Sygn. akt KIO 2528/21

WYROK

z dnia 16 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 13 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 sierpnia 2021 r.

przez wykonawcę: SOLARSPOT sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach

w postępowaniu pn. Poprawa bezpieczeństwa energetycznego poprzez dywersyfikację źródeł energii na terenie gminy Osie (nr postępowania ROŚBiGK.271.3.2021.ZP) prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Osie

przy udziale wykonawcy: Solar Breakerer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a przy powtarzaniu czynności w prowadzonym

postępowaniu - odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129): 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 - jako oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 - jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu w związku z przedstawieniem w wyniku niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Przystępującego:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr

(słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) - stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Gmina Osie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września

2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) {dalej również: „ustawa pzp" lub „pzp") w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy pn. Poprawa bezpieczeństwa energetycznego poprzez dywersyfikację źródeł energii na terenie gminy Osie (nr postępowania ROŚBiGK.271.3.2021.ZP).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 18 czerwca 2021 r. zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S_117 pod poz. 304640.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza progi unijne.

17 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Solar Breakerer sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej: „Solar Breakerer" lub „Przystępujący"}

26 sierpnia 2021 r. SOLARSPOT sp. z o.o. z siedzibą w Komornikach {dalej również: „Solarspot" lub „Odwołujący} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od zaniechania wykluczenia Solar Breaker i odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Solar Breaker, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

2. Art. 226 ust. 1 pkt 3 - przez zaniechanie odrzucenia oferty Solar Breaker, pomimo że jest ona oferta niezgodna z przepisami ustawy pzp.

3. Art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z pkt 5.2. ppkt 3) rozdziału 7. specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ" lub „specyfikacja"} - wobec umyślnego, a co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawienia przez Solar Breaker informacji wprowadzających w błąd, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w tym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Powtórzenie badania i oceny złożonych ofert.

3. Wykluczenia Solar Breaker z postępowania.

4. Odrzucenia oferty Solar Breaker.

Powyższa lista zarzutów została sprecyzowana przez podanie następujących okoliczności faktycznych i prawnych.

{ad pkt 1. i 2. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

W załączniku nr 8 do SWZ Zamawiający określił następujące szczegółowe wymagania dla paneli fotowoltaicznych stanowiących najistotniejszą część zamówienia:

Moc całkowita (nie mniej niż) 380 Wp

Typ panela Z powłoką antyrefleksyjną

Temperaturowy współczynnik mocy TmP /Mmax (nie mniej niż) -0,34%

Wydajność (nie mniej niż) 19,90%

Zaoferowane przez Solar Breaker panele fotowoltaiczne producenta Seraphim nie spełniają trzeciego z powyżej wymienionych parametrów, gdyż zapewniają temperaturowy współczynnik mocy TmP/Mmax (Pmax Temperature Coefficient) na poziomie -0,35%.

Zgodnie z pkt 12 rozdziału 13. SWZ ofertę należy sporządzić w języku polskim, z zachowaniem formy elektronicznej w formacie danych doc, docx, pdf.

Przedłożona przez Soalr Breakerer karta katalogowa oferowanych urządzeń jest w języku angielskim i nie zostało załączone jej tłumaczenie na język polski (analogiczna sytuacja odnosi się także do innych dokumentów oferty).

Na wezwanie Zamawiającego Solar Breaker złożył dodatkowo datowany na 9 sierpnia 2021 r. wydruk oświadczenia w języku angielskim wraz z tłumaczeniem na język polski w następującym brzmieniu: Niniejszym potwierdzamy, że moduły Sheraphim dostarczone do Polski w ilości 2 kontenerów - model SRP-450-BMA spełni specjalne wymagania klientów co do współczynnika temperaturowego Pmax -0,34%C gdyż wartość ta

mieści się w zakresie możliwości technicznych.

Wydruk ten nie zawiera podpisu jakiegokolwiek przedstawiciela „firmy Seraphim

Energy", a w szczególności pana „A.V. - Technical Manager", a został jedynie opatrzony podpisem kwalifikowanym pana Pawła Szczeciaka, prezesa zarządu Solar Breaker.

Okoliczności prawne {poniżej cytat z uzasadnienia odwołania}.

Zgodnie z poglądami doktryny (które odnosiły się do poprzedniej ustawy pzp, ale w pełni zachowują aktualność wobec obecnie obowiązujących regulacji: (...) niezgodność

treści oferty z treścią SIWZ, rozumiana jako materialna niezgodność zobowiązania wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, skutkuje odrzuceniem oferty (.) [M. Jaworska, Komentarz PZP, wyd. XII, 2020, p. I.).

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny.

Żeby uznać dokument sporządzony w języku angielskim za dopuszczalny w postępowaniu, konieczna byłaby stosowanie do art. 20 ust. 3 pzp zgoda zamawiającego.

Co więcej, zgoda zamawiającego na odstępstwo od zasady języka polskiego powinna być wyraźna oraz nastąpić w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ" [P. Garnecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie I, 2021].

Stanowisko odrzucające prawidłowość załączenia karty katalogowej wyłącznie w języku angielskim podziela także Izba w uzasadnieniu wyroku z 17 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2436/19, w którym orzeczono, że w sytuacji w której Zamawiający nie dopuścił możliwości złożenia dokumentów w języku innym niż polski, brak tłumaczenia dokumentu (karty katalogowej) na język polski jest równoznaczny z brakiem tego dokumentu.

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Solar Breaker, pomimo zaistnienia w powyższym zakresie takiej jednoznacznej, zasadniczej i nieusuwalnej niezgodności z warunkami zamówienia.

Według Odwołującego oświadczenie z 9 sierpnia 2021 r. może być co najwyżej poczytywane za oświadczenie własne Solar Breaker, a jego treść jest niewiarygodna, gdyż produkcja paneli fotowoltaicznych jest prowadzona na skalę masową i nie sposób zamówić dwóch kontenerów modułów fotowoltaicznych o bardziej rygorystycznych parametrach. Ponadto brak wskazania numerów seryjnych paneli fotowoltaicznych całkowicie uniemożliwia Zamawiającemu na etapie realizacji zamówienia sprawdzenie. czy dostarczone produkty są zgodne z warunkami zamówienia.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Okoliczności faktyczne.

Solar Breaker przez podanie nieprawdziwej informacji, jakoby oświadczenie z 9 sierpnia 2021 r. zostało podpisane przez „Pana A.V. Technical Manager firmy Seraphim Energy", spowodował błędne uznanie przez Zamawiającego, że oferta Solar Breaker spełnia warunki zamówienia i dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Okoliczności prawne.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje

podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Opisana w powyższym przepisie fakultatywna podstawa wykluczenia została wskazana przez Zamawiającego w pkt 5.2. ppkt 3) rozdziału 7. SWZ, a zatem znajduje zastosowanie w postępowaniu.

Przedmiotowa norma ma na celu eliminację z procesu ubiegania się o zamówienie tych wykonawców, którzy w sposób bezprawny usiłują wpłynąć na decyzje zamawiającego w postępowaniu [M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Wydanie 2, 2021]

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił, jak w pkt 3. petitum odwołania.

W zgłoszeniu przystąpienia z 1 września 2021 r. Solar Breaker wniósł m.in. o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do zarzutów odwołania.

{ad pkt 1 i 2. listy zarzutów}

Przystępujący potwierdził, że karta katalogowa dołączona do jego oferty faktycznie zawiera temperaturowy współczynnik mocy TmP/Mmax na poziomie -0,35%.

Przystępujący stwierdził, że jest to średnia wartość tego współczynnika uzyskiwana przy masowej produkcji. Natomiast w ramach zarezerwowanego przez niego „production batch" jest możliwość narzucenia stosownych parametrów jakościowych, które producent potwierdza dzięki przeprowadzeniu stosownych testów i dostarczeniu ich wyników wraz z nr seryjnymi modułów. Ponieważ nie zostały one jeszcze zlecone do produkcji ze względu na brak podpisania umowy z Zamawiającym, aktualnie nie ma możliwości dostarczenia numerów seryjnych oraz wyników testów.

Przystępujący podał, że w oparciu o załącznik nr 5 do SWZ przedłożył Zamawiającemu zobowiązanie producenta Seraphim Solar (jako podmiotu trzeciego) do oddania do dyspozycji Solar Breaker (jako jego oficjalnemu dystrybutorowi od 2020 r.) niezbędnych zasobów na potrzeby korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia w postaci oświadczenia potwierdzające możliwość wyprodukowania dwóch kontenerów modułów fotowoltaicznych cechujących się współczynnikiem mocy TmP/Mmax wynoszącym

-0,34%.

Zdaniem Przystępującego skoro powyższy dokument potwierdza spełnienie wymagań technicznych SWZ, brak jest podstawy do odrzucenia jego oferty.

Według Przystępującego karty katalogowe oferowanych modułów, jako zażądane w pkt 5.1. SWZ środki dowodowe, nie stanowią oferty, stąd nie znajduje do nich zastosowania pkt 12 SWZ i nie muszą być złożone w języku polskim.

Odnośnie sposobu podpisania oświadczenia datowanego na 9 sierpnia 2021 r. Przystępujący poczynił wywód w następującym brzmieniu: Zgodnie z przyjętą praktyką panującą u Producent pisma operacyjne (Statement) mające poświadczać zamówienia oraz dostawy są opatrzone pieczęcią przedsiębiorstwa. Osoby z zarządu Producenta nie

dokonują podpisu przedmiotowych dokumentów i nigdy nie miało to zastosowania w wypadkach składanych oświadczeń w odniesieniu do jednostkowych zamówień. Podpis pism przesyłanych przez producenta następuje w oparciu o kod QR. Wszelkie więc sugestie Odwołującego dot. nieprawidłowości w dokumentach wynikają z braku wiedzy o kulturze pracy i współpracy z przedsiębiorstwami z Chin, która jest inna a niżeli Europejska a do której Przystępujący jest przyzwyczajony w ramach stałej współpracy z Producentem.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zdaniem Przystępującego w żadnym zakresie nie wprowadził w błąd Zamawiającego, jak również nie zostało to wykazane w odwołaniu.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp .

Izba nie uwzględniła zawartego w zgłoszeniu przystąpienia wniosku o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 2 w zw. z art. 505 ust. 1 pzp, jako wniesionego przez podmiot, który nie posiada interesu w uzyskaniu danego zamówienia i który nie wykazał możliwości poniesienia szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przepisów pzp, gdyż nie został on należycie uzasadniony, a ponadto jest oczywiście bezzasadny (patrz poniższe rozważania dotyczące legitymacji Solarspot do wniesienia odwołania}.

W odpowiedzi na odwołanie z 9 września 2021 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględnia w całości przedstawione w odwołaniu zarzuty i zgodnie z art. 522 ust. 1 zd. drugie pzp wykona, powtórzy lub unieważni czynności w prowadzonym postępowaniu, zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, wobec zgłoszonego na posiedzeniu przez Przystępującego sprzeciwu co do uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a w imieniu Zamawiającego nikt się nie stawił na rozprawę.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż zaniechanie wykluczenia Przystępującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie tego zamówienia, na co w przeciwnym razie mógłby liczyć.

Podkreślić należy, że interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 505 ust. 1 pzp należy interpretować szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes ten może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania. Jak to trafnie Izba stwierdziła w uzasadnieniu wyroku z 28 maja 2019 r. sygn. akt KIO 873/19, w świetle prounijnej wykładni przepisów dotyczących zamówień publicznych pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia winno być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, a winno być łączone z definicją legalną zamówienia publicznego (tak też Izba w uzasadnieniu wyroku z 5 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2144/18).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W rozdziale 9 SWZ Zamawiający określił w pkt 1, że na ofertę składają się m.in.:
1) formularz ofertowy (według wzoru określonego w załączniku nr 1 do SWZ),
8) przedmiotowe środki dowodowe, w tym karty katalogowe oferowanych modułów

fotowoltaicznych podpisane przez producenta lub podmiot uprawniony do reprezentowania producenta lub dystrybutora urządzeń na rynku polskim obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów określonych w Dokumentacji Technicznej.

Ponieważ w formularzu ofertowym przewidziano wyłącznie podanie ceny oferty, de facto karaty katalogowe, choć zażądane jako środki dowodowe, jednocześnie stanowiły jedyne sprecyzowanie przedmiotu oferty, czyli stanowiły treść oferty.

Załącznik nr 8 do SWZ zawiera określenie wymagań technicznych dla przedmiotu zamówienia, w szczególności w odniesieniu do paneli fotowoltaicznych został sprecyzowany następujący parametr: temperaturowy współczynnik mocy TmP/Mmax nie mniejszy niż -0,34%.

Solar Breaker złożył ofertę zawierającą m.in. skan karty katalogowej w jęz. angielskim producenta Jiangsu Seraphim Solar System Co., Ltd. z siedzibą w Changzhou {dalej: „Seraphim"} z odręcznie zaznaczonym kółkiem typem SRP-450-BMA-BG, przy czym z zamieszczonej tabeli wynika, że dla wszystkich czterech wyszczególnionych w niej typów paneli fotowoltaicznych parametr Pmax Temperature Coefficient wynosi -0,35%/°C.

Wśród dokumentów oferty jest też JEDZ, który zawiera w szczególności oświadczenie, że Solar Breaker nie zamierza polegać na zdolnościach innych podmiotów.

Niesporne było, że „Pmax Temperature Coefficient" oznacza w języku angielskim ten sam parametr co temperaturowy współczynnik mocy TmP /Mmax.

Pismem z 6 sierpnia 2021 r. Zamawiający, powołując się na art.107 ust. 4 ustawy pzp, wezwał Solar Breaker do złożenia wyjaśnień w związku ze wskazanym w karcie katalogowej oferowanego panelu fotowoltaicznego współczynnika mocy TmP /Mmax (nie mniej niż) -0,35%, choć Zamawiający wymagał nie mniej niż -0,34%.

W związku z tym Zamawiający zwrócił się o przekazanie dokumentów producenta potwierdzających wskaźnik Pmax Temperature Coefficient na wymaganym poziomie.

W zakreślonym terminie Solar Breaker przesłał datowane na 9 sierpnia 2021 r. oświadczenie w następującym brzmieniu:

Występując w charakterze oficjalnego dystrybutora modułów Seraphim Energy oraz w porozumieniu z tym producentem niniejszym potwierdzamy, iż moduły Seraphim 450Wp-SRP-450-BMA spełniają wymogi Inwestora, również w zakresie współczynnika temperaturowego mocy Pmax na poziomie -0,34%/°C. Wartość współczynnika zgodnie z zapewnieniami producenta jest technicznie osiągalna dla tego produktu i zgodna z przedstawioną ofertą.

Jednocześnie oświadczamy, że niezwłocznie uzupełnimy niniejsze pismo o stosowne oświadczenie producenta tj. Seraphim Energy. Uzyskanie takiego oświadczenia producenta nie jest możliwe „od ręki", ponieważ firma ta, jako jeden z największych na świecie producentów, ma ścisłe procedury dotyczące podpisywania i obiegu dokumentów.

Pismem z 10 sierpnia 2021 r. Zamawiający wystosował do Solar Breaker „Ostateczne wezwanie do uzupełnienia dokumentów", w którym poinformował, że termin uzupełnienia dokumentów od producenta nie może być dłuższy niż 3 dni od otrzymania niniejszego wezwania.

Zamawiający zastrzegł, że ich niezłożenie w wyznaczonym terminie będzie skutkował

odrzuceniem oferty jako niezgodnej z wymaganiami SWZ.

13 sierpnia 2021 r. do Zamawiającego wpłynęła od Solar Breaker wiadomość e-mail

w następującym brzmieniu:

W załączniku przesyłam podpisane przez Pana A.V. Technical Manager firmy Seraphim Energy. Jest to ich certyfikowany podpis oraz kod firmowy QR.

Dodatkowo pismo jest podpisane kwalifikowanym podpisem naszego prezesa.

Proszę o potwierdzenie otrzymania wiadomości.

Do wiadomości został załączony skan datowanego na 9 sierpnia 2021 r. oświadczenia w języku angielskim wraz z następującym tłumaczeniem na język polski:

Niniejszym potwierdzamy, że moduły Sheraphim dostarczone do Polski w ilości 2

kontenerów - model SRP-450-BMA spełni specjalne wymagania klientów co do współczynnika temperaturowego Pmax -0,34%C gdyż wartość ta mieści się w zakresie możliwości technicznych.

Niniejsze pismo zostało przetłumaczone z języka angielskiego na język polski na prośbę zamawiającego.

Przy czym skan oświadczenia w języku polskim opatrzony jest u dołu kodem QR, obok którego jest napis w znakach chińskich.

Jak wykazał Odwołujący, który złożył na rozprawie tłumaczenie przeprowadzone przez tłumacza przysięgłego języka chińskiego, ów napis brzmi następująco: Zeskanowano przy pomocy CamScaner.

Z kolei na rozprawie okazało się niesporne, kod QR odsyła do stron internetowych dotyczących tego programu.

Bez znaczenia dla sprawy było złożenie na rozprawie przez Przystępującego kolejnej wersji rzekomego oświadczenia producenta Seraphim Energy, również z tego powodu, że na pierwszy rzut oka widać, że jest to kolejny skan, tym razem z faksymile podpisu, a nie dokument opatrzony odręcznym podpisem.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty odwołania są zasadne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przepis ten jest skorelowany z art. 218 ust. 2 pzp, który stanowi, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. Przy czym według definicji zawartej w art. 7 pkt 29 pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunki zamówienia opisywane lub określane są w dokumentach zamówienia, przy czym z definicji zawartej w art. 7 pkt 3 pzp wynika, że w szczególności jest nim specyfikacja warunków zamówienia.

Powyższy przepis jest odpowiednikiem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp z 2004 r. , który stanowił, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie budzi wątpliwości, że na podstawie - zarówno obecnie, jak i poprzednio - obowiązującego przepisu odrzuceniu podlega oferta, której treść - rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty) - nie odpowiada warunkom zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. Innymi słowy niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polegająca na materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymagał zamawiający w dokumentach zamówienia.

Stąd Zamawiający ma obowiązek zweryfikować zawartość merytoryczną oferty,

a więc zgodność oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia co do sposobu ich wykonania, oczekiwanego zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego.

W szczególności w przypadku dostaw, jeżeli zamawiający określił parametry, jakimi ma się cechować przedmiot świadczenia, ma obowiązek zweryfikować, czy z treści oferty wynika zaoferowanie dostarczenia rzeczy spełniającej te parametry.

Skoro w ustalonych powyżej okolicznościach już z treści oferty złożonej przez Przystępującego wynikało, że dotyczy ona paneli fotowoltaicznych niespełniających jednego z parametrów opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający winien odrzucić tę ofertę.

Zamiast tego Zamawiający bezprawnie umożliwił Przystępującemu de facto zmianę złożonej oferty, a ponadto dopuścił do dwukrotnego uzupełnienia dokumentu, który w ogóle nie powinien być przedmiotem takiej procedury.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania.

Przy czym z art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z ust. 2 pzp wynika, że zamawiają wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli zamawiający uprzednio wskazał taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Ponieważ analogiczną regulację jak art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp zawierał art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp z 2004 r., w pełni adekwatny pozostaje wypracowany na tle jego stosowania dorobek doktryny i orzecznictwa.

Powyższe przepisy stanowią implementację do krajowego porządku prawnego określonej w art. 57 ust. 4 lit. h (in fine) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. UE L 94, 28.3.2014, p. 65-242) podstawy wykluczenia w sytuacji, jeżeli wykonawca podjął kroki, aby wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia {lit. h in fine}.

Podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp wprost określa, że przedstawienie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego może nastąpić w wyniku niedbalstwa, a nawet lekkomyślności wykonawcy.

Należy przyjąć, że obecnie obowiązujące przepisy, tak jak poprzednio obowiązujące, nie ustalają jakiegoś szczególnego rozumienia „prawdy" lub „nieprawdy" w odniesieniu do informacji składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wobec tego adekwatny pozostaje {na co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała uprzednio w uzasadnieniu wyroku z 6 kwietnia 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 372/10} pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uzasadnieniu wyroku z 5 kwietnia 2002 r. sygn. akt II CKN 1095/99 (opubl. Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2003, Nr 3, poz. 42): Pojęcia „prawda", „prawdziwy", bądź ich zaprzeczenia występują w Prawie prasowym w art. 6 ust. 1, art. 12 ust. 1 pkt 1, art. 31 pkt 1 i art. 41, a także wielokrotnie w innych aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, 103 § 2, art. 252, 253. 254 § 1 i 2, art. 268, 304, 333 § 2, art. 339 § 2, art. 485 § 2, art. 913 § 2, art. 1045), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 303 § 1, art. 312) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 190 § 1). We wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda" rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi - w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami" i „danymi"). Odpowiada to - na gruncie filozoficznym - tzw. klasycznej koncepcji prawdy. W tym sensie wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Przy czym z brzmienia art. 109 ust. 1 pkt 10 pzp {przywołanego dokładanie powyżej} wynika, że wystarczające jest, aby informacje wprowadzające w błąd mogły mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, co odpowiada sposobowi uregulowania podstawy wykluczenia w art. 57 ust. 4 lit. i (in fine) {również przywołanemu dokładanie powyżej}, gdzie także mowa jest jedynie o takim potencjalnym wpływie. Innymi słowy przy niedbałym przedstawieniu wprowadzających w błąd informacji ocena jego istotności jest uzależniona od tego czy mogło to, a nie czy miało to wpływ na decyzje w sprawie udzielenia zamówienia.

Jak trafnie wywiódł Sąd Okręgowy w Warszawie w uzasadnieniu wyroku z 20 lipca 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 849/18, dla rozważań dotyczących przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy pzp istotne jest jedynie zachowanie wykonawcy i treść informacji (mogącej mieć wpływ na decyzje zamawiającego), natomiast stan wiedzy czy zachowanie zamawiającego nie ma żadnego znaczenia. W szczególności nie ma znaczenia, czy zamawiający został skutecznie wprowadzony w błąd na skutek czego podjął jakiekolwiek decyzje czy wykonał jakiekolwiek czynności. Sąd podkreślił, że gdyby nawet zamawiający w powołaniu na wypracowane notorium (uwzględniając stan posiadanej przez siebie wiedzy) zachowałby ostrożność w podejmowaniu decyzji, samo podanie informacji nieprawdziwej wypełnia przesłankę wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia.

Należy wziąć pod uwagę, że wprowadzenie przesłanek wykluczenia ma na celu ochronę zamawiających przez nierzetelnymi wykonawcami. Wykonawca, który w sformalizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia podaje istotną informację

niemającą odzwierciedlenia w rzeczywistym stanie rzeczy, nie daje rękojmi rzetelności i sam

poddaje w wątpliwość swój profesjonalizm, który wymaga dołożenia należytej staranności ocenianej według podwyższonego miernika.

Jak to powyżej ustalono, Przystępujący, co najmniej w wyniku niedbalstwa,

skutecznie wprowadził Zamawiającego w błąd co do tego, że składany przez niego

dokument opatrzony jest podpisem przedstawiciela producenta, gdyż na tej podstawie Zamawiający nie tylko przeszedł do porządku dziennego nad niezgodnością treści oferty złożonej przez Solar Breaker z warunkami tego zamówienia, ale dokonał jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Na marginesie wypada zauważyć, że niechlubną praktykę wprowadzania w błąd, tym razem Izby, Przystępujący podtrzymał w toku postępowania odwoławczego, nadal twierdząc,

że złożył Zamawiającemu oświadczenie podpisane w sposób rzekomo stosowany

w Chinach.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia - wobec czego - działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 lit. a oraz b ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), orzeczono - w pkt 2. sentencji - stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) - obciążając nimi Przystępującego.