

WYROK

z dnia 5 października 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 lipca 2020 r. przez wykonawcę Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Gminę Pajęczno oraz Powiat Pajęczański, w imieniu i na rzecz których działa Gmina Pajęczno

przy udziale wykonawcy Pro - Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającym - Gminie Pajęczno i Powiatowi

Pajęczańskiemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Pro - Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykluczenie ww. wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Prawo zamówień publicznych;

2. kosztami postępowania obciąża zamawiających - Gminę Pajęczno i Powiat Pajęczański i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiających - Gminy Pajęczno i Powiatu Pajęczańskiego na rzecz odwołującego Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 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 Sieradzu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Pajęczno oraz Powiat Pajęczański, w imieniu i na rzecz których działa Gmina

Pajęczno (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 304 instalacji fotowoltaicznych na obiektach należących do osób prywatnych, 3 instalacji fotowoltaicznych na budynkach użyteczności publicznej, 163 instalacji kolektorów słonecznych i 46 kotłów na biomasę w ramach projektu pn. „Odnawialne Źródła Energii w Gminie Pajęczno”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 10 lutego 2020 r. pod numerem 2020/S 028-064109. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 30 lipca 2020 r. wykonawca Sanito Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy Pro-Eco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni (dalej jako „Pro-Eco”) jako najkorzystniejszej w części II postępowania oraz zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy i jego wykluczenia z postępowania w części II. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty Pro-Eco z części nr II postępowania ze względu na jej niezgodność z postanowieniami SIWZ poprzez:

- a) przekazanie na wezwanie z dnia 8 lipca 2020 r. nieistniejących (nieprawdziwych) w obrocie certyfikatów na spełnienie minimalnych parametrów określonych w rozdziale 1 ust. 1.6 pkt 1.6.1 tiret 9 (Wymagań dotyczących modułu fotowoltaicznego) PFU, przez co nie doszło do potwierdzenia spełnienia przez oferowane urządzenia ww. parametrów minimalnych;
- b) nieprawidłowe uznanie przez Zamawiającego, że zaoferowane urządzenia spełniają ww. parametry minimalne określone w PFU, w sytuacji gdy przedmiot oferty tych wymagań nie spełnia;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą zaniechanie wykluczenia Pro-Eco z uwagi na wprowadzenie przez tego wykonawcę Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji stanowiących elementy oferty, a mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego

w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Pro-Eco jako najkorzystniejszej w części II postępowania, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ, a wykonawca wykluczeniu z postępowania;

oraz innych przepisów wskazanych w treści uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Pro-Eco jako najkorzystniejszej w części II postępowania, nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Pro-Eco w części II postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wykluczenia Pro-Eco z postępowania w części II na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, a także nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie części II postępowania, a w ich wyniku dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Odwołujący powołał się na wymagania wynikające z rozdziału 1 ust. 1.6 pkt 1.6.1 tiret 9 PFU, wskazując, iż wykonawca Pro-Eco złożył jedynie deklarację zgodności wydaną przez producenta paneli fotowoltaicznych, zaś na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przedstawił certyfikaty na wymienione w wezwaniu normy, w tym certyfikaty potwierdzające odporność na amoniak, mgłą solną i efekt PID, które zdaniem Odwołującego zostały wytworzone/przerobione

samodzielnie przez Pro-Eco i nie odpowiadają oryginałom, które wystawiła jednostka DEKRA. Odwołujący wyjaśnił, iż na stronie jednostki certyfikującej DEKRA istnieje baza wydanych certyfikatów, gdzie można potwierdzić ich prawdziwość wpisując numer certyfikatu. Odwołujący po weryfikacji numerów certyfikatów wskazanych przez Pro-Eco stwierdził, iż zgodność informacji ze strony internetowej z informacjami w przedstawionym certyfikacie wykazuje jedynie certyfikat 6060621.01DS.003 (61215 i 61730).

W zakresie certyfikatu 6062450.01DS.001 (amoniak) Odwołujący podniósł, iż informacje są niezgodne z informacjami na stronie. Certyfikat przedłożony przez Pro-Eco posiada załączniki nr 1 i nr 2, które stanowią wykaz modeli modułów fotowoltaicznych których certyfikat dotyczy. Jednakże informacje na stronie internetowej DEKRA pokrywają się jedynie co do treści załącznika nr 1, z kolei nie ma tam żadnych informacji, aby certyfikat był obowiązujący również dla modeli wymienionych w załączniku nr 2. Odwołujący zaznaczył, że wśród modeli wymienionych w załączniku nr 1, nie ma oferowanego modułu SA335-120M, który to pojawia się jedynie w załączniku nr 2, którego treści strona internetowa w żaden sposób nie potwierdza. Na pierwszej stronie certyfikatu widać również informację dotyczącą modeli, które są objęte certyfikacją, która odsyła do załącznika nr 1, nawet sam certyfikat nie informuje o istnieniu drugiego załącznika.

W zakresie certyfikatu 6062450.02DS.001 (mgła solna) Odwołujący podniósł, iż analogicznie jak wyżej, strona internetowa DEKRA nie potwierdza istnienia wykazu modeli, jaki jest zawarty w załączniku nr 2 do certyfikatu, a co za tym idzie certyfikat ten nie obejmuje swoim zakresem oferowanego modułu SA335-120M, jak również na pierwszej stronie widnieje informacja o istnieniu tylko jednego załącznika. Odwołujący wskazał także, że na stronie producenta SinoSola dostępny jest certyfikat w języku angielskim, który najprawdopodobniej jest oryginałem certyfikatu złożonego przez Pro-Eco, a wskazuje na to pełna zgodność jego treści z informacjami na internetowej bazie jednostki DEKRA, a także sam fakt że znajduje się on na oficjalnej stronie internetowej producenta tych modułów. Certyfikat pobrany ze strony producenta SinoSola posiada tylko i wyłącznie jeden załącznik, oraz to że pierwsza strona certyfikatu informuje o jednym załączniku.

W zakresie certyfikatu 6060621.02DS.001 (Efekt PID) Odwołujący wskazał, iż strona internetowa DEKRA analogicznie nie potwierdza istnienia wykazu modeli, jaki jest zawarty w załączniku nr 2 do certyfikatu, a co za tym idzie certyfikat ten nie obejmuje swoim zakresem oferowanego modułu SA335-120M. W tym przypadku zapisano na pierwszej stronie certyfikatu, że modele, których certyfikat dotyczy znajdują się w załączniku nr 1 i 2, co jest zdaniem Odwołującego informacją nieprawdziwą, gdyż po pierwsze baza internetowa DEKRA nie potwierdza istnienia takiego wykazu modeli, jaki jest zawarty w załączniku nr 2, a po drugie na stronie producenta SinoSola dostępny jest niniejszy certyfikat w języku angielskim, który najprawdopodobniej jest oryginałem certyfikatu złożonego przez Pro-Eco, a wskazuje na to pełna zgodność jego treści z informacjami na internetowej bazie jednostki DEKRA, a także sam fakt że znajduje się on na oficjalnej stronie internetowej producenta tych modułów. Certyfikat ten posiada tylko i wyłącznie jeden załącznik, oraz to że pierwsza strona certyfikatu informuje o jednym załączniku. Odwołujący dodał, że certyfikat 6060621.02DS.001 posiada również inną wadę wskazującą na jego przekształcenie, a mianowicie datę wydania 13 marca 2020 r. Zgodnie z oryginalną wersją angielską z oficjalnej strony producenta, certyfikat ten został wydany 5 sierpnia 2019 r.

Zdaniem Odwołującego certyfikaty 6062450.01DS.001 (amoniak), 6062450.02DS.001 (mgła solna) i 6060621.02DS.001 (Efekt PID), zostały wytworzone w nieuprawniony sposób samodzielnie przez Pro-Eco i są nieprawdziwe. Modyfikacja certyfikatów poprzez dodanie do nich załączników nr 2 została przeprowadzona, gdyż oryginalnie certyfikaty nie obejmowały swoim zakresem oferowanych w postępowaniu modułów fotowoltaicznych SA335-120M. Odwołujący dodał, że załączniki nr 2 w omawianych certyfikatach najprawdopodobniej zostały graficznie przekształcone bazując na załączniku nr 1 do certyfikatu 6060621.01DS.003 (61215 i 61730), które są identyczne co do wykazu modeli modułów objętych certyfikatem. Jednocześnie, zdaniem Odwołującego, skoro właściwe certyfikaty nie obejmują swoim zakresem oferowanych w postępowaniu modułów fotowoltaicznych SA335-120M i dochodzi do potwierdzenia wymaganych przez Zamawiającego parametrów minimalnych określonych w PFU, to tym samym należy uznać, że przedmiot oferty nie jest zgodny z treścią SIWZ, a zatem oferta powinna podlegać również z tego powodu odrzuceniu. Odwołujący przedstawił ponadto argumentację odnoszącą się do konieczności stosowania się przez Zamawiającego do zasad ustalonych w SIWZ i odrzucenia oferty Pro-Eco na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, powołując się na orzecznictwo (wyroki Izby z dnia 19 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 621/19, z dnia 11 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1248/18, z dnia 18 maja 2018 r., sygn. akt KIO 845/18, z dnia 25 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 1038/19, z dnia 26 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 11/17, z dnia 24 marca 2015 r., sygn. akt KIO 436/15).

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp Odwołujący podniósł,

iż mając na uwadze, że certyfikaty złożone przez Pro-Eco, potwierdzające odporność na amoniak, mgłę solną i efekt PID w takim kształcie, w jakim zostały przedłożone bądź z uwagi na fakt, że zostały przekształcone i nie odpowiadają oryginałom, które wystawiła jednostka DEKRA, ww. wykonawca przedstawił Zamawiającemu informacje wprowadzającego go w błąd, co miało istotny wpływ na przebieg postępowania. Z informacji wskazanych w poprzednich zarzutach odwołania wynika, że zaoferowane przez Pro-Eco moduły PV nie spełniają minimalnych wymogów określonych w rozdziale 1 ust. 1.6 pkt 1.6.1 tiret 9 PFU. Zdaniem Odwołującego skoro Pro-Eco nie posiada urządzeń spełniających wymagane parametry, to nie powinien składać oferty. Złożenie oferty i oświadczenie, że oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ należy uznać za wprowadzające w błąd, tym bardziej, że wykonawca Pro-Eco swoje działania opiera na nieprawidłowych certyfikatach. Wprowadzająca w błąd według Odwołującego jest także treść uzupełnionych certyfikatów, nieistniejąca w takim kształcie w rzeczywistości. Powyższe miało istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż oferta Pro-Eco została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący powołał się także na poglądy doktryny i orzecznictwa odnoszące się do art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, wskazując m.in. na wyrok Izby z dnia 19 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2575/13, z dnia 21 marca 2018 r., sygn. akt KIO 421/18, z dnia 7 marca 2019 r., sygn. akt KIO 271/19, z dnia 9 marca 2017 r., sygn. akt KIO 345/17, z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1496/18, z dnia 18 września 2018 r., sygn. akt KIO 1747/18, z dnia 29 października 2018 r., sygn. akt KIO 2057/18.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania, Odwołujący podniósł, iż w konsekwencji wcześniej wskazanych uchybień, wybór oferty Pro-Eco jako najkorzystniejszej został dokonany wbrew przepisom ustawy Pzp, w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, a oferta ww. wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zaś wykonawca wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Odwołujący w tym kontekście wskazał na orzecznictwo Izby w sprawach o sygn. akt KIO 1620/16, KIO 2251/15, KIO 1804/14.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania w całości, składając odpowiedź na odwołanie ustnie do protokołu.

Wykonawca Pro - Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni, w piśmie zgłaszającym przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wskazał na bezzasadność zarzutów odwołania. Podkreślił, że przedłożone przez niego wyjaśnienia i dowody nie uzasadniają prawidłowości stanowiska Odwołującego, w szczególności okoliczności, że PRO-ECO sp. z o.o. wprowadziła Zamawiającego w błąd. Witryna internetowa na którą Odwołujący się powołuje, wprost zawiera informację stanowiącą, że dane udostępnione na stronie mogą zawierać błędy lub nieścisłości. W związku z powyższym, należało uznać jako bardziej wiarygodne źródło przedkładane przez Wykonawcę dokumenty oraz składane oświadczenia woli i wiedzy. Dodatkowo wskazano, że przywołana przez Odwołującego strona internetowa producenta wskazuje na samym wstępie ogólną informację, że oferowane produkty posiadają certyfikat IEC 62716 (amoniak), IEC 61701 (mgła solna) oraz posiadają odporność PID.

Ponadto wykonawca Pro - Eco w dniu 29 września 2020 r. złożył pismo procesowe, wnosząc o oddalenie odwołania. Wskazał, iż Zamawiający nie wymagał od wykonawców złożenia certyfikatów potwierdzających spełnienie wyżej wymienionych norm - wymóg taki wynikał wyłącznie w odniesieniu do normy PN-EN 61215. Wykonawca Pro-Eco wskazał, że w udostępnionej Zamawiającemu karcie katalogowej zostały wyszczególnione wymagane normy, co jednoznacznie wskazuje, iż produkt zaoferowany spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, tym samym wykonawca w sposób zgodny z wymogami punktu 7.7.3 SIWZ przedstawił wymagane parametry. Pomimo powyższego (w późniejszym etapie), Pro-Eco sp. z o.o. przedstawiła certyfikaty otrzymane od wyłącznego dystrybutora na Polskę paneli fotowoltaicznych SinoSola, tj. Afore Polska, potwierdzające spełnienie norm. Wykonawca dodał, że na stronie internetowej producenta (powołanej przez Odwołującego) dostępna jest oryginalna karta katalogowa oferowanego przez Pro-Eco produktu, która również potwierdza posiadanie przez panele fotowoltaiczne SINOSOLA wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów. Ponadto wskazał, iż producent paneli fotowoltaicznych SinoSola potwierdził zgodność zaoferowanych przez Pro-Eco produktów z normami IEC 62716 (amoniak), IEC 61701 (mgła solna) oraz IEC 62804 (PID), na dowód czego załączył do pisma oświadczenie producenta.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzuconiem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek z art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze jego Uczestnika wykonawcę Pro - Eco Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (dalej jako „Przystępujący”).

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta mogłaby zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w części drugiej zamówienia w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania i wyeliminowania z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano, wykazał interes w uzyskaniu tego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w toku postępowania, w tym na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 8 lipca 2020 r., zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania złożone w pismach procesowych (odwołaniu, pismach Przystępującego) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 30 września 2020 roku. Izba dopuściła także dowody z dokumentów innych niż pochodzące z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, tj. złożonych przez Odwołującego na rozprawie protokołów notarialnych dokumentujących wydruki ze strony internetowej jednostki certyfikującej DEKRA wraz z tłumaczeniem, wydruki ze strony internetowej producenta SinoSola wraz z tłumaczeniem i wydruki korespondencji mailowej z przedstawicielem jednostki certyfikującej DEKRA wraz z tłumaczeniem, jak również przedstawionych przez Przystępującego w załączeniu do pisma procesowego z dnia 29 września 2020 r. w postaci oświadczenia producenta SinoSola z dnia 10 sierpnia 2020 r. wraz z tłumaczeniem oraz wydruku karty katalogowej dostępnej na stronie producenta SinoSola.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem części II zamówienia, której dotyczy rozpoznawane odwołanie, jest dostawa i montaż wraz z zaprojektowaniem i uruchomieniem 304 instalacji fotowoltaicznych na obiektach należących do osób prywatnych, 3 instalacji fotowoltaicznych na budynkach

użyteczności publicznej (pkt 3.1.2 SIWZ - Część I Instrukcja dla Wykonawców, dalej jako „IDW”). Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, jak również opis sposobu wykonania zadania, przedstawiono w Części III SIWZ - Program Funkcjonalno-Użytkowy (dalej jako „PFU”).

Zgodnie z pkt 7.7.3 lit. a) IDW do oferty należało załączyć m.in. certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub z normą równoważną, wydany przez właściwą akredytowaną jednostkę certyfikującą. Dokument winien być przekazany w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem. Zamawiający w pkt 7.7.3 lit b) IDW wymagał także załączenia do oferty karty technicznej oferowanego panelu fotowoltaicznego potwierdzającej spełnianie przez to urządzenie parametrów zawartych w OPZ dla tego urządzenia.

W pkt 1.6.1 PFU zawarto następujące wymagania dotyczące modułów fotowoltaicznych:

- typ modułu - monokrystaliczny lub polikrystaliczny;
- moc modułu - min. 300W;
- sprawność modułu - min. 18,3
- tolerancja mocy - min. -0/+4,99%
- temperaturowy współczynnik napięcia - max. -0,29%/oC
- temperaturowy współczynnik mocy - max. -0,40%/oC
- gniazdo przyłączeniowe - min. IP67

- wytrzymałość mechaniczna na obciążenie śniegu - min. 5400 Pa;
- certyfikaty: IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716 - odporność na amoniak, IEC 61701 - odporność na opary solankowe, IEC 62804 - odporność PID.

W postępowaniu w części II wpłynęły m.in. oferty Odwołującego i Przystępującego. Przystępujący zaoferował moduły fotowoltaiczne producenta SinoSola, model SA335-120M. Do oferty Odwołujący załączył kartę katalogową produktu oraz deklarację zgodności. W karcie katalogowej oferowanego produktu, na dole pierwszej strony, wymieniono szereg norm, w tym;

IEC 62716:2013, IEC 61701:2011, IEC TS62804-1:2015.

Zamawiający w piśmie z dnia 8 lipca 2020 r. skierowanym do Przystępującego, wskazał że w złożonych dokumentach dotyczących oferowanego panelu typu SA335-120M producenta SinoSola nie znalazł informacji potwierdzających posiadanie przez panel wymaganych certyfikatów IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804. Wobec tego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień potwierdzających posiadanie przez panel ww. certyfikatów.

W odpowiedzi na powyższe Przystępujący wyjaśnił, iż ze złożonej karty katalogowej jednoznacznie wynika, iż zaoferowane panele fotowoltaiczne posiadają zgodność z następującymi normami: IEC 61215, IEC 61730-1, IEC 61730-2; IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804 (norma równoważna IEC TS62804). Ponadto w załączeniu do pisma przedstawił certyfikaty zgodności z ww. normami w języku polskim wydane przez akredytowaną jednostkę certyfikującą. Były to następujące certyfikaty wystawione przez jednostkę certyfikującą DEKRA:

1. certyfikat nr 6060621.01.DS.003 potwierdzający spełnienie wymagań określonych w normach IEC 61215-1:2016, IEC 61215-1-1:2016, IEC 61215-2:2016, IEC 61730-1:2016, IEC 61730-2:2016. W certyfikacie wskazano, iż szczegóły dotyczące modeli znajdują się w załączniku nr 1. W załączniku nr 1 wskazano następujące modele paneli:

- z krzemu monokrystalicznego dla modułu z podkładem:

SAXXX-72M (XXX=395-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SAXXX-66M (XXX=360-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SAXXX-60M (XXX=330-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SAXXX-54M (XXX=295-330, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)

SAXXX-48M (XXX=265-295, z przyrostami co 5, 48 ogniw)

SAXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)

SAXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)

SATXXX-72M (XXX=330-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SATXXX-66M (XXX=300-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SATXXX-60M (XXX=275-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SATXXX-54M (XXX=245-330, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)

SATXXX-48M (XXX=220-295, z przyrostami co 5, 48 ogniw)

SATXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)

SATXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)

- z krzemu monokrystalicznego dla modułu szkło-szkło:

SABXXX-72M (XXX=400-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SABXXX-66M (XXX=365-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SABXXX-60M (XXX=335-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SABXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)

SABXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)

2. certyfikat nr 6062450.01.DS.001 potwierdzający spełnienie wymagań określonych w normach IEC 62716:2013, EN 62716:2013. W certyfikacie wskazano, iż szczegóły dotyczące modeli znajdują się w załączniku nr 1. W załączniku nr 1 wskazano następujące

modele paneli:

- z krzemu monokrystalicznego:

SAXXX-72M (XXX=330-390, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SAXXX-66M (XXX=300-355, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SAXXX-60M (XXX=275-325, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SAXXX-54M (XXX=245-290, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)

SAXXX-48M (XXX=220-260, z przyrostami co 5, 48 ogniw)

SAXXX-42M (XXX=190-225, z przyrostami co 5, 42 ogniwa)

SAXXX-36M (XXX=165-195, z przyrostami co 5, 36 ogniw)

SAXXX-30M (XXX=135-160, z przyrostami co 5, 30 ogniw)

SAXXX-24M (XXX=110-130, z przyrostami co 5, 24 ogniwa)

SAXXX-18M (XXX=80-95, z przyrostami co 5, 18 ogniw)

SAXXX-12M (XXX=55-65, z przyrostami co 5, 12 ogniw)

SAXXX-6M (XXX=25-30, z przyrostami co 5, 6 ogniw)

- z krzemu polikrystalicznego:

SAXXX-72P (XXX=310-350, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SAXXX-66P (XXX=280-320, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SAXXX-60P (XXX=255-290, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SAXXX-54P (XXX=230-260, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)

SAXXX-48P (XXX=205-230, z przyrostami co 5, 48 ogniw)

SAXXX-42P (XXX =180-205, z przyrostami co 5, 42 ogniwa)

SAXXX-36P (XXX =155-175, z przyrostami co 5, 36 ogniw)

SAXXX-30P (xxx=130-145, z przyrostami co 5, 30 ogniw)

SAXXX-24P (xxx=110-115, z przyrostami co 5, 24 ogniwa)

SAXXX-18P (XXX:75-85, z przyrostami co 5, 18 ogniw)

SAXXX-12P (XXX:50-55, z przyrostami co 5, 12 ogniw)

SAXXX-6P (XXX=25-30, z przyrostami co 5, 6 ogniw)

Do certyfikatu załączono także załącznik 2, w którym wskazano następujące modele paneli:

- z krzemu monokrystalicznego dla modułu z podkładem:

SAXXX-72M (XXX=395-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)

SAXXX-66M (XXX=360-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)

SAXXX-60M (XXX=330-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)

SAXXX-54M (XXX=295-330, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)

SAXXX-48M (XXX=265-295, z przyrostami co 5, 48 ogniw)
SAXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)
SAXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)
SATXXX-72M (XXX=330-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)
SATXXX-66M (XXX=300-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)
SATXXX-60M (XXX=275-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)
SATXXX-54M (XXX=245-330, z przyrostami co 5, 54 ogniwa)
SATXXX-48M (XXX=220-295, z przyrostami co 5, 48 ogniw)
SATXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)
SATXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)

- z krzemu monokrystalicznego dla modułu szkło-szkło:

SABXXX-72M (XXX=400-445, z przyrostami co 5, 72 ogniwa)
SABXXX-66M (XXX=365-405, z przyrostami co 5, 66 ogniw)
SABXXX-60M (XXX=335-370, z przyrostami co 5, 60 ogniw)
SABXXX-144M (XXX=370-445, z przyrostami co 5, 144 ogniwa)
SABXXX-120M (XXX=300-370, z przyrostami co 5, 120 ogniw)

3. certyfikat nr 6062450.02.DS.001 potwierdzający spełnienie wymagań określonych w normach IEC 61701:2011 i IEC 61701:2012. W certyfikacie wskazano, iż szczegóły dotyczące modeli znajdują się w załączniku nr 1. W załączniku nr 1 wskazano tożsame modele paneli, co w załączniku nr 1 do certyfikatu nr 6062450.01.DS.001. Dodano także załącznik nr 2, w którym wskazano tożsame modele jak w załączniku nr 2 do certyfikatu nr 6062450.01.DS.001;

4. certyfikat nr 6060621.02.DS.001 z dnia 13 marca 2020 r. potwierdzający spełnienie wymagań określonych w normach IEC TS 62804-1:2015 W certyfikacie wskazano, iż szczegóły dotyczące modeli znajdują się w załączniku nr 1 i 2. W załączniku nr 1 wskazano tożsame modele paneli, co w załączniku nr 1 do certyfikatu nr 6062450.01.DS.001, zaś w załączniku nr 2 wskazano tożsame modele jak w załączniku nr 2 do certyfikatu nr 6062450.01.DS.001.

Zamawiający w dniu 20 lipca 2020 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu w części II zamówienia..

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie zaś z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Na gruncie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia bezspornym był fakt, że oferowane moduły fotowoltaiczne miały spełniać wymagania wskazane w pkt 1.6.1 PFU, w tym miały posiadać certyfikaty IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716 - odporność na

amoniak, IEC 61701 - odporność na opary solankowe, IEC 62804 - odporność PID. Nie była także kwestionowana okoliczność, że zgodnie z pkt 7.7.3 lit b) IDW Zamawiający wymagał załączenia do oferty karty technicznej oferowanego panelu fotowoltaicznego potwierdzającej spełnienia przez to urządzenie parametrów zawartych w OPZ dla tego urządzenia (czyli parametrów wskazanych w pkt. 1.6.1 PFU). Co do zasady to karta techniczna miała zatem potwierdzać spełnienie przez oferowany produkt wymaganych parametrów.

W ocenie Izby złożona przez Przystępującego wraz z ofertą karta katalogowa urządzenia SA335-120M (producenta SinoSola) nie potwierdzała faktu posiadania przez ten produkt wskazanych w pkt 1.6.1. PFU certyfikatów. Co prawda w treści karty katalogowej (na jej pierwszej stronie na dole) wymieniono szereg norm, w tym te wskazane w pkt 1.6.1 PFU, natomiast nie potwierdzono, że urządzenie posiada certyfikaty potwierdzające spełnienie przez produkt wymagań określonych danymi normami. Izba za wiarygodne uznała stanowisko Odwołującego, iż nie można utożsamiać informacji producenta o spełnianiu przez produkt wymagań określonej normy z certyfikatem wystawionym przez jednostkę certyfikującą, która potwierdza zgodność z normą po dokonaniu stosownych badań. Ani Zamawiający, ani Przystępujący na rozprawie nie kwestionowali tego twierdzenia. Co istotne, sam Zamawiający zdaje się powyższą różnicę zauważać, wezwał bowiem Przystępującego w toku postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających posiadanie przez panel certyfikatów IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804, wskazując, iż w złożonych przez wykonawcę dokumentach nie znalazł takich informacji.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie wymagał złożenia samych certyfikatów (wedle punktu 7.3 lit b) IDW wymagane parametry co do zasady potwierdzać miała karta techniczna). Natomiast to Przystępujący z własnej inicjatywy na wezwanie przedstawił certyfikaty, których wiarygodność zakwestionowano w odwołaniu i uczynił to w konkretnym celu - w celu potwierdzenia, że oferowane panele fotowoltaiczne posiadają wymagane w pkt 1.6.1 PFU certyfikaty. Przystępujący, wykazując spełnienie wymagań wynikających z PFU w obliczu wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powołał się jedynie na dwie okoliczności, tj. po pierwsze na fakt, że w jego ocenie już z przedłożonej karty katalogowej wynika, iż oferowane panele fotowoltaiczne posiadają zgodność z normami IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804, a po drugie właśnie na załączone do pisma certyfikaty pochodzące od jednostki certyfikującej DEKRA. To te okoliczności podlegały ocenie Zamawiającego podczas badania czy Przystępujący wykazał spełnienie przez oferowane urządzenia wymagań wynikających z pkt 1.6.1 PFU, w związku z czym powoływanie się przez Przystępującego obecnie na fakt, że złożenie certyfikatów nie było wymagane, jawi się jako bezzasadne. To w efekcie złożonych przez Przystępującego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczeń i dokumentów, Zamawiający uznał, że oferowany przez Przystępującego produkt spełnia wymagania OPZ (PFU) i wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą w części II. W tym kontekście Izba wskazuje, iż nie uznała za wiarygodne stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, jakoby miał dokonać wyboru oferty Przystępującego wyłącznie w oparciu o oświadczenie zawarte w piśmie. W oświadczeniu tym Przystępujący odwołał się do złożonej wraz z ofertą karty katalogowej, z której - jak wskazano już powyżej - nie wynikało potwierdzenie posiadania przez oferowane panele fotowoltaiczne certyfikatów IEC 61251, IEC 61730-1/-2; IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804, co dostrzegł sam Zamawiający (inaczej nie wzywałby Przystępującego do uzupełnienia dokumentów). Ponadto zauważyć trzeba, że w treści pisma złożonego w odpowiedzi na wezwanie Przystępujący potwierdził, że ze złożonej wraz z ofertą karty katalogowej wynika, iż „oferowane panele fotowoltaiczne posiadają zgodność z wymaganymi normami”, podczas gdy Przystępujący zobowiązany był wykazać, że oferowane panele posiadają certyfikaty potwierdzające taką zgodność. Przystępujący nie złożył karty technicznej produktu, z której wprost takie informacje by wynikały, lecz posłużył się w tym celu certyfikatami i to dopiero na ich podstawie Zamawiający mógł ocenić czy oferowane produkty spełniają wymagania z pkt. 1.6.1 tiret 9 PFU.

W ocenie Izby Odwołujący w postępowaniu odwoławczym, za pomocą stosownych dowodów z dokumentów, skutecznie podważył wiarygodność certyfikatów złożonych przez Przystępującego na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zakwestionował podjętą przez Zamawiającego decyzję w zakresie oceny oferty jego konkurenta, a zatem zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, to na nim spoczywał ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części II zamówienia było nieprawidłowe. Podnosząc zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący powinien był po pierwsze wskazać konkretne wymogi postawione wykonawcom, wynikające z treści SIWZ, a po drugie wykazać, że treść oferty Przystępującego tym wymogom nie odpowiada. W ocenie Izby Odwołujący powyższemu obowiązkowi sprostał. Odwołujący wskazał konkretne postanowienia SIWZ odnoszące do wymaganych parametrów oferowanego urządzenia (pkt 1.6.1 PFU), a następnie zakwestionował fakt wykazania przez Przystępującego na podstawie złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia oświadczeń i dokumentów posiadania przez oferowane moduły fotowoltaiczne trzech

wymaganych certyfikatów (odporność na amoniak, mgłą solną, efekt PID). Pomiędzy certyfikatami złożonymi przez Przystępującego wraz z pismem z dnia 16 lipca 2020 r. a certyfikatami dostępnymi na stronie internetowej jednostki certyfikującej Dekra oraz producenta urządzeń - SinoSola zachodzą różnice. Różnice te są o tyle istotne, że ogólnodostępne certyfikaty o numerach zbieżnych z certyfikatami wskazanymi przez Przystępującego nie posiadają załączników oznaczonych numerem 2, w których to załącznikach (przedstawionych przez Przystępującego) wymieniono model paneli fotowoltaicznych oferowanych przez Przystępującego. Ponadto w treści dwóch z trzech przedstawionych (kwestionowanych) certyfikatów, tj. w certyfikacie nr 6062450.01.DS.001 (odporność na amoniak) oraz w certyfikacie nr 6062450.02.DS.001 (odporność na mgłą solną), wprost wskazano, że zawierają tylko jeden załącznik. W zakresie certyfikatu nr 6060621.02DS.001 rozbieżna z informacjami wynikającymi ze strony jednostki certyfikującej i producenta jest nie tylko liczba załączników, ale także dodatkowo data wydania certyfikatu. Odwołujący złożył także jako dowód korespondencję z przedstawicielem jednostki certyfikującej Dekra, w której potwierdzono, że wersja certyfikatów w języku polskim przedstawiona przez Przystępującego nie była autoryzowana, nie istniała w bazie danych jednostki certyfikującej, a certyfikaty o numerach 6062450.01.DS.001, 6062450.02.DS.001 i 6060621.02DS.001 posiadają tylko jeden załącznik.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że Odwołujący wywiązał się ze spoczywającego na nim ciężaru dowodu i wykazał za pomocą twierdzeń i dowodów, że złożone przez Przystępującego certyfikaty nie stanowią wiarygodnych dokumentów, a tym samym nie mogą one potwierdzać spełnienia przez Przystępującego wymagania wynikającego z pkt 1.6.1 PFU w zakresie posiadania przez oferowane urządzenie certyfikatów IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804. Nie bez znaczenia dla oceny dokonanej przez Izbę był brak inicjatywy dowodowej ze strony Zamawiającego i Przystępującego. Nie można deprecjonować obowiązków, jakie ciążyą na stronach i uczestnikach postępowania odwoławczego w świetle zasady kontrydiktoryjności, wynikającej z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwniej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Kontrydiktoryjność postępowania oznacza, że to jego strony toczą przed organem odwoławczym spór i od ich inicjatywy zależy rozstrzygnięcie tego sporu. Jakkolwiek to na Odwołującym, który podnosząc naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego wywodzi z tego skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia oferty Przystępującego, spoczywa ciężar dowodu, to jego przeciwnicy procesowi nie mogą pozostawać bierni. Przedstawienie przez Odwołującego argumentacji popartej dowodami przenosi ciężar dowodu na Zamawiającego (i w tym wypadku Przystępującego po stronie Zamawiającego), którzy kwestionując stanowisko Odwołującego winni przedstawić na jego odparcie stosowną argumentację i dowody. Rolą Izby w postępowaniu odwoławczym nie jest poszukiwanie dowodów na uzasadnienie twierdzeń podnoszonych przez strony i uczestników postępowania, a jedynie ocena prezentowanego w toku postępowania odwoławczego materiału dowodowego. Kontrydiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed Izbą pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Oznacza to, że w sytuacji procesowej, jaka miała miejsce w przedmiotowej sprawie, tj. kiedy Odwołujący przedstawił dowody na poparcie stawianych zarzutów, bierność Zamawiającego i Przystępującego wiąże się dla tych podmiotów z negatywnymi konsekwencjami procesowymi, w postaci uwzględnienia odwołania.

Zarówno Zamawiającemu, jak i Przystępującemu znana była (i to przez długi okres czasu) argumentacja zaprezentowana w odwołaniu i mieli oni świadomość, jakie dowody zostaną przez Odwołującego na rozprawie złożone, bowiem w treści odwołania powołano się na konkretne strony internetowe zawierające dane, w oparciu o które Odwołujący konstruował zarzuty. Żaden z ww. podmiotów nie zakwestionował prawdziwości informacji wynikających z tych źródeł, nie przedstawił twierdzeń czy dowodów podważających rzetelność czy aktualność tych informacji. Stanowisko Zamawiającego i Przystępującego ograniczało się do wskazania, że wydruki ze stron internetowych nie stanowią wartościowego dowodu. Z powyższym nie sposób się zgodzić. Podkreślić należy, że wydruk ze strony internetowej może stanowić dowód na to, że na wskazanej stronie internetowej w dacie dokonywania wydruku znajdowały się określone treści (informacje), na które w postępowaniu powołuje się strona przedstawiająca taki dowód. Jeżeli autentyczność takiego wydruku zostanie należycie potwierdzona, to może on stanowić dowód w sprawie, jak każdy inny. Autentyczność wydruków przedstawionych przez Odwołującego nie tylko nie była podważana, ale została także przez Odwołującego wykazana - Odwołujący złożył notarialne protokoły z wydruków stron internetowych, które potwierdzają, że nie doszło do jakichkolwiek modyfikacji obrazu widocznego na ekranie komputera. W realiach rozpoznawanej sprawy nie było zatem podstaw do zakwestionowania mocy dowodowej wydruków ze stron internetowych przedstawionych przez Odwołującego. W świetle braku jakiegokolwiek przeciwdowodu na okoliczność, że treści zawarte w przedstawionych przez Odwołującego wydrukach nie są aktualne, pełne czy rzetelne, dowodom przedstawionym przez Odwołującego nie sposób odmówić wiarygodności.

Ponadto Odwołujący dodatkowo złożył dowód w postaci korespondencji z przedstawicielem jednostki certyfikującej Dekra (wydruk tej korespondencji również został potwierdzony protokołem notarialnym), która nie była w ogóle przez Zamawiającego i Przystępującego kwestionowana.

Ani Zamawiający, ani Przystępujący nie próbowali wykazać również, że pomimo stwierdzonych rozbieżności pomiędzy certyfikatami dostępnymi na stronach internetowych jednostki certyfikującej i producenta, a certyfikatami przedstawionymi przez Przystępującego, certyfikaty złożone w postępowaniu o udzielenie zamówienia (w szczególności ich załączniki nr 2) istnieją i obrazują rzeczywisty stan rzeczy. Przystępujący nie przedstawił żadnych dokumentów, które uwiarygadniałyby fakt istnienia załączników nr 2 do ww. certyfikatów ani nie przedstawił innych dowodów, z których wynikałoby, że oferowany model paneli fotowoltaicznych spełnia wymagania z pkt 1.6.1 PFU. Jedyne dokumenty, na jakie się powołał się Przystępujący, w ogóle nie odnoszą się do kwestii posiadania przez panel fotowoltaiczny SA335-120M certyfikatów IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804. Przedstawione oświadczenie producenta SinoSola (poświadczone podpisem dystrybutora) wskazuje lakonicznie, że panele zostały przetestowane i potwierdzono ich zgodność z ww. normami, ale nie wskazuje, że posiadają certyfikat to potwierdzający. Złożone karty katalogowe również na fakt posiadania certyfikatów przez oferowane panele fotowoltaiczne nie wskazują. Podobnie nie uwiarygadnia tego faktu wskazana w zgłoszeniu przystąpienia okoliczność, że na stronie internetowej producenta zawarta jest na wstępie ogólna informacja, o tym, że oferowane produkty posiadają certyfikat IEC 62716, IEC 61701 oraz IEC 62804 - po pierwsze wklejony w treść pisma zrzut ekranu nie wskazuje, do jakich produktów dane tam podane się odnoszą, a po drugie, poza PID, brak jest tam jakiegokolwiek odniesienia do kwestii posiadania certyfikatu, który potwierdzałby zgodność z normą.

Tym samym Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia o art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ Przystępujący nie złożył oświadczeń i dokumentów, które potwierdzałyby zgodność oferowanych modułów fotowoltaicznych z wymaganiami wynikającymi z pkt 1.6.1 tiret 9 PFU. W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty Przystępującego w oparciu o ww. podstawę prawną.

Uzupełniająco Izba wskazuje, iż nie uwzględniła zgłoszonego przez Przystępującego z ostrożności w piśmie z dnia 29 września 2020 r. wniosku o nienakazywanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego, bowiem takie działanie naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przystępujący został już wezwany w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów mających potwierdzać zgodność oferowanych produktów z wymaganiami Zamawiającego i wezwanie takie nie może zostać powtórzone, gdyż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny ma ono charakter jednokrotny w stosunku do tych samych oświadczeń lub dokumentów, składanych na potwierdzenie tych samych okoliczności.

Za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut nr 2).

Zgodnie z tym przepisem 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. Przepis ten stanowi obligatoryjną podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania, co oznacza że zamawiający nie może odstąpić od dokonania takiej czynności w sytuacji spełnienia się przesłanek, o których mowa w ww. przepisie. Dla zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp wymagane jest łączne zaistnienie następujących przesłanek:

- a) przedstawienie informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd;
- b) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu;
- c) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że w przedmiotowej sprawie spełnione zostały przesłanki wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Po pierwsze Odwołujący za pomocą dowodów podważył wiarygodność (fakt istnienia) załączników nr 2 do złożonych przez Przystępującego certyfikatów o numerach 6062450.01.DS.001, 6062450.02.DS.001 i 6060621.02DS.001. Przystępujący nie przedstawił ani argumentacji, ani dowodów, które przeczyłyby powyższej okoliczności, jak również nie przedstawił twierdzeń i dowodów, które wykazywałyby fakt posiadania przez oferowany panel fotowoltaiczny SA335-120M certyfikatów IEC 62716, IEC 61701, IEC 62804 (szczegółowe

uzasadnienie w tym zakresie zostało przedstawione przy zarzucie nr 1). To te dokumenty zostały przez Przystępującego złożone celem wykazania, że oferowane urządzenie spełnia wymagania z pkt 1.6.1 PFU. Przystępujący oświadczając, że spełnia wynikające z SIWZ wymagania i składając rzeczony certyfikat przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do faktu posiadania przez panele fotowoltaiczne wymaganych certyfikatów. Efektem powyższego było uznanie przez Zamawiającego, że oferta Przystępującego jest zgodna z wymaganiami SIWZ i wybór tej oferty jako najkorzystniejszej w części II zamówienia. Niewątpliwie zatem przedstawienie informacji wprowadzających w błąd miało w przedmiotowym przypadku wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu.

Spełniona została także trzecia przesłanka z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp - przedstawienie informacji było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa Przystępującego. Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie, natomiast z niedbalstwo, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Niedbalstwo to nic innego jak niezachowanie należytej staranności, czyli działanie nieodpowiadające obiektywnemu wzorcowi postępowania właściwemu danemu dłużnikowi. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowany jest pogląd, iż do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, co wynika z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03, przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). W tym zakresie należy dodać, że w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu - jak stanowi art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Powyższe uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania, a przez to nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości (por. m.in. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17, wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2372/18).

Za profesjonalistę niewątpliwie uznać należy Przystępującego, który składając ofertę oraz oświadczenia i dokumenty w postępowaniu zobowiązany był dochować należytej staranności i dokonać szczególnej weryfikacji prezentowanych przez siebie danych, mając świadomość skutków ich nierzetelnej prezentacji. Przystępujący oświadczył, iż oferowane panele fotowoltaiczne posiadają wymagane w pkt 1.6.1 PFU certyfikaty i próbował wykazać powyższą okoliczność składając certyfikaty wraz z załącznikami nr 2, w których wymieniono model paneli oferowanych przez Przystępującego, gdy tymczasem fakt istnienia tych załączników skutecznie podważył Odwoływający. Abstrahując od kwestii czy Przystępujący miał świadomość tego, że załączniki nr 2 do certyfikatów nie figurują w bazach danych jednostki badawczej czy też nie, to jego działanie naruszało reguły należytej staranności i stanowiło co najmniej niedbalstwo, powinien on bowiem upewnić się, że przedstawiane dokumenty odpowiadają rzeczywistości. Jak wskazuje się w doktrynie, praktycznie w każdym przypadku nieumyślnego złożenia informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, wykonawca powinien być wykluczony z postępowania. Ustawodawca założył, że profesjonalny charakter podmiotów biorących udział w przetargach zobowiązuje do weryfikowania każdej informacji składanej w postępowaniu. Nawet więc drobne niedopatrzenie, może oznaczać wykluczenie z dalszego udziału w postępowaniu. Jedyłą możliwością uchylenia się od sankcji wykluczenia, będzie wykazanie przez wykonawcę, że informacja wprowadzająca zamawiającego w błąd została złożona w postępowaniu w sposób całkowicie niezawiniony lub że informacja ta pozostała bez wpływu na decyzje zamawiającego (por. J. Jarnicka [w:] M. Jaworska (red.) Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. C.H. Beck 2020). Tych okoliczności Przystępujący nie próbował nawet wykazać. Przystępujący wskazał jedynie, że kwestionowane certyfikaty otrzymał od wyłącznego dystrybutora na Polskę oferowanych paneli fotowoltaicznych, nie wskazał jednak, aby w jakikolwiek sposób weryfikował treść tych dokumentów. Przystępujący jako podmiot profesjonalny, decydując się na zaoferowanie konkretnych modeli paneli fotowoltaicznych, wiedząc, że muszą one spełniać ściśle określone wymagania wynikające z SIWZ, powinien dołożyć należytej staranności, aby upewnić się po pierwsze, że oferowane urządzenia spełniają wymagania Zamawiającego, a po drugie że Przystępujący jest w stanie wykazać to wymaganymi dokumentami (wedle SIWZ okoliczność posiadania certyfikatów powinna wynikać już z karty technicznej). Przystępujący zadeklarował,

że oferowane urządzenia spełniają wymagania określone w pkt 1.6.1 PFU, w sytuacji gdy nie zweryfikował należycie okoliczności, czy posiadają one wymagane w PFU certyfikaty.

W konsekwencji za zasadny Izba uznała także zarzut nr 3 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, kwestionujący prawidłowość dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej, którego podstawy faktyczne były tożsame, jak w przypadku wcześniej omówionych zarzutów oznaczonych nr 1 i 2. Mając na uwadze, że Izba przyznała rację Odwołującemu, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz wykluczenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, za niezgodną z ustawą uznać należy czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w części II zamówienia.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu w całości i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. § 3 pkt 1 i 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: