze strony producenta).

Następnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako okoliczność wskazującą na wprowadzenie Zamawiającego w błąd podaje: „przedstawienie dokumentu potwierdzającego, że zaoferowany fundament posiada parametry zgodne z SIWZ". Tak sformułowane twierdzenie Odwołującego, że przedstawienie dokumentu potwierdzającego, że fundament posiada parametry zgodne z SIWZ jest okolicznością wskazującą na wprowadzenie zamawiającego w błąd, jest również manipulacją informacji Zamawiającego z dnia 02.10.2020 r. Jest to bowiem pojedyncza okoliczność, nie wskazana przez Zamawiającego expressis verbis jako wprowadzająca Zamawiającego w błąd, ale pokazał tę okoliczność z uwagi na niedbale przedstawioną przez Odwołującego kartę techniczną, wydrukowaną, opisaną ręcznie, wykonaną de facto dopiero w dniu 11.09.2020, w dacie odrzucenia oferty WT i udzielenia informacji o tym. Powyższe stanowi o tym, że mimo, iż parametry fundamentów spełniają wymogi SIWZ, to sposób ich potwierdzenia przez Odwołującego, poddaje w wątpliwość rzetelność oferty w tym zakresie, bowiem wykonawca przygotowuje dokument potwierdzający spełnienie przez niego wymagań określonych w SIWZ w dniu otrzymania informacji o odrzuceniu oferty konkurenta, mając wiedzę o podstawach odrzucenia (niezgodności parametrów fundamentów zawartych w ofercie w stosunku do wymagań zawartych w SIWZ), a wydruk rysunku fundamentu (który wskazuje na datę jego pobrania - 11.09.2020), w rzeczywiści stwarza wrażenie dokumentu wytworzonego w pośpiechu, z wykorzystaniem strony producenta, gdzie po naciśnięciu ikonki „Drukuj" pojawia się obraz karty złożonej przez Odwołującego, dla fundamentów Typu F-150/43 (B-80) oraz F-160/43. Powyższe podaje w wątpliwość zdolność i rzetelność wykonania zamówienia przynajmniej w zakresie fundamentów. Wobec tego, jedynym wnioskiem jaki się nasuwa w tej sytuacji jest, że „ściągnięta" ze strony internetowej innej firmy oferującej fundamenty pod lampy „na szybko" karta, miała wytworzyć u Zamawiającego błędne przekonanie, że Odwołujący zapewnia i spełnia zgodne z SIWZ wymagania w zakresie oferowanych fundamentów pod lampy. Zamawiający przy tym wskazał, że nie żądał dla fundamentów potwierdzenia dodatkowymi dokumentami (kartami materiałowymi) parametrów. Wykonawca miał złożyć tylko (na dzień składania ofert) w zał.1I.B oświadczenie o treści: „OŚWIADCZAM, IŻ AKCEPTUJĘ OKREŚLON WARUNKI REALIZACJI ZAMÓWIENIA, WSKAZANE W KOL. 2. JEDNOCZEŚNIE OŚWIADCZAM, ŻE OFERO PRODUKTY POSIADAJĄ WYMAGANE PRAWEM DOKUMENTY, WYMIENIONE W KOL. 2 I ZOBOWIĄZUJĘ SIĘ I PRZEDSTAWIENIA ZAMAWIAJĄCEMU PRZED PRZYSTĄPIENIEM DO REALIZACJIZAMÓWIENIANA". Na Odwołujący miał zamiar zastosować te same słupy z fundamentami co WT, wskazuje pozycja kosztorysowa nr 4, gdzie wykazano i wyceniono pod jedną pozycją słupy wraz z fundamentami. Wycena w obu kosztorysach jest zbliżona. Z uwagi na niezgodność parametrów tych fundamentów z SIWZ, Odwołujący przedstawił inne, potwierdzające spełnianie wymagań. Zamawiający otrzymał od tego samego producenta kartę techniczną konkretnie dla oferowanego fundamentu wraz z deklaracją właściwości użytkowych, która w szczegółowy sposób opisuje parametry produktu, bez „domniemywań" i odręcznych dopisków - zał. 10. Podsumowując Zamawiający podał, że istotną okolicznością wprowadzającą Zamawiającego w błąd nie jest dostarczenie przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego parametry fundamentów, ale okoliczności jego wytworzenia, terminu wytworzenia oraz celu jakiemu ten dokument miał służyć, mimo że Zamawiający nie żądał takiego dokumentu. Zamawiający taką kartę katalogową otrzymał bezpośrednio od producenta fundamentów. Gdyby Odwołujący nie chciał wprowadzić Zamawiającego w błędne przekonanie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu przetargowym, to przygotowując ofertę mógł bez żadnych komplikacji kartę producenta pozyskać i się nią posłużyć i być przygotowanym na okoliczność jej przedstawienia. Takie dane winien mieć w momencie składania oferty. Kolejny raz pojawia się sygnał ostrzegawczy dotyczący potencjału technicznego wykonawcy, a mianowicie wystąpienie rozbieżności pomiędzy informacjami dostarczonymi przez oferenta a innymi informacjami na stronie internetowej i przez inne źródła. (Dowód: Wydruk rysunku fundamentów z dnia 11.09.2020 złożony przez Odwołującego, pochodzący ze strony internetowej Prima-Bud, Karta techniczna fundamentu nr 05/F/2018 oferowanego

przez Odwołującego, otrzymana przez Zamawiającego od Prima - BUD w dniu 14.09.2020 r.).

W dalszej kolejności Zamawiający wskazał, że Odwołujący jako okoliczność wskazującą na wprowadzenie Zamawiającego w błąd podaje: „wskazanie nazwy handlowej JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE jako nazw producenta oferowanej turbiny wiatrowej", co wskazuje, że kolejny raz Odwołujący manipuluje faktami. Prawdziwe przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego są przemilczane, pominięte, albo ocenione powierzchownie i fałszywie. Zamawiający podkreślił, że nazwa producenta wskazana w ofercie Odwołującego dla turbin wiatrowych: JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE, nie jest, jak twierdzi Odwołujący, nazwą handlową powszechnie używaną przez producenta JIANGSU NAIER WIND POWER. Prawidłowa, pełna nazwa producenta brzmi JIANGSU NAIER WIND POW TECHNOLOGY DEVELOPMENT Co. Ltd, natomiast jej skrócona nazwa jest używana w brzmieniu JIANGSU NAIE WIND POWER. Nazwę JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE można odnaleźć tylko na stronie Aliexpress (c na stronie internetowej, której nazwa w żaden sposób nie nawiązuje do nazwy producenta). Zamawiający wskazał, że w nazwie JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE wskazanej przez AS w ofercie pojawia się wyraz STORE, co języku polskim oznacza sklep (czyli miejsce, gdzie można nabyć towary). Do tego dochodzi fakt, że produkty oferowane w tym sklepie są sprzedawane przez stronę internetową Aliexpress. Nie można zatem powiedzieć, że nazwa sklepu, to jest to samo co nazwa producenta, co najwyżej może to być nazwa sklepu, w którym m.in. są oferowane produkty Jiangsu Naier Wind Power. Nie są to jednak pojęcia równoznaczne. Sam przedstawiciel producenta, M. X., z którym korespondował Odwołujący (korespondencja została przedstawiona Zamawiającemu wraz z dokumentami złożonymi na potwierdzenie spełniania warunków w postępowaniu), nie wiedział o jaką firmę i o jaki podmiot chodzi, stąd jego pytanie brzmiało „gdzie widziałeś JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE". Zamawiający zaznaczył, że Pani M. potwierdziła tożsamość firmy, ale dopiero w informacji mailowej, po przeprowadzeniu rozmowy na Skype, której treść nie została ujawniona przez Odwołującego. Natomiast Pani M. X. zwraca uwagę, że informacje o turbinach wiatrowych na Aliexpress to stara wersja i prosi, aby o informacje zwracać się bezpośrednio drogą mailową. Powyższe daje Zamawiającemu informację, że Odwołujący posługiwał się starymi, nieaktualnymi danymi ze strony Aliexpress. Rodzi się zatem pytanie, czy powołany „producent" z częścią nazwy STORE, w ogóle istniał na dzień składania oferty, bowiem przedstawiciel producenta jednoznacznie stwierdza, że dane na Aliexpress to stara wersja dotycząca turbin wiatrowych. Zatem Zamawiający słusznie nie uznał dołączonych treści informacji mailowych wraz z kserokopią karty katalogowej turbiny wiatrowej, ale pochodzącej od Jiangsu Naier Wind Power, ponieważ w korespondencji o turbinie, przedstawiciel producenta Pani M. X., nie wiedziała o istnieniu podmiotu JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE. Zdanie Zamawiającego stwierdzenie Odwołującego, że: „Zamawiający arbitralnie uznał, iż jego ustalenia polegające na wpisaniu w wyszukiwarkę internetową określonej nazwy mają większą wagę dowodową od oficjalnej korespondencji pochodzącej wprost od producenta", jest kolejną manipulacją. Odwołujący twierdzi arbitralnie, że dla Zamawiającego ważne są informacje ze stron internetowych, a nie oficjalna korespondencja pochodząca od producenta, przy czym Odwołujący zapomina, że to właśnie z treści korespondencji mailowej wynika, że przedstawiciel producenta nie miał wiedzy o podmiocie o nazwie JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE i że to przedstawiciel producenta zwrócił uwagę, ż na stronie Aliexpress istnieją stare informacje dotyczące również produktów. Zatem Zamawiający swoje ustalenia oparł nie na stronie internetowej, bowiem one wzbudziły wątpliwości, ale również zwrócił się do innego przedstawiciela firmy JIANGSU NAIER WIND POWER TECHNOLOGY DEVELOPMENT Co. Ltd., Pana J. J.. Bezpodstawne są więc t zarzuty Odwołującego, jakoby Zamawiający nie zwracał się do producenta o pozyskanie informacji potrzebnych do oceny oferty Odwołującego.

Zamawiający zwrócił się do producenta o udzielenie informacji w przedmiocie istnienia produktu o nazwie NE-600M3 oraz potwierdzenia parametrów tego produktu. W odpowiedzi trzymał oryginalną kartę producenta dotyczącą oferowanej turbiny wiatrowej, na której jednak nie było określenia parametrów dotyczących emisji hałasu, których wymagał i brak których w ofercie WT zdecydował m.in. o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Kart bez określenia parametru emisji hałasu (wymaganych przez Zamawiającego) dostarczyli Zamawiającemu oboje przedstawiciele producenta, Pan J. J. i Pani M. X. . Powyższe dało Zamawiającemu pewność, że na potrzeby postępowania Odwołujący przerobił kartę katalogową producenta, opatrując ją parametrem emisji hałasu, poniżej 50dB przy prędkości wiatru 8 m/s, co jest szerokim i pojemnym parametrem, spełniającym wymogi Zamawiającego, ale niepochodzącym od producenta. O określenie parametrów hałasu Zamawiający zwracał się bezpośrednio do producenta i otrzymał informację, jednolitą w treści od obu przedstawicieli producenta, gdzie parametr emisji hałasu jest zupełnie inaczej określony, niż wskazał to Odwołujący, ponieważ określa metry, szybkość wiatru, ale również ilość decybeli. Obie informacje są identyczne, co potwierdza, że Odwołujący wpisał w kartę katalogową nieprawdziwe informacje dotyczące emisji hałasu, sporządzone jedynie tak, aby spełniały wymagania Zamawiającego. Ta informacja nie została w żaden sposób potwierdzona przez producenta, powyższe świadczy o niezgodności treści oferty odwołującego z SIWZ, jak również o zamierzonym wprowadzeniu Zamawiającego w błąd, co do parametrów oferowanej turbiny wiatrowej. Karta techniczna turbiny wiatrowej NE-600M3 złożona w kserokopii potwierdzonej „za zgodność" przez Odwołującego w dniu 11.09.2020 r. (Dowód: Karta techniczna turbiny wiatrowej NE-600M3 przesłana drogą mailową w dniu 14.09.2020r. przez J. J. stanowiąca część „Korespondencji z przedstawicielem firmy Jiangsu Naier Wind Power Technology Development Co. Ltd. (...) wskazanym na stronie https://wxnaiermic.en.made-in-china.com/ ", będącej zał. nr 57 w przekazanej dokumentacji z postępowania do KIO w dniu 12.10.2020 r., Korespondencja mailowa pomiędzy Gminą Suszec a Panią M. X. w dniach od 09.10.2020-22.10.2020r., w tym karta techniczna turbiny wiatrowej NE-600M3 przesłana przez P. M. X. - przedstawiciela firmy Jiangsu Naier Wind Power Technology Development Co.,Ltd. (...) wskazanego na stronie - http://www.wxnaier.com/index6.htm; karta została przedstawiona na stronach 7 i 8; Korespondencja mailowa pomiędzy Gminą Suszec a Panem J. J. w dniu od 21.10.2020r., w tym Raport z badania hałasu generatora wiatru dla modelu NE-600M (w języku angielskim wraz z tłumaczeniem); poziom hałasu został przedstawiony m.in. na stronach 5 i 13).

Odnosząc się do argumentacji odwołania dotyczącej udziału podmiotu trzeciego, Zamawiający podkreślił, że Odwołujący skutecznie pomija fakt, że o ograniczonym zakresie wykonywania robót przez podwykonawcę Photinus, Zamawiający dowiedział się dopiero po przedstawieniu na jego żądanie w późniejszym okresie postępowania przetargowego umowy z dnia 24 lipca 2020 r. (złożonej wraz z wyjaśnieniami w dniu 31.08.2020 r.) łączącej Odwołującego z podwykonawcą. Z tej umowy nie wynikało to, co twierdził Odwołujący w ofercie tj., że w całości korzysta z zasobów i doświadczenia Photinus i że to Photinus w całości będzie wykonywał zamówienie. Umowa jw. rozdzielała obowiązki Odwołującego i podwykonawcy, a całość robót budowlano montażowych przypadała na Odwołującego. Odwołujący zaś w żadnym z dokumentów nie wykazał, że posiada wiedzę, doświadczenie i zasoby, które pozwalają mu na wykonanie tego zakresu zamówienia, a Photinus swoje zasoby i doświadczenie przekazywała w osobie właściciela firmy, który miał koordynować i pełnić nadzór inżynierski nad częścią zamówienia, co określono w umowie. Dopiero na podstawie umowy Zamawiający zorientował się, że wskazany w ofercie podwykonawca, który został wskazany jako ten,

który będzie wykonywać zamówienie, będzie partycypował w tym zamówieniu jedynie częściowo. Powyższe wskazuje na wprowadzanie w błąd oraz, poprzez brak wykazania możliwości wykonywania robót części budowlano montażowej przez Odwołującego, na niezgodność treści oferty Odwołującego z SIWZ. Zobowiązanie Photinus obejmuje tylko część zamówienia i zarzut zamawiającego dotyczy nie faktu, że Odwołujący składa zobowiązanie podmiotu Photinus do udostępnienia niezbędnych zasobów, co nie jest istotne, ale istotny jest fakt, że Odwołujący pierwotnie twierdzi że przedmiot zamówienia wykona Photinus i udostępnia mu w całości zasoby, a po okazaniu umowy pomiędzy tymi podmiotami okazało się, że zakres działań Photinusa będzie ograniczony. Treść umowy zaprzecza oświadczeniom Odwołującego złożonym w ofercie. Na etapie postępowania weryfikacji oferty, jeśli Zamawiający ma jakieś wątpliwości, to ma obowiązek zwrócić się najpierw o ich wyjaśnienie, a dopiero po uzyskaniu wyjaśnień podjąć decyzję o ewentualnym wykluczeniu bądź nie. W odwołaniu pomija się istotę informacji dotyczącej wzajemnych relacji pomiędzy Odwołującym a Photinus.

Następnie, w ustosunkowaniu się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, Zamawiający oświadczył, że podtrzymuje w całości twierdzenia zawarte w informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu oferty tego wykonawcy z dnia 02.10.2020 r. i wskazał, iż w treści odpowiedzi na odwołania wielokrotnie wskazywał na okoliczności świadczące o niezgodności oferty odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiający dodał, że zarzut, jakoby zbadał oferowany produkt (tylko poprzez odwołanie się do strony internetowej), nie weryfikując oferowanej przez wykonawcę turbiny u producenta jest chybiony, bowiem turbinę wiatrową zweryfikował bezpośrednio u dwóch przedstawicieli producenta, którzy nie potwierdzili treści katalogowej dostarczonej Zamawiającemu przez Odwołującego. Zatem twierdzenie w odwołaniu, że doszło do dokładnego wskazania oferowanego produktu, jest nieprawdziwe. Odwołujący zamieścił w przerobionej przez siebie karcie katalogowej turbiny wiatrowej dane dotyczące emisji hałasu niezgodne całkowicie z tym parametrem, jaki zamieszcza producent na swojej karcie katalogowej. Nieprawdziwe jest również twierdzenie Odwołującego, że gdyby Zamawiający zwrócił się ze stosownym zapytaniem do producenta, to otrzymałby kartę techniczną analogiczną do tej, która została mu przedłożona przez Odwołującego. Zamawiający wyżej szczegółowo opisał, że zwrócił się o takie karty do producenta i otrzymał dwie karty techniczne opisujące parametry oferowanej turbiny, jednak w żądnej z nich nie został wskazany parametr emisji hałasu. A zatem twierdzenie, że przedłożona przez Odwołującego karta techniczna jest analogiczna do kart technicznych producenta jest niezgodne ze stanem faktycznym.

Odnosząc się do kwestii żądania przedstawienia oryginałów dokumentów, Zamawiający podniósł, że z żadnego przepisu prawa, ani z doktryny i orzecznictwa nie wynika, że poza wskazaniem przesłanek, o których mowa w § 15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1282) (dalej „Rozporządzenia"), ma obowiązek podawania innej przyczyny żądania dokumentów w formie oryginałów. W informacji o wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty Zamawiający szczegółowo przedstawił i wykazał, dlaczego jego zdaniem przedstawione kopie dokumentów budziły wątpliwości, co do prawdziwości. Przedstawione kopie dokumentów posługiwały się jedynie obrazami podpisów i pieczęci pozyskanymi prawdopodobnie z innych dokumentów, co wg organów Unii Europejskiej świadczy o wytwarzaniu i przetwarzaniu dokumentów na potrzeby konkretnego postępowania. Powyższe ma obowiązek budzić u Zamawiającego wątpliwości co do prawdziwości dokumentu i daje podstawę do żądania oryginałów dokumentów, których Zamawiający nie otrzymał. Otrzymał natomiast pismo, firmowane przez Wielkopolską Grupę Prawniczą z siedzibą w Poznaniu, podpisane przez Radcę prawnego, w którym Zamawiający jest straszony skutkami i tym, co Odwołujący zamierza zrobić łącznie z restrykcjami finansowymi, które grożą Zamawiającemu, jeśli nie postąpi zgodnie z życzeniem Odwołującego.(Dowód: Informacja z dnia 21.09.2020 r. o czynności niezgodnej z ustawą przesłana przez Panią E. W. Radcę Prawnego Wielkopolskiej Grupy Prawniczej).

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7 w związku z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp oraz na podstawie 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt. 7 w związku z art. 180 ust. 5 ustawy Pzp Zamawiający, podniósł, że zgodnie z brzmieniem tych przepisów, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że Odwołujący nie przesłał Zamawiającemu kopii odwołania zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy. Art. 180 ust. 5 ustawy Pzp do uznania skuteczności przesłania Zamawiającemu kopii odwołania, wymaga spełnienia dwóch przesłanek, tj. przesłania Zamawiającemu kopii odwołania przed upływem terminu do wniesienia odwołania, ale w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem tego terminu. Art. 180 ust. 5 kreuje domniemanie w zakresie przesłanki drugiej: skutecznego doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu. Domniemanie takie może być obalone przeciwdowodem, którym w konkretnym przypadku jest Regulamin pracy w Urzędzie Gminy Suszec (dalej UG Suszec) - jednostce organizacyjnej Gminy Suszec, będącej zespołem pracowników i urządzeń przydanych Wójtowi Gminy Suszec w celu realizacji zadań Gminy Suszec, w tym w zakresie udzielania zamówień publicznych. Zgodnie z Regulaminem pracy, godziny urzędowania i pracy urzędników to od 7.30 - 15.30, za wyjątkiem poniedziałku, gdzie urząd pracuje od godz. 7.30 - godz. 17.00. Poza godzinami urzędowania urzędu, ze względu na bezpieczeństwo, ochronę danych osobowych, ochronę danych, w szczególności Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz. Urz. UE L nr 119, str.1), dalej „RODO", a także ze względu na system zabezpieczeń w postaci systemów alarmowych, sieci elektronicznej i dostępu do komputerów oraz wytyczne zawarte w Zarządzeniu nr ORG.0050.6.2020 Wójta Gminy Suszec z dnia 25 lutego 2020 r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji postępowania z kluczami oraz zabezpieczenia pomieszczeń budynku Urzędu Gminy Suszec" nikt z pracowników nie może przebywać na terenie UG Suszec po godzinach pracy, chyba że za specjalną zgodą Wójta Gminy Suszec, która wydawana jest w szczególnie uzasadnionych i wyjątkowych sytuacjach. Oznacza powyższe, że pracownicy urzędu (za wyjątkiem osób sprzątających) po godzinie 15.30, w poniedziałek po godz. 17.00 nie mają prawa przebywania na terenie budynku Urzędu Gminy. Po opuszczeniu budynku urzędu przez urzędników, budynek jest zamykany, a po opuszczeniu budynku przez personel sprzątający, zostaje włączony alarm. (Dowód: Wyciąg z Regulaminu pracy (załącznika nr 1 do Zarządzenia Wójta Gminy

Suszec nr ORG/7/2011 z dnia 16 czerwca 201 lr. ze zm., na okoliczność, że faktycznie zamawiający nie miał możliwości i nie mógł zapoznać się z treścią odwołania; Zarządzenie nr ORG.0050.6.2020 Wójta Gminy Suszec z dnia 25 lutego 2020 r. w sprawie wprowadzenia „Instrukcji postępowania z kluczami oraz zabezpieczenia pomieszczeń budynku Urzędu Gminy Suszec"). Odwołujący drogą mailową przesiał w dniu 07.10.2020 r. o godz. 19.34 i o godz. 19.37 korespondencję zatytułowaną „Informacja o czynności niezgodnej z ustawą", co nie wskazuje, że jest to kopia odwołania, a odwrotnie wytwarza przekonanie, że mamy do czynienia z instytucją prawną uregulowaną w art. 181 PZP, wyłącznie na adres mailowy przetargi@suszec.pl. Adres ten przynależny jest wyłącznie pracownikom Biura Zamówień Publicznych w ilości dwóch osób. Dodatkowo, tylko ci pracownicy mogli odebrać te maile i tylko z komputera będącego na wyposażeniu gminy Suszec, który znajduje się w Urzędzie Gminy Suszec, bez prawa wynoszenia komputera poza teren urzędu i bez prawa i możliwości korzystania z poczty mailowej jw. z innego komputera - zgodnie z normami i wymogami dotyczącymi ochrony danych znajdujących się w Urzędzie Gminy Suszec. Obie pracownice Biura Zamówień Publicznych wykonują swoje obowiązki na podstawie umowy o pracę, co oznacza, że zastosowanie w stosunku do nich ma Kodeks pracy, a w szczególności przepisy dotyczące pracy w godzinach nadliczbowych. Zgodnie z tymi przepisami praca w godzinach nadliczbowych jest dopuszczalna w razie: „1. Konieczności prowadzenia akcji ratowniczej, w celu ochrony życia lub zdrowia ludzkiego, ochrony mienia lub środowiska, albo usunięcia awarii. 2. Szczególnych potrzeb pracodawcy". Żadna z ww. kodeksowych przesłanek nie zaistniała, bowiem oczekiwanie na ewentualny mail wykonawcy dotyczący przesłania kopii odwołania nie mieści się w żadnej z wymienionych ustawą Kodeks pracy kategorii, która zobowiązywałaby pracowników UG Suszec do świadczenia pracy ponad 8 godzin dziennie, poza obowiązującą tych pracowników normą czasu pracy, wynoszącą 40 godzin tygodniowo, w pięciodniowym tygodniu pracy, z ośmiogodzinnym dniem pracy i z zachowaniem wymaganej ustawą, a to art. 132 Kodeks pracy przerwą pomiędzy dniami pracy. Nie ma przepisu prawnego zobowiązującego pracownika świadczącego pracę na podstawie umowy o pracę, do pozostawania do godziny 24.00 w pracy, w ostatnim dniu przewidzianym na doręczenie kopii ewentualnego odwołania od rozstrzygnięcia w PZP, bo być może wpłynie drogą mailową np. o godz. 23.00 lub nawet później kopia odwołania. Nakazanie pracy w takich okolicznościach i warunkach byłoby ewidentnym naruszeniem kodeksu pracy. Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący jest jednostką profesjonalnie występującą w obrocie gospodarczym reprezentowaną przez profesjonalnego pełnomocnika i w związku z tym winien był, mając na uwadze wypełnienie drugiej przesłanki skutecznego przesłania kopii odwołania, przesłać ją w taki sposób, aby Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią, mając na uwadze fakt, że urzędnicy pracują na podstawie umów o pracę, z wymogami określonymi kodeksem pracy, a budynki urzędów podlegają specjalnym zabezpieczeniom. Zamawiający oświadczył, że zdaje sobie sprawę, że przesłanka druga z art. 180 ust. 5 zdanie drugie PZP, korzysta z domniemania prawnego. Natomiast nie sposób zgodzić się, że czas przekazania kopii odwołania jest z tego powodu bez znaczenia, bowiem jeśli chodzi o konkretną sytuację, należy rozważyć, czy prawnie ważniejsza jest ochrona pracowników zgodnie z kodeksem pracy i przestrzeganie przez pracodawcę przepisów kodeksu pracy, przestrzeganie przez pracodawcę wszystkich prawnych obostrzeń w zakresie ochrony instytucji publicznych, dotyczących wymaganych od tego rodzaju instytucji standardów zabezpieczeń i ochrony, czy też ważniejsze jest domniemanie, że pracownik niezgodnie z prawem pracy przebywa w zamkniętym urzędzie, który nie może być zabezpieczony alarmem i w tym czasie czeka na dostarczenie ewentualnej kopii odwołania. Zamawiający stwierdza, że Odwołujący stworzył de facto sytuację korzystną dla siebie, w której zamawiający został pozbawiony faktycznej możliwości zapoznania się z treścią odwołania. Brak wypełnienia drugiej z wymaganych przesłanek dla skuteczności przesłania kopii odwołania skutkuje prawnym obowiązkiem KIO odrzucenia odwołania, a to na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt 7 ustawy Pzp. Domniemanie prawne z art. 180 ust. 5 PZP może być obalone, tym bardziej, że ustawa tego nie wyłącza. Obalenie może nastąpić przeciwdowodami, co wyżej zostało dokonane. Wg ugruntowanego stanowiska doktryny w postępowaniach dotyczących zamówień publicznych można powoływać się na ogólnie przyjęte i ugruntowane wieloletnią praktyką poszczególne rozwiązania stosowane w procedurze cywilnej, np. domniemań prawnych, które zgodnie z art. 234 kpc, mogą być obalone ilekroć ustawa tego nie wyłącza. Z taką sytuacją mamy do czynienia w konkretnym przypadku. Nadto należy podnieść, że wg stanowiska KIO (wyrok z dnia 03.07.2012 sygn. 1280/12) obalenie domniemania wynikającego ze zdania drugiego art. 180 ust. 5 ustawy Pzp jest możliwe przez wykazanie przez zamawiającego, że zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu możliwość zapoznania się z treścią odwołania. Takie dowody Zamawiający przedstawił, jak wyżej. Pominięcie przez KIO w toku analizy sprawy i orzekania kwestii faktycznej możliwości zapoznania się przez Zamawiającego z treścią odwołania oznaczałoby nieuprawnione zastosowanie przez KIO art.61 § 2 Kc, zamiast regulacji 180 ust. 5 PZP (Dowód: Wydruk zrzutu ekranu ze skrzynki odbiorczej Zamawiającego, na okoliczność, że Odwołujący mail „kopia odwołania" nazwał „informacją o czynności niezgodnej z ustawą, czym wprowadził Zamawiającego w błąd.

Nie jest sporne, że termin na wniesienie odwołania został zachowany przez Odwołującego. Spór dotyczy tego, czy w sytuacji, gdy odwołanie wpłynęło do Zamawiającego po godzinach jego urzędowania, należy przyjąć za Zamawiającym, że nie mógł się zapoznać z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie odwołania i w związku z tym odwołanie podlega odrzuceniu.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie.

Termin na doręczenie kopii odwołania jest liczony w dniach. W związku z tym kończy się z upływem ostatniego dnia na jego złożenie. Zgodnie bowiem z art. 111 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp termin oznaczony w dniach kończy się z upływem ostatniego dnia. Skoro w tym terminie kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu, to okoliczność, iż nastąpiło to po zwykłych godzinach jego pracy nie wpływa na skuteczność dokonania tej czynności. Przyjęcie argumentacji Zamawiającego oznaczałoby skrócenie ustawowego terminu na skorzystanie ze środków ochrony prawnej, co jest nieuprawnione.

Uzasadniając wniosek o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp lub o nierozpoznawanie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp, Zamawiający przywołał przepis art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: „(...) w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2", a także przepis art. art. 180 ust. 2 ustawy Pzp zawierający katalog czynności, wobec których może być wnoszone odwołanie jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 PZP i stwierdził, że Odwołujący zarzucił m.in. naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP „ (...) poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 PZP, podczas gdy nie zaistniały ku temu przesłanki wymienione w powyższym artykule (...) ". Tymczasem Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1, a nie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 4 Ustawy, wobec czego zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 4 jest bezpodstawny i wobec zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania, odwołanie również z tego powodu winno być odrzucone, ponieważ odwołanie wniesione z zarzutem dotyczącym czynności unieważnienia podlega odrzuceniu.

Ponadto Zamawiający zauważył, że Odwołujący nie jest zdecydowany jaki zarzut w zakresie unieważnienia, bowiem: w zarzutach odwołania wymienia naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, a w uzasadnieniu do odwołania odmiennie niż w zarzutach, wskazuje na naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zamawiający zwraca uwagę, że treść odwołania została sporządzona przez profesjonalnego pełnomocnika, zatem zarzuty sformułowane w treści odwołania winny być określone w sposób jednoznaczny i odnosić się do czynności faktycznie podejmowanych przez Zamawiającego w trakcie postępowania, tym bardziej, że przesłanki unieważnienia postępowania zawarte w art. 93 ust. 1 pkt. 1 są odmienne od przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp. Bez względu jednak na to, czy Odwołujący zarzuca naruszenie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, czy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, czynność unieważnienia postępowania (z każdej przesłanki wymienionej w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp) nie została wymieniona przez ustawodawcę w katalogu czynności, na które przysługuje odwołanie, zawartym w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Wobec powyższego, zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 1, jak również art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, nie zasługuje na uwzględnienie, z konsekwencją odrzucenia odwołania. Odwołanie, w którym znajdzie się zarzut wykraczający poza art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, winno być odrzucone na zasadzie art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy. W sytuacji gdy treść odwołania przekracza granice zakreślone w przepisie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp i w sytuacji formalno - prawnej braku instrumentu prawnego pozwalającego na odrzucenie odwołania w części, należy pozostawić poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych, niż wymienione w powołanej normie prawnej. (Wyrok KIO z dnia 05 grudnia 2013 r. KIO 2690/13). Na wypadek nieuwzględnienia wniosku o odrzucenie odwołania w całości, Zamawiający przywołał wyrażony w wyroku KIO z dnia 15 października 2014 r. KIO 2030/14 pogląd, zgodnie z którym: „Biorąc pod uwagę, że ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 907) nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, dlatego zarzuty odwołania - inne niż zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie podlegają częściowemu odrzuceniu, jednak wobec brzmienia art. 180 ust. 2 oraz ort. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy nie mogą być przedmiotem rozpoznania przed Krajową Izbą Odwoławczą.” Przy sprecyzowaniu przez Odwołującego zarzutu odwołania, co do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 PZP lub jak zarzuca Odwołujący pkt 4, zarzut taki powoduje, że odwołanie winno być odrzucone, z uwagi na to, że czynność unieważnienia nie jest czynnością podlegającą zaskarżeniu w drodze odwołania, a z zasad logiki wynika, że w przypadku ważnego i skutecznego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty wykonawcy, czynności te implikują konieczność unieważnienia, w sytuacji gdy zajdą przesłanki do tego unieważnienia, a z takim konkretnym stanem faktycznym mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

W ocenie Izby okoliczność, iż jednym z zarzutów odwołania jest zarzut dotyczący unieważnienia postępowania, nadto który w według treści uzasadnienia odnosi się do unieważnienia postępowania z uwagi na to, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, gdzie również została wskazana podstawa prawna tj. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podczas, gdy na wstępie został wskazany art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp nie oznacza, że odwołanie podlega odrzuceniu.

Po pierwsze, odwołanie, jak wskazuje jego treść, zostało złożone wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy. Są to czynności wymienione w pkt 3 i 4 katalogu zawartego w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. W związku z tym przysługuje od nich odwołanie w analizowanym postępowaniu. Po drugie, w wyniku ww. czynności, które, jak zaznaczono, podlegają zaskarżeniu, doszło do wypełnienia się przesłanki, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Oznacza to, że unieważnienie postępowania jest jedynie konsekwencją odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. W postępowaniu zostały bowiem złożone tylko dwie oferty, a oferta konkurencyjna, została wcześniej odrzucona przez Zamawiającego. Po trzecie, z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania oraz uzasadnienia odwołania oraz okoliczności sprawy jasno wynika, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Użycie w odwołaniu również nieprawidłowego oznaczenia punktu, w prawidłowo wskazanym oznaczeniu art. 93 ust. 1 PZP, należy uznać za oczywistą omyłkę.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., iż jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami PZP, to nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Poprzez dokonanie zaskarżonych czynności Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący osiągnąć w wyniku realizacji zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody przedłożone przez strony.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa oświetlenia zasilanego energią odnawialną na terenie Gminy Suszec.

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty: Odwołującego oraz wykonawcy W. Technic Sp. z o.o. Sp. k. W dniu 11 września 2020 roku Zamawiający odrzucił ofertę W. Technic Sp. z o.o. Sp. k.

W dniu 2 października 2020 r. Zamawiający dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty. W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty tego wykonawcy (którego fragmenty są poniżej w znacznej części przytoczone), Zamawiający przedstawił postanowienia SIWZ, mające znaczenie dla rozpatrzenia sprawy, oraz wskazał m.in., że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp oraz w konsekwencji należy uznać, że nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12). W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in. okoliczności związane z odrzuceniem oferty W. Technic sp. z o.o. sp. k. (WT) tańszej o 175.969.52 zł od oferty Odwołującego (AS) oraz dotyczące aktywności Odwołującego w zakresie kwestionowania oferty konkurencyjnej, podał przedstawione wykonawcy niezgodności tej oferty z SIWZ, w tym odnoszące się do niejednoznacznego opisu oferowanych produktów, wyniki porównania treści złożonych ofert, oraz zaznaczył, że istotne znaczenie ma fakt, że zarówno WT, jak również AS, wskazały w swoich ofertach te same słupy tj. model BOCIAN; SERIA: BO.03.06.2020, produkowane przez tego samego producenta WT, czyli wykonawcę, który złożył tańszą ofertę. Wcześniej złożona i podpisana przez WT karta techniczna,

dotycząca słupa BOCIAN EKO jest identyczna z kartą techniczną złożoną przez AS, tyle, że w tej drugiej (również podpisanej przez WT) widnieje już tylko nazwa BOCIAN. Z dużą dozą prawdopodobieństwa oryginalna karta techniczna z nazwą BOCIAN EKO, którą przedstawił WT (nie uwzględniając, że może być ona oceniona przez Zamawiającego jako niezgodna z SIWZ), została celowo poprawiona na nazwę BOCIAN, aby AS mogła otrzymać zamówienie, a WT realizować je jako podmiot trzeci (podwykonawca). Przemawia za tym również fakt, że AS dołączyła do dokumentów specyfikację techniczną wystawioną przez producenta slupów - WT, opisującą parametry słupa i potwierdzającą serię oferowanego produktu BO.03.06.2020, czego WT nie zrobił i co zostało mu wykazane jako niezgodność z SIWZ. W dniu 11.09.2020 r. przedstawiciele AS, której siedziba znajduje się w Poznaniu, przebywali na Śląsku i osobiście, do godz. 15.00 dostarczyli do siedziby, wymagane dokumenty i oświadczenia. Informacja o odrzuceniu oferty WT została przesłana drogą mailową i pocztową w dniu 11.09.2020 r. ok. godz. 11.35. Z tego samego dnia pochodzi dostarczony osobiście przez AS oryginał zobowiązania podmiotu trzeciego, czyli WT, który w tym momencie pojawia się jako podwykonawca, w charakterze udostępniającego AS doświadczenie, w tym występujący jako podwykonawca.

AS w zał. 1.B oferuje TURBINY WIATROWE producenta JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE - TYP 600, KOD: 600M3, dołączając wyjaśnienia (korespondencję mailową z dnia 10.09.2020 r. z przedstawicielem firmy Jiangsu - Panem M. X.), że wskazany w ofercie producent pod nazwą „JI4NGSU NAIER WIND POWER jest tą samą firmą co JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE on Aliexpress i nic z treści złożonych dokumentów nie wskazuje na to że firma ta działa pod zmienioną nazwą WUXI REXCO TECHNOLGY Co. Ltd. Ponadto, AS załącza do dokumentów kartę katalogową w języku angielskim oferowanej turbiny NE-600 M3, wraz z tłumaczeniem w języku polskim, wskazującą jakie parametry posiada. Treść załączonej korespondencji w zakresie ustalenia nazwy producenta nie jest przekonująca, z uwagi na fakt, że najpierw Pan M. X. powołując się na rozmowę przeprowadzoną z przedstawicielami AS na Skype, potwierdza, że JIANGSU NAIER WIND POWER jest tą samą firmą co JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE Aliexpress, a następnie pyta AS, gdzie widział JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE, co może wskazywać, że pierwsza odpowiedź udzielona przez Pana M. X. została udzielona AS zgodnie z oczekiwałem AS (na potrzeby uzyskania zamówienia). Zamawiający zauważył, że w nazwie JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE wskazanej przez AS ofercie pojawia się wyraz STORE, co w języku polskim oznacza sklep (czyli miejsce, gdzie można nabyć towary). Do tego dochodzi fakt, że produkty oferowane w tym sklepie są sprzedawane przez stronę internetową Aliexpress. Nie można zatem powiedzieć, że nazwa sklepu, to to samo co nazwa producenta. Co najwyżej może to być nazwa sklepu, w którym m.in. są oferowane produkty Jiangsu Ńaier Wind Power. Nie są to jednak pojęcia równoznaczne. W świetle zaistniałych wątpliwości, które powstały po wyjaśnieniach WT (co do zmiany nazwy producenta oferowanych turbin) oraz AS (co do ustalenia prawidłowej nazwy producenta oraz parametrów dla oferowanych turbin), zamawiający przeprowadził własne badania, na podstawie których ustalił, że:

-na rynku istnieje zarówno firma JIANGSU NAIER WIND POWER TECHNOLOGY DEVELOPMENT Co. Ltd (zwane d Jiangsu), jak i WUXI REXCO TECHNOLGY Co. Ltd (zwane dalej Wuxi);

-obie firmy sprzedają turbiny wiatrowe, jednak Jiangsu stosuje nazewnictwo NE, a Wuxi RC; turbiny te są różnie konfigurowane i różnią się parametrami;

-nazwa JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE wskazana w ofercie AS nie jest nazwą producenta, jest to nazw sklepu na stronie Aliexpres, co potwierdza wyszukiwarka Google - dla takiej nazwy wyświetla się tylko jeden wynik: „pl.aliexpress.com > store; Jiangusu Naier Wind Generator Store - Detaliczny sklep online ...” Powyższe zdaniem Zamawiającego może oznaczać, że AS wpisała do oferty produkt ze strony internetowej, który miał spełniać parametry, nie rozpoznając dokładnie nazwy producenta, ani nie ustalając z nim warunków handlowych, co zdaniem Zamawiającego wynika z przedstawionej korespondencji;

-pod w/w adresem na Aliexpress, po wpisaniu produktu NE-600M3 pojawia się 5 produktów o tym samym symbolu i dla każdego jest wskazana ta sama specyfikacja techniczna i parametry, chociaż turbiny mają różne przeznaczenie, co budzi kolejną wątpliwość zamawiającego, co do prawidłowości sformułowania oferty wykonawcy; Oferta oznaczona w taki sposób uniemożliwia zamawiającemu dokonanie jednoznacznej identyfikacji turbiny wiatrowej, co stanowi o niezgodności z SIWZ i jest samodzielną podstawą odrzucenia oferty; na podstawie takiej oferty możliwe jest dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero przy realizacji zamówienia. "*Należy przy tym stwierdzić, że nawet jeśli wszystkie produkty danego rodzaju i danego producenta, odpowiadające opisowi przedstawionemu w ofercie, spełniają wymagania minimalne określone w SIWZ, to i tak ofertę należy uznać za niedookreśloną i nieodpowiadającą treści SIWZ. Zamawiający bowiem ma prawo na podstawie treści oferty powziąć informacje, jaki konkretny produkt otrzyma w wykonaniu umowy*" (wyrok sygn. akt KIO 1330/14).

-karta techniczna turbiny przedstawiona w dokumentach AS (o aktualnych parametrach) jest odmienna od karty technicznej wskazanej na ww. stronie internetowej. Przyjmując jednak, że na stronie Aliexpress był oferowany starszy typ turbiny od wskazanej w dokumentach AS, to w dalszym ciągu udostępniona przez AS karta techniczna różni się od pozyskanej przez Zamawiającego karty technicznej, również „aktualnej” m.in. w zakresie mocy maksymalnej, prędkości wiatru, średnicy koła. Powyższe powoduje, że Zamawiający nie wie, jaki produkt faktycznie wykonawca zaoferuje na etapie realizacji zamówienia. Co jednak najbardziej istotne i co podważa wiarygodność przedstawionej przez wykonawcę karty technicznej turbiny to fakt, że dokument ten zawiera parametry, których firma Jiangsu nie podaje dla żadnego z oferowanych na swojej stronie produktów, tj. parametrów dotyczących wskazania przy jakiej prędkości wiatru w m/s zadziała hamulec elektromagnetyczny oraz parametrów dotyczących emisji hałasu w dB, a co było wymagane w SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia oferty WT z dnia 11.09.2020 r,, Zamawiający wskazał, że „w przedstawionej karcie katalogowej (dot. turbiny wiatrowej) brak określenia poziomu natężenia dźwięku [dB]”. Takich braków zamawiający nie mógł już zarzucić AS, jednak tak „idealnie” sporządzona karta techniczna wzbudziła podejrzenia zamawiającego co do ich prawdziwości i czasu sporządzenia, szczególnie z tego tytułu, że Jiangsu nigdzie w specyfikacjach publikowanych na swojej stronie tych parametrów nie podaje, a w momencie kiedy zamawiający przesyła wykonawcom przyczyny odrzucenia WT z postępowania, wszystkie informacje już są w karcie technicznej dostarczonej Zamawiającemu przez AS zawarte. Nasuwa się zatem pytanie, skąd te informacje powziął AS i „kto” w rozumieniu podmiotu sporządzał przedstawioną przez AS kartę. Tym bardziej, że firma AS przedstawiła dokument opatrzony numerem kolejnym „-28-" sporządzonym w języku angielskim (przetłumaczonym na odwrocie dokumentu na język polski) w formie kserokopii potwierdzonej „za zgodność”, również opatrzonym odciskiem pieczęci Jiangsu Najer Wind Power. Na stronie producenta www.wxnaicr.com zamawiający nie znalazł tego dokumentu, jak i produktu NE-600M3 na nim przedstawionego. Powyższe budzi kolejne wątpliwości zamawiającego, co do autentyczności przedstawionej karty techniczne w kserokopii i istnienia przedstawionego produktu, tym bardziej, że tożsame zdjęcie, jak z dokumentu wyżej opisanego przedstawione jest na stronie Aliexpress przez sklep Jiangsu, jako

„mieszkalna turbina wiatrowa” mająca te same parametry jak oferowana przez AS turbina.

W związku z powyższym, te same zarzuty, sformułowane we wniosku AS do Zamawiającego, o odrzucenie oferty WT z postępowania, stały się aktualne dla oferty AS, ponieważ:

-W złożonych dokumentach dotyczących turbiny wiatrowej została zmieniona nazwa producenta, co jest niezgodne z SIWZ.Wyjaśnienia AS potwierdzają ocenę Zamawiającego, że w złożonym zał. 1.B znajduje się niepoprawnie określona nazwa producenta turbiny wiatrowej. Tym samym producent turbin nie został określony na dzień składania ofert w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, co jest niezgodne z SIWZ.

-AS składa w dokumentach dla oferowanej turbiny kartę techniczną, której treść nie jest wiarygodna; nie można w sposób jednoznaczny ustalić faktycznych parametrów turbiny i potwierdzić ich zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ, co jest niezgodne z SIWZ.

-Niedopuszczalne jest przyjęcie wyjaśnienia, że producentem oferowanych turbin jest firma JIANGSU NAIER WIND POWER a nie jak zadeklarowano w zał.1.B JIANGSU NAIER WIND GENERATOR STORE on Aliexpress.

-Na stronie internetowej firmy JIANGSU NAIER WIND POWER, nie jest dostępny produkt NE-600M3.

-Brak prawidłowego oznaczenia oferowanych turbin wiatrowych w treści oferty — zał.1.B i wskazania właściwego producenta, który miał być jednoznacznie identyfikowany na dzień składania ofert, nie może być sanowany w drodze wyjaśnień, ani uzupełniania oferty. Byłaby to jej niedozwolona zmiana, polegająca de facto na złożeniu nowej oferty. Powyższe prowadziłoby do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego wyartykułowanych w treści SIWZ, po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy PZP.

W świetle wskazanych powyżej informacji, Zamawiający dokonał oceny pozostałych dokumentów składających się na ofertę wykonawcy - AS. Podczas analizy złożonych w ofercie dokumentów, Zamawiający ustalił, że przedstawione w dokumentach m.in. dwa produkty producenta Photinus GmbH & Co. KG, dotyczące:

1.Opraw LED - model/ nr katalogowy (pełny): Photinus-high-performance LED module 52-35-874, Typ: LED Module, Kod 52-35-874, Seria: PH.07.2020

2.REGULATORA MPPT- model/ nkatalogowy (pełny): Photinus MPPT Solar Hybrid Lamp Charge Controller, Typ: FITMPPT Hybrid, Seria: 20A

nie widnieją w katalogu wskazanego w ofercie producenta, na jego stronie internetowej. Wszystkie produkty wskazane w katalogu (z 2019 r.) mają nadane numery katalogowe, natomiast oferowany regulator MMPT takiego numeru nie posiadał.

W związku z powyższym, Zamawiający w dniu 16.09.2020 r. wezwał AS do udzielenia wyjaśnień, czy wskazane powyżej w pkt. 1 i 2 produkty, posiadają dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i czy spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego zgodnie z m.in. Rozporządzeniem (UE) nr 305/2011 (nazywane również CPR), które zastąpiło funkcjonujące wcześniej Rozporządzenie 89/106EWG oraz Ustawą Prawo budowlane, a dokładnie jej art. 10. Jednocześnie zamawiający prosił o przesłanie dokumentów, które potwierdza spełnienie wymagań określonych w treści powołanych powyżej przepisów prawa, oraz innych dokumentów, które wypełniają wymagania dotyczące ich dopuszczenia do sprzedaży, obrotu i zastosowania przez AKADEMII: SŁOŃCA w Polsce. Wykonawca w dniu 17.09.2020 r. przesłał drogą mailową dokumenty dotyczące w/w produktów, w tym certyfikaty, deklaracje zgodności i specyfikacje techniczne. Zamawiający wskazał na prawdopodobieństwo braku autentyczności dokumentów mu przekazanych, które w sposób niebudzący wątpliwości miały poświadczyć, że proponowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zamawiający stwierdził, że:

- dokumenty zostały przekazane elektronicznie w formie plików pdf drogą mailową i po pobraniu i otwarciu dokumentów jw. Zamawiający stwierdził wysokie prawdopodobieństwo wytworzenia tychże dokumentów dokładnie w odpowiedzi i na wezwania skierowane do wykonawcy pismem z dnia 16.09.2020 r., numer ZPU.271.1.6.2020.

- po otwarciu każdego z tych dokumentów i po podświetleniu jego części (LOGO producenta) oraz po ich skopiowaniu do edytora tekstu, pokazuje się inny dokument w całości w stosunku do LOGO, co wskazuje, że z jednego dokumentu wykorzystano zrzut ekranu, który uchwycił źródło, z którego pochodzi obraz LOGO pozyskany na dokumencie przesłanym dla celów wypełnienia zobowiązania Zamawiającego.

Poniżej pisma Zamawiający wkleił obraz skopiowany z dokumentu przesłanego przez AS, który posłużył do wytworzenia nagłówka LOGO. A następnie wskazał, że również tej techniki użyto przy pozyskiwaniu podpisu z pieczątką. Na wszystkich dokumentach podpis jest identyczny, złożony dokładnie w tym samym miejscu w stosunku do pieczątki; na trzech dokumentach dotyczących różnych informacji i produktów, pojawia się obraz, którego kopie zamieścił poniżej.

Następnie Zamawiający zaznaczył, że poza dokumentami jw. żądał złożenia wyjaśnień w zakresie wskazanym w piśmie powyżej, a w szczególności, czy przedstawione w ofercie produkty posiadają dopuszczenia do sprzedaży, obrotu i zastosowania, wbudowania w Polsce. Chodziło o poszczególne elementy lamp marki Photinus: Opraw LED oraz REGULATORA MPPT, z uwagi na brak możliwości ich identyfikacji, co uniemożliwiło dokonanie oceny zgodności oferty z wymaganiami w SIWZ, a także, czy w ogóle jest możliwe zastosowanie tych produktów do wbudowania ich w obiekt. Takich wyjaśnień wykonawca AS w wyznaczonym terminie nie złożył, co oznacza, że nie potwierdził warunków udziału w postępowaniu i co skutkuje koniecznością odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Z uwagi na wątpliwości, jakie zostały wzbudzone u Zamawiającego, co do prawdziwości przedstawionych dokumentó przesianych przez wykonawcę, Zamawiający na podstawie §15 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzieleni zamówienia zażądał złożenia w oryginale dokumentów przesłanych drogą elektroniczną. W odpowiedzi wykonawc przesłał w wersji papierowej i elektronicznej (na nośniku typu pendrive) te same dokumenty, jakie Zamawiający otrzyma wcześniej. Zamawiający ma prawo twierdzić, że nie otrzymał oryginałów dokumentów. Za brakiem przesłania oryginałó przemawia, że otrzymał dokumenty wyłącznie w formie elektronicznej, a każdy z tych dokumentów opatrzony jes pieczątką i odręcznym podpisem producenta. Zamawiający stwierdził, że jest to identyczny odcisk pieczęci z identyczni złożonym odręcznie podpisem, co może przemawiać, że jest to wyłącznie obraz pieczęci i obraz podpisu. To świadczy że te dokumenty wytworzone są elektronicznie z podpisem i pieczątką jako obraz przeniesiony z innego dokumentu. Tak sam obraz pieczęci i podpisu występuje na wcześniej złożonych dokumentach poświadczonych za zgodność oryginałem. Powyższe poświadcza wątpliwość istnienia oryginałów dokumentów, np. wszystkich oświadczeń. Powyższ może wprowadzać w błąd, co do istnienia w ogóle oryginałów dokumentów przedstawionych przez wykonawcę jak oryginały. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że na nośniku pamięci widnieje data wytworzenia dokumentu z dni 17.09.2020 r., co również może oznaczać, że te dokumenty zostały wytworzone w tym dniu. Zamawiający nie otrzymał ar wyjaśnień, ani atestów, ani certyfikatów, których okazania żądał wraz z wyjaśnieniami.

Wykazane powyżej niezgodności treści oferty z SIWZ, a także brak potwierdzenia przez AS spełnienia przez oferowar produkty wymagań określonych w SIWZ kwalifikuje ofertę AS do odrzucenia z postępowania.

Powyżej wskazany ciąg wydarzeń może prowadzić do wniosku, że Zamawiający został wprowadzony również w błąd, zarówno przez firmę WT jak i AS:

Na skutek zarzutów kierowanych w stosunku do WT na każdym etapie postępowania przez AS, które zamawiający był zobowiązany wyjaśniać, doszło do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o konieczności odrzucenia oferty WT z postępowania. W następstwie powyższego, Zamawiający rozpoczął czynności związane z badaniem oferty AS, kierując do AS na podstawie art. 87 ust. 1 i art. 26 ust. 4 wezwanie do wyjaśnienia treści oferty i zobowiązania podmiotu trzeciego, złożonego wraz z ofertą, gdyż w ocenie Zamawiającego nie potwierdzało ono realnego przekazania wykonawcy zasobu „doświadczenia" - w szczególności wykazana forma udostępnienia zasobu doświadczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu nic była wystarczająca, z uwagi na poniższe fakty. W ofercie AS oświadczyła, że podmiot trzeci Photinus GmbH &Co KG z siedzibą w Austrii będzie podwykonawcą zamówienia i będzie realizował takie jego części jak: koordynacja merytoryczna i nadzór inwestorski, kompletne lampy hybrydowe, natomiast w treści zobowiązania podmiot trzeci oświadczył, że podwykonawstwo obejmuje jedynie zakres „kompletnych lamp hybrydowych, w szczególności nadzór inżynierski, koordynacja merytoryczna inwestycji." Wskazany sposób udostępnienia: zasobu zawierał braki, był ogólnikowy, niejasny i hasłowy, niewnoszący informacji realnej i rzeczywistej. Z treści zobowiązania nie wynikało, w jaki sposób zasoby podmiotu trzeciego zostaną wykorzystane przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, tj. na czym ma polegać skuteczność przekazywania doświadczenia w ramach koordynacji merytorycznej i nadzoru inżynierskiego w celu poprawnego wykonania zamówienia, w jaki sposób oddane zostaną do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby (doświadczenie) na potrzeby realizacji zamówienia i na czym ma polegać podwykonawstwo w zakresie „kompletnych lamp hybrydowych", w świetle art. 22a ust. 4 ustawy.

Istotne znaczenie ma fakt, że w oświadczeniu dotyczącym spełniania warunków udziału w postępowaniu, AS oświadczyła, że z zasobów podmiotu trzeciego będzie korzystała tylko w zakresie doświadczenia, a nie w zakresie dysponowania osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania budową i robotami, niezbędnymi do realizacji zamówienia - co należało rozumieć, że tymi osobami wykonawca dysponuje osobiście. Trudno uznać, że udostępnione przez podmiot trzeci osoby niewskazane w zobowiązaniu (bliżej nieokreślone, o nieznanym wykształceniu i doświadczeniu), przekażą w sposób realny wykonawcy w ramach koordynacji merytorycznej i nadzoru inżynierskiego nabytą wiedzę i doświadczenie, nie uczestnicząc bezpośrednio w realizacji zamówienia, ani nie ponosząc żadnej odpowiedzialności za własne doradztwo, biorąc pod uwagę, że przedmiot zamówienia obejmuje również roboty budowlane, w których cały proces jest podzielony pomiędzy konkretnych specjalistów, odpowiedzialnych za te roboty. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego miało zostać udowodnione zamawiającemu i żadne istotne okoliczności nie mogły być pozostawione domysłom, ani przypadkowi. W związku z powyższym, Zamawiający wezwał Akademię Słońca do złożenia wyjaśnień w zakresie rozbieżności i niejasności dokumentów wynikających z opisanych działań. Na wniosek AS termin do udzielenia wyjaśnień został wydłużony o 4 dni. W odpowiedzi na wezwanie z art. 89 ust. 1 i art. 26 ust. 4 ustawy, w dniu 31.08.2020 r. AS złożyła wyjaśnienia dotyczące złożonego wraz z ofertą zobowiązania, dołączając do nich kopię umowy nr 1/7/2020 z dnia 24 lipca 2020 r. zawartą pomiędzy AS a podmiotem trzecim - firmą Photinus GmbH & Co KG z siedzibą w Austrii. Złożone przez AS wyjaśnienia wraz z umową zawartą w tym samym dniu co zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone wraz z ofertą, tj. w dniu 24.07.2020 r., wskazuje na to, że wydłużenie terminu do udzielenia odpowiedzi było potrzebne AS na sfinalizowanie z podmiotem trzecim tejże umowy o podwykonawstwo. Wskazują na ten fakt, powtarzające się w treści umowy nr 1/7/2020 z dnia 24 lipca 2020 r. sformułowania „zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy", powołane w treści wezwania do wyjaśnienia treści oferty i zobowiązania podmiotu trzeciego, czego się zwykle nie praktykuje. W ocenie Zamawiającego wielokrotne użycie wskazanego sformułowania w treści umowy miało przekonać Zamawiającego, że podmiot trzeci faktycznie będzie realizował całość robót objętych przedmiotem zamówienia i nastąpi faktyczne przekazanie doświadczenia podmiotu trzeciego. Zamawiający zauważa, że skoro umowa była zawarta w dniu zawarcia ww. zobowiązania, wykonawca nie potrzebował aż 7 dni na przygotowanie wyjaśnień - wystarczyło je przesłać drogą elektroniczną. Pozostałe dokumenty, które Wykonawca przedstawił w załączeniu do wyjaśnień, wykonawca również miał w posiadaniu (m.in. referencje), więc nie potrzebował czasu na ich „ściągnięcie" ,poza tym Zamawiający nie wymagał tych dokumentów do wyjaśnień, ponieważ są irrelewantne dla sprawy. Potwierdzają one jedynie fakt, że AS nie posiada doświadczenia w realizacji zadań dotyczących budowy lamp hybrydowych.

Analiza oświadczeń i dokumentów złożonych przez AS w ramach wyjaśnień ujawniła, że podmiot trzeci (Photinus) ma zamiar zrealizować zamówienie przy współpracy z AS (co nie wynikało z treści zobowiązania z dnia 24.07.2020 r.) i co w świetle art. 22 ust. 4 nie jest dopuszczalne. W przedłożonej umowie zawartej z podmiotem trzecim AS wskazała, że podmiot trzeci nie będzie realizował zamówienia w całym zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, tj. w zakresie budowy lub przebudowy oświetlenia wykorzystującego odnawialną energię słońca i wiatru wraz z dostawą i montażem. Jak wynika bowiem z treści umowy z dnia 24 lipca 2020 r. przedłożonej Zamawiającemu zawartej pomiędzy Wykonawcą a podmiotem trzecim udostępniającym doświadczenie, a w szczególności z jej §3 pkt. I zatytułowanym „Podział zadań", do zadań wykonawcy (AS) należą m.in. następujące czynności: wytyczenie miejsc posadowienia słupów oraz wykonanie powykonawczych planów geodezyjnych, przeprowadzenie robót ziemnych, tj. wykopów pod osadzenie

prefabrykatów, wykonanie pomiarów rezystencji, zaprogramowanie i uruchomienie instalacji lamp.

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane Wobec faktu, iż wykonawca nie wykazał samodzielnego spełnienia warunku posiadania doświadczenia i powołał się w tym zakresie na zdolności podmiotu trzeciego (Photinus GmbH & Co KG z siedzibą w Austrii), podmiot trzeci powinien zrealizować roboty budowlane lub usługi. Z przytoczonego powyżej §3 umowy wynika, że nie wszystkie roboty budowlane w ramach przedmiotowego zamówienia wykona podmiot trzeci. Wobec powyższego niemożliwe jest uznanie, iż podmiot trzeci przekaże swoje doświadczenie wykonawcy w pełnym zakresie zamówienia. Z faktu tego wynika, że wykonawca AS nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Używane w wyjaśnieniach wykonawcy z dnia 31.08.2020 r. oraz w umowie z dnia nr 1/7/2020 z dnia 24 lipca 2020 r. określenia „koordynacja merytoryczna" oraz „nadzór inżynierski" występują w wielu miejscach i kontekstach. Nie zmienia to jednak faktu, iż wobec powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia, zgodnie z treścią art. 22a ust. 4, to podmiot trzeci zobowiązany jest do wykonania robót budowlanych. Z uwagi na to, używanie ww. określeń bez zapewnienia spełnienia wymagań określonych przez ustawodawcę w powołanym powyżej art. 22a ust. 4 PZP, nie dowodzi wykazania przekazania doświadczenia przez podmiot trzeci wykonawcy w sposób rzeczywisty. Zgodnie z wyrokiem KIO 306/20: „ (...) W odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane - art. 22a ust. 4 ustawy. W związku z tym podmiot udostępniający w rzeczywistości musi realizować roboty budowlane wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, które wykazuje własnym doświadczeniem w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W/w przepis stanowi jasno, że podmiot udostępniający powinien wykonać roboty budowlane w zakresie, w jakim powołano się na jeno doświadczenie, a brak zobowiązania do wykonania takich robót przekreśla uznanie warunku za spełniony. Zamawiający podzielił również pogląd wyrażony w wyroku KIO 1643/18: „Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych (obecnie art. 22a Prawa zamówień publicznych), musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt-udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełniania danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Dyspozycja art. 22a ust. 4 Prawa zamówień publicznych wymaga zatem, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów". Przedstawione zamawiającemu wyjaśnienia wraz z przedłożoną umową miały przekonać zamawiającego, że AS spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Zamawiający ocenił jednak negatywnie złożone przez AS dokumenty.

Treść wyjaśnień i umowy Zamawiający ocenił jako możliwość wprowadzenia Zamawiającego w błąd, poprzez przedstawienie informacji, które miały przekonać Zamawiającego o realnym przekazaniu doświadczenia wykonawcy przez AS, m.in. stworzenie wrażenia, że podmiot trzeci przekaże wykonawcy personel (wieloosobowy) do wykonania zamówienia. Uważne wczytanie się w sformułowania i stwierdzenia zawarte w przedłożonych przez AS dokumentach sprowadza się do jednak do jednego wniosku, że udostępnienie doświadczenia wg AS ma polegać tylko na prowadzeniu przez jednoosobowy personel - Pana M. K. koordynacji merytorycznej zamówienia w Polsce, w ramach umowy podwykonawstwa, co nie wypełnia przesłanki zawartej w art. 22a ust. 4 ustawy w zakresie udostępnienia doświadczenia.

Co najmniej wzbudzające kolejną niepewność i wątpliwość Zamawiającego co do realnego przekazania wykonawcy „doświadczenia" budzi również stwierdzenie AS zawarte w ww. wyjaśnieniach, przeczące całej idei przekazania doświadczenia wskazanej w art. 22a ust. 4 ustawy, iż: personel podmiotu trzeciego (Pan M. K.) z doświadczeniem w koordynacji i nadzorze będzie w ramach umowy podwykonawstwa dostępny przez cały czas realizacji zamówienia, w miejscu realizacji zamówienia" - co budzi kolejną wątpliwość, mając na względzie fakt, iż osoba ta ma siedzibę w Austrii. Dalej AS wyjaśnia, że „nie dojdzie do przekazania doświadczenia, gdyż podmiot trzeci osobiście będzie wykonywał w ramach podwykonawstwa – w zakresie określonym zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy, dostawę i montaż kompletnych lamp hybrydowych" - co kolejny raz przeczy złożonym przez AS oświadczeniom i potwierdza fakt, że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wyznaczony do koordynacji merytorycznej i nadzoru inżynierskiego Pan M. K., którego siedziba prowadzenia działalności jest zarejestrowana w Austrii, realnie nie będzie pełnić funkcji kierownika budowy i robót (te funkcje mają pełnić osoby zatrudnione przez AS), co wynika z postanowień zawartych pomiędzy Photinus a AS w umowie. Taki stan również nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, z uwagi na fakt, że AS nie posiada własnego doświadczenia w realizacji robót objętych przekazywanym doświadczeniem.

Z uwagi na fakt, że treść złożonych wyjaśnień przez Akademię Słońca wraz z załączoną kopią umowy zawartej z podmiotem trzecim nie potwierdziła w ocenie Zamawiającego rzeczywistego przekazania zasobów w postaci doświadczenia wykonawcy, w zakresie pozwalającym uznać, iż Akademia Słońca spełniła wymóg posiadania doświadczenia, Zamawiający wezwał AS na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.1.2 pkt. 1) SIWZ, co mogło polegać także na przewidzianym w art. 22a ust. 6: zastąpieniu wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, przedstawiając zobowiązanie tego podmiotu w formie oryginału, do wykonania tej części przedmiotu zamówienia, która pozwoli uznać, iż podmiot ten rzeczywiście przekazał wykonawcy swe doświadczenie, zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy, jednocześnie przedkładając w ramach skierowanego do Państwa wezwania z dnia 04.09.2020 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy wykazu robót (w formie wskazanej w wezwaniu) wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania, niezbędnego do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia udostępnianego wykonawcy przez inny podmiot trzeci; albo na osobistym zobowiązaniu się do wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli posiadają Państwo i wykażą wymagane w postępowaniu doświadczenie, o których mowa pkt. 5.1.2 pkt. 1) SIWZ, przedstawiając stosowne oświadczenie w tym zakresie w formie oryginału, jednocześnie przedkładając w ramach skierowanego do Państwa wezwania z dnia 04.09.2020 r. do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy wykazu robót (w formie wskazanej w wezwaniu) wraz z potwierdzeniem ich należytego wykonania, niezbędnego do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego własnego doświadczenia;

Jednocześnie Zamawiający wezwał AS do złożenia na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, których ocenę

przedstawił powyżej. Kolejny raz AS zwróciła się do Zamawiającego o wydłużenie terminu złożenia wskazanych w wezwaniu dokumentów, na co Zamawiający wyraził zgodę. Kolejny wniosek o wydłużenie terminu świadczy o braku gotowości do udostępnienia dokumentów poświadczających zgodność jego oferty z SIWZ i potwierdzenia warunków udziału w postępowania, czego na tym etapie postępowania winien był się spodziewać. W wyjaśnieniach AS z dnia 31.08.2020 r. oraz załączonej do nich umowy pomiędzy Photinus a AS wynika, że Photinus udostępniając „doświadczenie" w pełnym zakresie przedmiotu zamówienia zobowiązał się w ramach przekazanego doświadczenia, którym ma się legitymować AS w postępowaniu, jedynie do czynności wskazanych w pdf. 3 umowy między Photinus a AS, co oznacza, że pozostałą część zakresu robót do wykonania w ramach zamówienia, wykonywać miała AS. Jednakże AS w żadnym razie nie udowodnił zamawiającemu swojego doświadczenia w zakresie tych robót, a w szczególności chociażby robót budowlanych (fundamenty), co w sposób oczywisty jest niezgodne z art. 22a ust. 4 ustawy. AS w dniu 11.09.2020 r. złożyła kolejne zobowiązanie podmiotu trzeciego opatrzone datą z dnia U.09.2020 r., tym razem już innej firmy, a to odrzuconego z postępowania w tym samym dniu, tj. 11.09.2020 r. wykonawcy WT, który w tym samym dniu osobiście odebrał pismo o odrzuceniu i przyczynach odrzucenia jego oferty z postępowania. Podkreślenia wymaga, że tę informację w tym samym dniu otrzymały obie firmy startujące w postępowaniu przetargowym, a to WT i AS.

W tym momencie po stronie AS w postępowaniu pojawia się jako podwykonawca firma WT. Znamienne jest, iż wykonawca WT nie złożył odwołania, a podjął decyzję o wykonywaniu przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy AS, który gdyby został wybrany przez Zamawiającego, otrzymałby wynagrodzenie aż o ok. 180 000 zł wyższe, przy czym w przedmiocie zamówienia słupy do montażu lamp pochodzą od WT. Powyższe może wskazywać, że firmy już na etapie składania oferty przez AS musiały ze sobą rozmawiać, przynajmniej w zakresie dostawy słupów. Oceniając dokumenty dostarczone przez WT i AS po odrzuceniu oferty WT, Zamawiający powziął wątpliwość, czy w prowadzonym postępowaniu zarówno w stosunku do WT jak i AS, być może w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, którego skutkiem mogło być udzielenie zamówienia AS, ale już po znacznie wyższej cenie niż WT. Bowiem, gdyby WT w momencie zapytania przez Zamawiającego o jednoznaczne określenie producenta akumulatorów zorientował się, że popełnił błąd skutkujący odrzuceniem jego oferty, to być może w tym momencie obaj oferenci z postępowania (jedyni) doszli do porozumienia, że przecież mogą wykonywać je razem pod szyldem AS, a WT będzie podwykonawcą, tym bardziej, że elementy istotne dla lamp pochodzą od WT. Tą wątpliwość Zamawiający powziął dokonując analizy sekwencji zdarzeń następujących po sobie oraz treści dokumentów dołączonych najpierw przez WT, a potem AS. Te wątpliwości powodują, że zamawiający oceniając ofertę AS, gdzie wykonawcą de facto całości robót (bez dostawy produktów) ma być firma WT powoduje, że zamawiający ma również uzasadnioną wątpliwość, co do rzetelności już samego podwykonawcy ż oferty AS, co przekłada się na uzasadnione wątpliwości co do oferty AS. Zarówno firma W., jak i AS w dniu 09.09.2020 r. musiały mieć świadomość, że nie mogą podpisać „nowego zobowiązania", gdyż firma W. nie została oficjalnie do tego dnia powiadomiona o odrzuceniu jej oferty z postępowania, a więc w dalszym ciągu była uczestnikiem postępowania, dlatego w tym samym dniu obie firmy wystosowały pismo do Zamawiającego z prośbą o przesłanie informacji, które ten fakt potwierdzą. O istnieniu być może porozumienia pomiędzy jedynymi oferentami w postępowaniu może świadczyć brak odwołania WT od czynności odrzucenia jego oferty z postępowania oraz fakt bycia podwykonawcą firmy AS, która w sposób bezkompromisowy rugowała WT z postępowania, a następnie decyduje, aby przedmiot zamówienia pod jego firmą AS wykonała firma WT, za cenę wyższą o prawie 180 000 zł. Również znaczący jest fakt, że pozostająca w postępowaniu firma AS bezkompromisowo walcząca o uzyskanie zamówienia w swojej ofercie oferuje Zamawiającemu słupy WT, co wskazuje, że obie te firmy muszą być we wzajemnej współpracy. Na takim porozumieniu korzystają obie firmy, bowiem WT sprzedaje swój produkt w postaci słupów i otrzymuje wynagrodzenie jako podwykonawca, a AS otrzymuje wynagrodzenie i zdobywa niezbędne do występowania w dalszych przetargach doświadczenie, co uniezależnia ją od innych podmiotów w kolejnych postępowaniach przetargowych.

Wyżej przedstawiony stan faktyczny wskazuje w ocenie Zamawiającego, że zaistniały przesłanki zarówno do odrzucenia oferty AS z postępowania jak i wykluczenia wykonawcy AS z postępowania. W świetle wymagań wskazanych w SIWZ w:

Pkt. 3.3.1) SIWZ *„ (...) Na potrzeby jednolitego porównania i oceny ofert, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, KAŻDY WYKONAWCA JEST ZOBOWIĄZANY załączy do oferty w/w WYPEŁNIONĄ 1 PODPISANĄ TABELĘ ISTOTNYCH PARAMETRÓW 1.B (...)*

Przedmiot dostawy, stanowiący treść oferty, musi być jednoznacznie określony w dacie złożenia oferty, tj. Wykonawca w zał. 1.B musi JEDNOZNACZNIE określić nazwę producenta, model, typ, podtyp, kod, itp. (tj. POZA NAZWĄ PRODUCENTA NALEŻY WPISAĆ PEŁNY NUMER KATALOGOWY, Z OZNACZENIEM TYPU, PODTYPU, K 1TP.J umożliwiający dokładne wskazanie oferowanego produktu. Wskazanie będzie wiążące. Nie dopuszcza się zmian oferowanych produktów po terminie składania oferty oraz na etapie wykonawstwa (..)"

Pkt. 6.4.3) SIWZ: „ (...) Ina potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego u zał. 1.B do SIWZ, wykonawca zobowiązany jest złożyć:

a) oficjalne karty materiałowe oferowanych produktów: w języku polskim lub angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, które w sposób nie budzący wątpliwości Zamawiającego będą potwierdzały zgodność lub równoważność oferowanych produktów z wymaganiami (standardami, wymaganiami jakościowymi i parametrami) określonymi dla każdego produktu w zał. 1.B do SIWZ w kol. 2; (...)

Treść kart materiałowych musi być zgodna z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę na dzień składania ofert i zawartym w zał. 1.B do SIWZ w zakresie określeniu nazwy producenta, oznaczenia modelu, typu, podtypu. numeru katalogowego, itp. dla oferowanych produktów i ich jakości.

Wykonawca nie może dokonać zmiany oferowanego produktu po terminie składania ofert. (...) Pod pojęciem oficjalne karty materiałowe Zamawiający rozumie karty katalogowe, instrukcje techniczne, opis techniczny, specyfikacje techniczne, wydane przez producenta oferowanych produktów lub pochodzące z oficjalnej strony internetowej producenta potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów technicznych na dzień składaniu ofert.

Pkt. 12.7 SIWZ: „ Treść oferty musi odpowiadać treści niniejszej SIWZ",

Pkt. 14.7 SIWZ: „ Wykonawca jest zobowiązany do złożenia oferty zgodnie z postanowieniami SIWZ (…)"

Pkt. 15.6 SIWZ: „Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom ustawy Pzp oraz SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o kryteria wskazane w> pkt 1 ".

Zgodnie z postanowieniami SIWZ, konkretyzacja oferowanego produktu winna być określona w terminie składania ofert. W tym przypadku, sposób oznaczenia oferowanych m.in. turbin nie został wskazany w ofercie prawidłowo, w sposób umożliwiający jednoznaczną identyfikację wyrobu, co stanowi samo w sobie niezgodność z SIWZ i wypełnia przesłanki do odrzucenia oferty AS z postępowania. Ponadto, wykonawca AS nie potwierdził spełniania przez oferowane produkty, w szczególności w zakresie oferowanych lamp Led i regulatora MPPT, wymagań określonych w SIWZ, poprzez niezłożenie wyjaśnień w wyznaczonym dniu, przesyłając drogą elektroniczną dokumenty techniczne, z których zamawiający sam miał dokonać oceny powstałych, co do wyżej wskazanych produktów wątpliwości.

Jak wynika z ukształtowanego orzecznictwa Sądów Okręgowych oraz Krajowej Izby Odwoławczej, a także doktryny, niezgodność treści oferty z SIWZ musi posiadać charakter zasadniczy i nieusuwalny, ze względu na zastrzeżenie obowiązku zamawiającego polegającego na poprawieniu oferty, zgodnie z brzmieniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Niezgodność ta powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentacji postępowania oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę.

SIWZ tworzy zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli, co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy w niej określonego. Przez treść SIWZ należy rozumieć jej postanowienia wraz z ewentualnymi zmianami w niej wprowadzonymi przez zamawiającego, czy udzielonymi przez niego wyjaśnieniami. Jest ona wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale też dla zamawiającego, który po otwarciu ofert nie może dokonywać jej zmian, ani odstępować od wcześniej wprowadzonych wymogów. Pozostaje to w ścisłym związku z zasadami określonymi w art. 7 ust, 1 ustawy Pzp, w tym zasadami zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żądał, aby przedmiot zamówienia był jednoznacznie określony w dacie złożenia oferty, w sposób umożliwiający dokładne wskazanie oferowanego produktu. Wskazanie będzie wiążące. Nie dopuszcza się zmian oferowanych produktów po terminie składania oferty oraz na etapie wykonawstwa. Tym samym wykonawcy zostali zobowiązani do jednoznacznego określenia w ofercie przedmiotu swojego zobowiązania. Zamawiający natomiast zobowiązany został do badania ofert pod względem spełnienia tego wymogu.

Zamawiający, jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego ma obowiązek zapewnić równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą między nimi konkurencję, ujętych w zasadach statuowanych art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami, a działania zamawiającego będą zgodne z SIWZ i przewidywane, a więc przejrzyste. Zamawiający nie mógł odstąpić od warunków, które ustanowił, czego konsekwencją było odrzucenie złożonej oferty.

Mając na uwadze przedstawiony wyżej ciąg zdarzeń oraz wątpliwości Zamawiającego, co do przedstawionych dokumentów, Zamawiający stwierdził, że był w postępowaniu wprowadzany w błąd, o którym mowa w pkt 16 art. 24 ustawy Pzp oraz stwierdził, że wykonawca przedstawiał w postępowaniu informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, a informacje te miały istotny wpływ na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia (art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy). Takie działania przesadzają o konieczności wykluczeniu AS z postępowania na podstawie:

-art, 24 ust. 1 pkt 16) ustawy, gdyż czynności te stanowią „zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo wprowadzające zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu ", a także na podstawie

-art, 24 ust 1 pkt 17) ustawy: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

co w konsekwencji stanowi o braku wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykluczenia AS z postępowania również na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że treść oferty AS nie odpowiada treści SIWZ, w związku z tym odrzuca ofertę AS na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a także zaznaczył, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy: „ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą". Powyższe prowadzi również do konieczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu (...) ". Informacja o unieważnieniu postępowania zostanie przesłana do wykonawców w odrębnej korespondencji w dniu 02.10.2020 r.

Pismem z dnia 2 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty dotyczące w szczególności naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zarzuty, które się potwierdziły, pozostają bez wpływu na wynik postępowania. W związku z tym odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Ad. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że zarówno wykonawcy jak i zamawiający są związani postanowieniami SIWZ. Zamawiający, swoją wolę nadania określonym zobowiązaniom wiążący charakter, przedstawia w SIWZ. Jest to bowiem dokument zawierający potrzeby i wymagania Zamawiającego, które w efekcie postępowania o udzielenie zamówienia ma zapewnić wybrany wykonawca, uprzednio zobowiązując się do tego w ofercie i stosując się do wymagań SIWZ w zakresie wykazania, iż przyjęte przez niego zobowiązanie odpowiada opisowi zawartemu w SIWZ.

Następnie należy wskazać, że od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się m.in. rzetelności w przygotowaniu oferty oraz aktywności w wyjaśnianiu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które się zrodzą przy jej ocenie, zaś od zamawiającego oczekuje się przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający m.in. zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

W okolicznościach analizowanego postępowania, zważywszy na jednoznaczną w tym zakresie treść SIWZ, Zamawiający miał prawo oczekiwać od wykonawców pełnego zastosowania się do wymogu określonego w pkt 3.3.1. SIWZ, a w razie braku zastosowania się do tego wymogu, tj. w razie braku pełnego określenia przedmiotu dostawy, poprzez jednoznaczne określenie nazwy producenta, modelu, typu, podtypu, kodu, itp. umożliwiającego dokładne wskazanie oferowanego produktu, uznanie, iż oferta wykonawcy jest niezgodna z SIWZ.

Zgodnie z ww. pkt SIWZ na potrzeby jednolitego porównania i oceny ofert, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymogi określone przez Zamawiającego, wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia do oferty wypełnionej i podpisanej Tabeli istotnych parametrów 1.B. umożliwiających zidentyfikowanie oferowanego produktu. Wskazanie oferowanego produktu w ofercie będzie bowiem wiążące. Zamawiajacy zastrzegł, że nie dopuszcza się zmian oferowanych produktów po terminie składania oferty oraz na etapie wykonawstwa. Stosownie natomiast do pkt 6.4.3. SIWZ na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zał. 1.B do SIWZ, wykonawca był zobowiązany złożyć: oficjalne karty materiałowe oferowanych produktów: w języku polskim lub angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski, które w sposób niebudzący wątpliwości Zamawiającego będą potwierdzały zgodność lub równoważność oferowanych produktów z wymaganiami (standardami, wymaganiami jakościowymi i parametrami) określonymi dla każdego produktu w zał. 1.B do SIWZ w kol. 2; (...) Treść kart materiałowych musi być zgodna z oświadczeniem złożonym przez wykonawcę na dzień składania ofert i zawartym w zał. 1.B do SIWZ w zakresie określeniu nazwy producenta, oznaczenia modelu, typu, podtypu, numeru katalogowego, itp. dla oferowanych produktów i ich jakości, przy czym pod pojęciem oficjalne karty materiałowe Zamawiający rozumie karty katalogowe, instrukcje techniczne, opis techniczny, specyfikacje techniczne, wydane przez producenta oferowanych produktów lub pochodzące z oficjalnej strony internetowej producenta potwierdzające spełnienie wymaganych parametrów technicznych na dzień składaniu ofert.

Nie powinno zatem umknąć uwadze wykonawcy biorącemu udział w postępowaniu, że dla skuteczności oferty, musi się zastosować do wymogów Zamawiającego i zaoferować przedmiot zamówienia, w szczególności jego istotne elementy wymienione w załączniku 1.B, określając go w wymagany sposób tj. m.in. poprzez jednoznaczne określenie nazwy producenta. Celem takiego wymogu jest bowiem umożliwienie pozyskania przez Zamawiającego dokładnej informacji o oferowanym produkcie. Nadto Odwołujący był obowiązany potwierdzić spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Na dzień składania ofert oferowane produkty winny być zatem dokładnie zweryfikowane przez Odwołującego pod kątem wymagań SIWZ i przedstawione w ofercie w sposób pozwalający na ich jednoznaczną identyfikację przez Zamawiającego.

Jak natomiast wynika z powyżej przedstawionego zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, Zamawiający m.in. stwierdził, że złożona przez Odwołującego oferta uniemożliwia dokonanie jednoznacznej identyfikacji turbiny wiatrowej, co stanowi o niezgodności z SIWZ, jak również, że wykonawca ten nie potwierdził spełniania przez oferowane produkty, w szczególności lampy Led i regulator MPPT, wymagań określonych w SIWZ.

Jeśli chodzi o turbiny wiatrowe, w pierwszej kolejności Zamawiający zwraca uwagę na różnice w nazwie producenta podane przez Odwołującego w załączniku 1.B. i w karcie katalogowej tj. odpowiednio: Jiangsu Naier Wind Generator Store i Jiangsu Naier Wind Power, stwierdzając, że nie są tożsame. Pierwsza z nazw to bowiem nazwa sklepu, a nie producenta. Podana w załączniku 1.B. nazwa Jiangsu Naier Wind Generator Store widnieje jedynie na stronie internetowej Aliexpress, przez którą są sprzedawane produkty oferowane w tym sklepie. Zamawiający stwierdził, że otrzymał wprawdzie od Odwołującego jego korespondencję mailową, która miałaby służyć wykazaniu, że w obu przypadkach chodzi o tego samego producenta tj. Jiangsu Naier Wind Power, jednak ze wskazanych przez niego względów, m.in. z uwagi na to, że wskazany przedstawicie producenta powołuje się na rozmowę z przedstawicielami Odwołującego na Skype, zdaniem Zamawiającego, korespondencja ta jest niewiarygodna.

Ponadto pod ww. adresem na Aliexpress, po wpisaniu produktu NE-600M3 pojawia się 5 produktów o tym samym symbolu i dla każdego jest wskazana ta sama specyfikacja techniczna i parametry, chociaż turbiny mają różne przeznaczenie. Umożliwia to dostarczenie różnych produktów, których wybór zostanie dokonany przez wykonawcę dopiero na etapie realizacji zamówienia.

Zgodzić się zatem należy z Zamawiającym, że sporządzenie oferty w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, nie pozwala na jednoznaczną identyfikację oferowanej turbiny. Tym bardziej, że w wyniku ustaleń poczynionych przez Zamawiającego nazwa Jiangsu Naier Wind Power jest skróconą nazwą producenta, która brzmi: Jiangsu Naier Wind Power Technology Development Co. Ltd, a jak wynika z przedstawionego przez Zamawiającego na rozprawie porównania danych zawartych w specyfikacjach technicznych (kartach technicznych) przedstawionych odpowiednio na Aliexpres (Jiangsu Naier Wind Generator Store), p. J. J. (przedstawiciela producenta), p. M. X. (przedstawiciela producenta) oraz Odwołującego, są one różne. Na 10 wskazanych parametrów, różnice dotyczą 8 parametrów tj. mocy maksymalnej, znamionowej prędkości wiatru, przetrwania siły wiatru/hamulca elektromagnetycznego przy prędkości wiatru, górnej wagi netto, średnicy koła, ilość łopat, oraz emisji hałasu, przy czym ostatni z ww. parametrów występuje jedynie w karcie przedłożonej przez Odwołującego (w kserokopii poświadczonej za zgodność), a nie występuje w żadnej z kart otrzymanych przez Zamawiającego od przedstawicieli Producenta. Nadto parametr dotyczący emisji w karcie przedstawionej przez Odwołującego jest ujęty w inny sposób, niż czyni to Producent w innych sporządzanych przez siebie dokumentach (raportach). Nadto karta techniczna przedstawiona przez Odwołującego zawiera zdjęcie turbiny, które przedstawione jest na stronie Aliexpress jako „mieszkalna turbina wiatrowa" i ma te same parametry, jak turbina oferowana przez Odwołującego, która ma być wykorzystana do oświetlenia na terenie Zamawiającego.

Jak wyżej zaznaczono wykonawcy byli zobowiązani do jednoznacznego zaoferowania przedmiotu dostawy, tak, aby na podstawie treści oferty, Zamawiający mógł pozyskać wiedzę, jaki konkretny produkt otrzyma w wyniku realizacji umowy, a na etapie badania i oceny ofert mieć możliwość jego zweryfikowania pod kątem wymagań SIWZ. Odwołujący nie sprostał temu wymogowi.

Za zasadne należy uznać wnioski, jakie wyprowadził Zamawiający w wyniku oceny oferty Odwołującego w tym zakresie, o których poinformował w ww. zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o odrzuceniu oferty tego wykonawcy. Jak wyżej wskazano, w świetle postanowień SIWZ kluczowe jest jednoznaczne zaoferowanie przedmiotu zamówienia na dzień składania ofert, a to nie nastąpiło. Późniejsze doprecyzowanie oferty przez Odwołującego, czy to za sprawą niejednoznacznej korespondencji mailowej, czy kart materiałowych, które różnią się parametrami od tych, które przekazują przedstawiciele producenta, dla modelu NE 600M3, przy jednoczesnym istnieniu na stronie Aliexpress 5 produktów o tym samym symbolu, a także posiadaniu takich samych parametrów, jak oferowana

przez Odwołującego turbina, przez mieszkalną turbinę wiatrową, należy uznać za bezskuteczne.

Nie znalazło potwierdzenia stanowisko Odwołującego zaprezentowane w odwołaniu, że odrzucając ofertę Zamawiający ograniczył się do zbadania strony internetowej producenta i zamieszczonych tam jego produktów, podczas gdy znając nazwę producenta i posługując się numerem katalogowym oraz kodem (a więc danymi podanymi przez Odwołującego w załączniku nr 1.B. mógł zwrócić się do producenta, w wyniku czego otrzymałby taką samą kartę materiałową, jaką otrzymał od Odwołującego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp.

Jak zostało powyżej wskazane, Zmawiający wystąpił do dwóch przedstawicieli producenta i otrzymał od nich karty katalogowe, które nie tylko różniły się między sobą niektórymi parametrami (moc maksymalna, napięcie znamionowe, znamionowa prędkość wiatru, przetrwanie siły wiatru/hamulec elektromagnetyczny przy prędkości wiatru, górna waga netto, średnica koła, ilość łopat), ale też różniły się od karty katalogowej przedłożonej przez Odwołującego. Należy przyznać rację Zamawiającemu, że zwraca uwagę na to, iż w żadnej z kart przekazanych Zamawiającemu przez przedstawicieli producenta nie ma podanego parametru emisji hałasu, a parametr ten występuje jedynie w karcie katalogowej przekazanej przez Odwołującego. Odwołujący podał, że uzyskał tę kartę na swoje wystąpienie do przedstawiciela producenta, jednak zauważenia wymaga, że Zamawiający również otrzymał karty katalogowe od przedstawicieli producenta, które jednak nie były tożsame z kartą otrzymaną od Odwołującego. Nie zostało zatem jednoznacznie wykazane, aby karta katalogowa złożona przez Odwołującego dotyczyła zaoferowanej przez niego turbiny wiatrowej. Różnice parametrów w poszczególnych kartach technicznych odnoszących się do produktu o NE 600M3 wskazują na brak jednoznaczności opisu oferowanej przez Odwołującego turbiny w ofercie.

W ocenie Izby zostało także wykazane, że oferta Odwołującego nie spełnia ww. wymogów SIWZ w odniesieniu do opraw LED i regulatora MPPT, tj. produktów producenta Photinus GmbH & Co. KG, dotyczących: Opraw LED - model/ nr katalogowy (pełny): Photinus-high-performance LED module 52-35-874, Typ: LED Module, Kod 52-35-874, Seria: PH.07.2020 oraz REGULATORA MPPT- model/ nr katalogowy (pełny): Photinus MPPT Solar Hybrid Lamp Charge Controller, Typ: FITMPPT Hybrid, Seria: 20A, które nie występują w katalogu producenta, na jego stronie internetowej.

Jak zostało wskazane przez Zamawiającego wszystkie produkty wskazane w katalogu z 2019 r. mają nadane numery katalogowe, którego oferowany regulator MPPT nie posiadał. Zamawiający w związku z tym w dniu 16 września 2020 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, czy wskazane powyżej w pkt. 1 i 2 produkty, posiadają dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i czy spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego zgodnie z m.in. Rozporządzeniem (UE) nr 305/2011 (nazywane również CPR), które zastąpiło funkcjonujące wcześniej Rozporządzenie 89/106EWG oraz Ustawą Prawo budowlane, a dokładnie jej art. 10. Jednocześnie Zamawiający prosił o przesłanie dokumentów, które potwierdzają spełnienie wymagań określonych w treści powołanych powyżej przepisów prawa, oraz innych dokumentów, które wypełniają wymagania dotyczące ich dopuszczenia do sprzedaży, obrotu i zastosowania przez Odwołującego w Polsce.

Odwołujący nie udzielił wyjaśnień, ograniczając się do przesłania drogą mailową certyfikatów, deklaracji zgodności i specyfikacji technicznych, które to dokumenty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego, co do ich autentyczności. Jak podał w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty tego wykonawcy, dokumenty zostały przekazane elektronicznie w formie plików pdf drogą mailową, a po pobraniu i otwarciu tych dokumentów stwierdził wysokie prawdopodobieństwo wytworzenia tych dokumentów dokładnie w odpowiedzi na jego wezwania skierowane do wykonawcy, na co m.in. wskazuje data wytworzenia, jak też to, iż po ich otwarciu i po podświetleniu ich części (LOGO producenta) oraz po ich skopiowaniu do edytora tekstu, pokazuje się inny dokument w całości w stosunku do LOGO, co wskazuje, że z jednego dokumentu wykorzystano zrzut ekranu, który uchwycił źródło, z którego pochodzi obraz LOGO. Ta sama technika została użyta zdaniem Zamawiającego przy pozyskiwaniu podpisu z pieczątką, na co wskazuje to, iż na wszystkich trzech dokumentach podpis jest identyczny, złożony dokładnie w tym samym miejscu w stosunku do pieczątki. W związku z wątpliwościami co do prawdziwości przedstawionych dokumentów przekazanych przez Odwołującego, Zamawiający zażądał złożenia w oryginale dokumentów przesłanych drogą elektroniczną. W odpowiedzi wykonawca przesłał w wersji papierowej i elektronicznej (na nośniku typu pendrive) te same dokumenty, jakie Zamawiający otrzymał wcześniej. Zamawiający uznał, że nie otrzymał oryginałów dokumentów. Okoliczność tę potwierdził Odwołujący na rozprawie w dniu 27 października 2020 r. stwierdzając, że nie złożył oryginałów tych dokumentów, jak też nie złożył tych dokumentów poświadczonych notarialnie.

Nie jest sporne, że Odwołujący nie złożył wyjaśnień. Zdaniem Odwołującego, skoro w odpowiedzi na to wezwanie dnia 17 września 2020 r. przedłożył dokumenty pochodzące od producenta, to oznacza, że oprawa LED oraz regulator MPPT posiadają dokumenty dopuszczające wyroby do sprzedaży w Polsce i spełniają wymogi legalnego dopuszczenia do obrotu wyrobu budowlanego. Odnosząc się do żądania oryginałów dokumentów Odwołujący wskazał m.in., że z uwagi na to, że Zamawiający zwrócił się również do producenta z pytaniem czy posiada produkty oferowane przez Odwołującego, co zostało potwierdzone przez producenta, który jednocześnie przekazał dokumenty tożsame z tymi przesłanymi przez Odwołującego, to Zamawiający nie miał żadnych podstaw do żądania dnia 18 września 2020 r. dokumentów w formie oryginałów wskazując, iż dotychczas złożone dokumenty budzą wątpliwości, co do ich prawdziwości.

Stosownie do § 15 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać *zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz.U. z 2020 r. poz.1282) zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.*

W ocenie Izby okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, w tym identyczny wygląd podpisu w relacji do pieczątki na każdym z nich, wskazują na zasadność żądania oryginału dokumentów. Zauważenia wymaga, że nie był kwestionowany przez Odwołującego sam fakt żądania wyjaśnień oraz tych dokumentów. W sytuacji zatem zgłoszenia przez Zamawiającego wątpliwości co do otrzymanych dokumentów, zwłaszcza przy braku wyjaśnień wykonawcy, Odwołujący winien się zastosować do tego wezwania. To, że równolegle Zamawiający wystąpił do producenta nie zwalniało wykonawcy z udzielenia tych wyjaśnień i zastosowania się do wezwania Zamawiającego co do przedłożenia oryginału uprzednio złożonych dokumentów. Jak wyżej zaznaczono, od wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oczekuje się rzetelności w działaniu w postępowaniu, w tym aktywności w rozwiewaniu zgłoszonych przez Zamawiającego wątpliwości związanych z ofertą wykonawcy. Tymczasem Odwołujący poprzez zaniechanie wyjaśnień, oraz brak rozwiania wątpliwości co do prawdziwości złożonych dokumentów, nie wywiązał się z obowiązku wykazania spełnienia wymogów SIWZ.

W sytuacji, gdy otrzymane od Odwołującego karty katalogowe nie potwierdzają wymaganych przez Zamawiającego parametrów (w katalogu producenta z 2019 r. brak jest numeru katalogowego w odniesieniu do regulatora, jak też brak jest lamp LED o wymaganej mocy znamionowej lamp LED), a na wezwanie do wyjaśnień Odwołujący nie złożył wyjaśnień, a jedynie przekazał budzące wątpliwości co do ich prawdziwości dokumenty, to należy uznać, że nie dopełnił obowiązku wykazania Zamawiającemu rzetelności sporządzonej oferty i jej zgodności z SIWZ.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, że skoro Odwołujący przedstawił obraz dokumentu z pieczątką i podpisem identycznie posadowionym w relacji do pieczątki, to złożone na rozprawie przez Odwołującego oświadczenie pana K., że na pieczęci jest jego podpis, nie stanowi dowodu na prawdziwość dokumentów. Zamawiający nie kwestionował bowiem tego, że jest to podpis pana K., lecz to, że pieczątka i podpis stanowią jedynie obraz tychże, podobnie jak logo.

Ad. zarzut naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp postawiony z ostrożności

Nie jest sporne, że w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu złożonej przez tego wykonawcę oferty Zamawiający nie wskazał art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, jako podstawy prawnej wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Zgodzić się należy z Odwołującym, że sposób zredagowania tego pisma, gdzie w wielu miejscach znajdują się treści wskazujące na to, że zdaniem Zamawiającego mogło dojść do zawarcia przez wykonawców biorących udział w postępowaniu porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji w postępowaniu, wskazuje, że Zamawiający zwrócił uwagę na taką ewentualność. Jednakże w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stanowczo oświadczył, że nie postawił takiego zarzutu, a odniósł się do niego w zasadności również z ostrożności.

W związku z tym, skoro art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp nie stanowił według Zamawiającego podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, to zarzut w tym zakresie postawiony przez Odwołującego jedynie z ostrożności, nie stanowił przedmiotu rozpoznania przez Izbę.

Ad. Zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16,17 i pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp

Na wstępie zauważenia wymaga, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania sposób specyficzny przedstawia swoją argumentację w tym zakresie. Jak wyżej wskazano Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wyraźnie zaznaczył, że nie postawił zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 20 ustawy Pzp, a jednocześnie zaistnienie przesłanek wykluczenia z postępowania z uwagi na wprowadzenie go w błąd, wiąże z informacjami jakie pozyskiwał w toku postępowania od obydwu wykonawców i prowadzi argumentację w kierunku „*możliwości zaistnienia porozumienia pomiędzy obu wykonawcami w celu uzyskania zamówienia za wyższą cenę*".

Jak Zamawiający stwierdził w informacji o wykluczeniu Odwołującego: „*Oceniając dziś dokumenty dostarczone przez WT i AS po odrzuceniu oferty WT, zamawiający powziął wątpliwość, czy w prowadzonym postępowaniu zarówno w stosunku do WT jak i AS, być może w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, doszło do wprowadzenia w błąd zamawiającego, którego skutkiem mogło być udzielenie zamówienia AS, ale już po znacznie wyższej cenie niż WT.*" Oznacza to, że inaczej, niż w odniesieniu do wskazania podstaw odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający przedstawia uzasadnienie wskazujące na jego wątpliwości, co do zaistnienia podstaw wykluczenia z uwagi na wprowadzenie go w błąd, a nie wykazuje wypełnienia się z każdego elementu tych przesłanek, na co wskazuje występowanie w jego uzasadnieniu w wielu miejscach sformułowań np.: „wątpliwość" w różnych odmianach, „być może", czy „możliwość wprowadzenia w błąd". Tymczasem czynność wykluczenia wykonawcy powinna być poprzedzona stwierdzeniem zaistnienia ku temu przesłanek i ich wyraźnego wskazania w informacji o wykluczeniu. Nie chodzi zatem o zasygnalizowanie takich możliwości, lecz ich stwierdzenie, a następnie konkretne i spójne uzasadnienie. W ocenie Izby uzasadnienie wykluczenia Odwołującego z postępowania tego wymogu nie spełnia. W konsekwencji Odwołujący nie miał jasnego obrazu, co zdecydowało o wykluczeniu go z postępowania, co mogło rzutować na treść odwołania.

Z tych względów, w ocenie Izby wskazane, w informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania ww. podstawy wykluczenia należy uznać za niewłaściwie przedstawione. W związku z tym za potwierdzone należy uznać zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, jak też postawione jako ich konsekwencja, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, iż wystąpienie przesłanek określonych w ww. przepisach Zamawiający wiąże z tymi samymi okolicznościami. Odnoszą się one przede wszystkim do kwestii: zaoferowanego słupa BOCIAN, turbiny wiatrowej, zobowiązania podmiotu trzeciego tj. podmiotu Photinus GmbH & Co KG do udostępnienia niezbędnych zasobów, przy czym, jak wskazał Odwołujący w odwołaniu dotyczą także fundamentu, co w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podważył.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (...) lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.*

Powyższe wskazuje, że przesłanki określone w tym przepisie odnoszą się do informacji związanych z oceną podmiotową wykonawcy, w tym oceną w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z tym przepis ten, jako podstawa wykluczenia z postępowania, nie ma zastosowania przy badaniu i ocenie przedmiotowej oferty.

W okolicznościach analizowanej sprawy, pod kątem wystąpienia przesłanek w nim opisanych, nie mogą być zatem badane kwestie związane z informacjami dotyczącymi zaoferowanych produktów, tj. słupa i turbiny wiatrowej, a jedynie może być poddana analizie, podniesiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, kwestia zobowiązania podmiotu trzeciego tj. podmiotu Photinus GmbH & Co KG do udostępnienia niezbędnych zasobów.

W tym zakresie zauważenia wymaga, iż nie jest sporne, że podmiot ten w wyniku wezwania Zamawiającego, został zastąpiony przez Odwołującego innym podmiotem trzecim, tj. W. Technic Sp. z o.o. Sp.k. Zamawiający nie kwestionuje spełnienia postawionych w SIWZ warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego po skorzystaniu z potencjału W. Technic Sp. z o.o. Sp.k., lecz swoje zastrzeżenia odnosi do informacji przekazanych w związku z udziałem pierwotnie wskazanego dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu podmiotu trzeciego. W związku z tym należy uznać, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, jak też w tym zakresie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.*

Wobec analogii w uzasadnieniu przez Zamawiającego ww. podstaw wykluczenia z postępowania, w odniesieniu art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, wyżej przedstawione stanowisko Izby zachowuje aktualność w odniesieniu do kwestii związanej z udziałem podmiotu trzeciego, także w odniesieniu do przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania określonych w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. W związku z tym mogą być w tym zakresie ubrane pod uwagę informacje przedstawione przez Odwołującego w związku z zaoferowaniem słupów oraz turbiny wiatrowej.

Jeśli chodzi o kwestie słupa, to zauważenia wymaga, iż jest to produkt W. Technic Sp. z o.o. Sp. K, tj. drugiego z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Zamawiający wypełnienie się przesłanek określonych w ww. przepisie wiąże z tym, co wynika z porównania dokumentów złożonych przez każdego z nich w tym zakresie, z uwagi na to, że obaj wykonawcy zaoferowali słup BOCIAN, z tym że karta techniczna złożona przez wykonawcę będącego producentem, gdzie w opisie znajduje się BOCIAN EKO, jest identyczna z kartą techniczną złożoną przez Odwołującego, z tym, że w niej występuje już tylko nazwa BOCIAN, pomimo, iż rysunek dotyczy BOCIAN EKO, a więc produktu innego, niż BOCIAN. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że Odwołujący przedłożył specyfikację techniczną wystawioną przez producenta słupów, opisującą parametry słupa i potwierdzającą serię oferowanego produktu tj. BO.03.06.2020, nie kwestionując parametrów słupa, a wykazując, że producent występując, jako wykonawca w postępowaniu, tego nie uczynił, co zostało mu wykazane, jako niezgodność z SIWZ.

W toku postępowania odwoławczego Zamawiający wykazał, że nazwy Bocian i Bocian Eco odnoszą się do innych produktów niż słupy, tj. odpowiednio do lamp solarnych i lamp hybrydowych solarno-wiatrowych. Dostarczona przez Odwołującego karta katalogowa dla produktu Bocian jest kartą katalogową opatrzoną pieczęcią W. Technic, określoną Bocian, jednak z wizerunkiem lampy Bocian Eco. Karta katalogowa miała potwierdzać parametry słupa (masztu) tj. elementu lampy, natomiast zawiera wizerunek całej lampy, innej niż w ofercie, gdzie była wpisana nazwa BOCIAN.Nadto wysokość masztu jest niezgodna z wysokością masztu zamieszczoną w kartach katalogowych produktów Bocian i Bocian Eko, przy czym maszt w tych lampach jest inny z uwagi na to, że w lampie Bocian Eko musi utrzymać głowicę LED, panele słoneczne i turbinę wiatrową. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie potwierdził kartą techniczną złożonej oferty. Złożenie karty katalogowej bez metryczki dotyczącej słupa, świadczy wg_Zamawiającego o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd, co do tego, że chodzi o słup BOCIAN.

Powyższe wskazuje, że jakkolwiek należy przyjąć, że taka sama karta katalogowa nie może był właściwa dla dwóch różnych produktów, to jednak nie zostało wykazane, że w świetle otrzymanych od Odwołującego dokumentów (jak wynika ze stanowiska Odwołującego złożył trzy dokumenty, a Zamawiający ogranicza się do badania jednego), Zamawiający nie miał wiedzy, co do tego jaki słup został zaoferowany przez Odwołującego. Należy nadmienić, że w analizowanym postępowaniu kontroli Izby zostały poddane czynności podjęte wobec Odwołującego i złożonej przez niego oferty, a nie wobec konkurencyjnego wykonawcy.

W związku z tym należy uznać, że wprowadzenie Zamawiającego w błąd nie zostało wykazane. Raczej podnoszone kwestie należałoby oceniać jako niezgodność z SIWZ, co jest akcentowane w dalszych pismach Zamawiającego. Ta sama uwaga dotyczy nazwy handlowej producenta turbin wiatrowych.

Ad. zarzut naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3.*

Czynność unieważnienie postępowania przez Zamawiającego na podstawie ww. przepisu, nie była samodzielną podstawą odwołania. Była ona konsekwencją m.in. odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego. Zostało wykazane, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, a skoro druga z dwóch złożonych w postępowaniu ofert również została odrzucona, to oznacza, że wypełniła się przesłanka unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Wobec stwierdzenia, że zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to okoliczność, że nie zostało wykazane, aby wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp, nie ma wpływu na wynik postępowania, tj. na jego dalszy udział w postępowaniu. Z tych względów, mimo iż zarzuty naruszenia tych przepisów się potwierdziły, a także potwierdziły się, postawione jako ich konsekwencja, zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a także w tym zakresie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nie mogło to skutkować uwzględnieniem odwołania przez Izbę.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. a), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty związane z dojazdem pełnomocników strony na posiedzenie i rozprawy. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych z uwagi na brak złożenia rachunku, o którym mowa w ww. § 3 pkt 2 rozporządzenia.

Przewodniczący: ……