

Sygn. akt: KIO 724/22

Wyrok

z dnia 4 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Członkowie: Aneta Młacka

Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 31 marca 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2022 r. przez wykonawcę FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach w postępowaniu prowadzonym przez Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie

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

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach na rzecz zamawiającego Stowarzyszenie Rzeszowskiego Obszaru Funkcjonalnego z siedzibą w Rzeszowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 724/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Miasto Rzeszów, Gmina Boguchwała, Gmina Chmielnik, Gmina Czarna,

Gmina Głogów Małopolski, Gmina Krasne, Gmina Miasto Łańcut, Gmina Łańcut, Gmina Trzebownisko, Gmina Tyczyn, reprezentowane przez Stowarzyszenie Rzeszowskiego

Obszaru Funkcjonalnego 35-064 Rzeszów, Rynek 5 prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest Zamówienie z podziałem na 2 części: Część I Dostawa i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” - kotły gazowe kondensacyjne Część 2 Dostawa i montaż urządzeń grzewczych w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” - kotły na biomasę w ramach projektu „Wymiana źródeł ciepła na terenie ROF” realizowanego przy współudziale środków z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Woj. Podkarpackiego na lata 2014-2020” Nr postępowania: ZP.ROF.5.2021 Nr ogłoszenia w DzUUE: Dz.U./S S236 06/12/2021 621123-2021-PL

Odwolujący: FLEXIPOWER GROUP sp. z o.o. PABIANICE, 95-200 ul. KUDROWICE 12, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty INERGIS S.A. i zaniechaniu odrzucenia oferty INERGIS S.A. w postępowaniu w części I.

Zamawiającemu zarzuca naruszenie:

I. art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2, 4 ustawy pzp przez dokonanie w dniu 4 marca 2022 r. wyboru oferty INERGIS S.A. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania, została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń i jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

II. art. 226 ust. 1 pkt. 2 c pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której wymagana przez Zamawiającego w punkcie X. I.2) SWZ deklaracja CE producenta dla oferowanych kotłów X+LD NANO 18R/18C — 24R/24C — 32R/32C nie jest deklaracją wystawioną przez producenta lub jej upoważnionego przedstawiciela zgodnie z zasadami określonymi w art. 11 ustawy z 13 kwietnia 2016 r. o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku oraz art. R10 załącznika nr II do decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylająca decyzję Rady 93/465/EWG,

III. art. 226 pkt. ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 30 ust. 1 rozp. Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i uchylające rozp. (EWG) nr 339/93 przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której wymagana w punkcie X. I.2 SWZ deklaracja CE producenta dla oferowanych kotłów X+LD NANO 18R/18C — 24R/24C — 32R/32C zawiera oznakowanie CE umieszczone nań przez inną osobę niż producent lub upoważniony przedstawiciel, a zatem nie spełnia wymogów z załącznika III do decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG, wprowadzającej wzorzec deklaracji zgodności dla produktów oferowanych na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

IV. art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 5 w zw. z art. R10 zał I w zw. z zał III decyzji Parlamentu Europejskiego i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której wymagana w punkcie XI 2 SWZ deklaracja CE producenta dla kotłów X+LD NANO 18R/18C — 24R/24C — 32R/32C nie zawiera w swojej treści wszystkich aktów wspólnotowych mających zastosowanie do produktu oraz informacji koniecznych do zidentyfikowania wspólnotowego prawodawstwa harmonizacyjnego, do którego deklaracja się odnosi oraz odniesienia do publikacji tych aktów tj. - dyrektywy PE i Rady 2014/53/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającej dyrektywę 1999/5/WE, - dyrektywy PE i Rady 2014/35/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do udostępniania na rynku sprzętu elektrycznego przewidzianego do stosowania w określonych granicach napięcia, - dyrektywy PE i Rady 2014/30/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do kompatybilności elektromagnetycznej, - dyrektywy PE i Rady 2011/65/UE z 8 czerwca 2011 r. w sprawie ograniczenia stosowania niektórych niebezpiecznych substancji w sprzęcie elektrycznym i elektronicznym.

V. art. 226 ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 4 pzp art. 5 i 6 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku w zw. z art. 30 ust. 4 Rozporządzenia PE i Rady NR 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG)

nr 339/93 przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której w ofercie tej Wykonawca deklaruje realizację zamówienia z użyciem urządzeń X+LD NANO 18R]18C — 24R/24C — 32R/32C, które nie zostały prawidłowo poddane ocenie zgodności i których zgodność nie została zadeklarowana przez osobę do tego upoważnioną, co uniemożliwia ich wprowadzenie do obrotu na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego,

VI. art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 w zw. z art. 109 ust. 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia oferty

INERGIS S.A., w sytuacji, w której INERGIS S.A. złożył wraz z pismem z 21 lutego 2022 r. rzekomy odpis pełnomocnictwa udzielonego przez Unical AG S.p.A. spółce Unical Polska sp. z o.o. oraz A.M., podczas gdy złożony dokument nie przybrał formy pisemnej poświadczony elektronicznie, a stanowi sfabrykowany graficznie dokument tekstowy poświadczony elektronicznie, czym wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji o udzieleniu tym podmiotom umocowania do wystawienia deklaracji zgodności w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 17 lutego 2022 r. do wyjaśnienia okoliczności dotyczących przedmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 107 ust. 4 pzp, co miało charakter zamierzonego działania lub zostało dokonane z rażącym niedbalstwem, a dotyczyło spełniania warunków udziału w postępowaniu i mogło mieć istotny wpływ na decyzję Zamawiającego w postępowaniu, w którym Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp w punkcie VIII SWZ,

VII. art. 16 w zw. z art. 17 pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś wybór jako najkorzystniejszej oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu, a nadto przez nieprzejrzyste prowadzenie postępowania w zakresie badania i oceny oferty INERGIS S.A. w zakresie przedmiotowych środków dowodowych dotyczących kotłów X+LD

NANO 18R]18C - 24W24C - 32R/32C

Wskazując na powyższe zarzuty, wniósł o:

uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 4 marca 2022 r. oraz nakazanie Zamawiającemu ponownego badania i oceny ofert i w jego wyniku odrzucenia INERGIS S.A.

Odwołująca się ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyła m.in. FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. oraz INERGIS S.A. INERGIS S.A. została wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

W punkcie X. 2) SWZ Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań, złożenia deklaracji CE producenta dla ofertowanych kotłów. INERGIS S.A. jako przedmiotowy środek dowodowy w celu spełnienia zapisu SWZ dla kotłów X+LD NANO 18R/18C — 24R/24C — 32W32C dostarczył do oferty deklarację zgodności nr 1312CT6279 z dnia 12.01.2022 r. podpisaną przez Pana A.M. — Członka Zarządu firmy Unical Polska Sp. z o.o.

II.A Brak umocowania A.M. do sporządzenia deklaracji zgodności UE. Deklaracja została załączona jako przedmiotowy środek dowodowy bez upoważnienia do wydania jej przez osobę podpisaną na treści deklaracji. Załączony do pisma z dnia 21 lutego 2022 r. odpis pełnomocnictwa, jest jedynie kopią, która została poświadczona za zgodność w dniu przygotowania pisma, co nie oznacza, że pełnomocnictwo zostało udzielone przed wystawieniem deklaracji. Faktem jest bowiem to, że jedynym elementem, który świadczy o tym, kiedy dokument pełnomocnictwa został utworzony (wersja oryginalna włoska) jest data podpisu elektronicznego G.M. (2022.02.21 12:28:34 CET) oraz metadane podpisanego pliku. pdf, które prezentują się następująco: Dokument pełnomocnictwa został przygotowany w dniu 21 lutego 2022 r. w programie Microsoft Word. Dokument ten nie jest skanem podpisanego w dniu 11 stycznia 2022 r. pełnomocnictwa, a jedynie stanowi dokument tekstowy z nałożonymi dwoma elementami graficznymi, który umożliwia wyekstrahowanie go z pliku zapisanego w formacie .pdf. Dwa elementy graficzne to negatyw pieczęci firmy Oraz negatyw parafy, której autorstwo przypisywane jest Dyrektorowi Generalnemu Unical AG S.p.A. — S.F.: Tym samym nieprawdziwym jest twierdzenie, że A.M. został umocowany do wydania deklaracji CE dla oferowanych produktów Analogiczna sytuacja zachodzi w stosunku do polskiej wersji pełnomocnictwa: W przypadku, w którym Zamawiający nie żąda załączenia właściwego umocowania do wydania dokumentu przedmiotowego, ale w toku postępowania pojawi się wątpliwość co do autentyczności dokumentu, który stanowi przedmiotowy środek dowodowy, potwierdzającego zgodność oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia, na Zamawiającym spoczywa w takich okolicznościach obowiązek sprawdzenia tego faktu.

Jednocześnie wskazać należy, że przedstawienie w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie art. 107 ust. 4 pzp sfabrykowanego elektronicznie dokumentu pełnomocnictwa dla

Unical Polska oraz A.M., w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwość co do tego umocowania (o czym świadczy fakt wystosowania wezwania stanowi przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10, co winno stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy INERGIS S.A. Niewątpliwie bowiem składając podpis elektroniczny poświadczający zgodność z oryginałem dokumentu pełnomocnictwa G.M., reprezentujący INERGIS S.A. mógł z łatwością zauważyć, że poświadczany dokument nie stanowi oryginału lub jego kopii i nie zachowuje formy pisemnej pełnomocnictwa. Tymczasem w treści pisma z 21 lutego 2022 r. INERGIS S.A. jednoznacznie wskazała, że „Chcąc ostatecznie rozwiązać wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego, wykonawca INERGIS S.A. w załączeniu przedstawia kopię pisemnego pełnomocnictwa od producenta Unical AG S.p.A. dla pana A.M., podkreślając przy tym, że nie jest ani nigdy nie był obowiązany ww. pełnomocnictwo przedstawić.” Powyższe jednoznacznie potwierdza istnienie podstawy do fakultatywnego wykluczenia INERGIS S.A. z przedmiotowego postępowania.

II.B Niezgodność deklaracji z obowiązującym prawem. Niezależnie od faktu, że deklaracja zgodności załączona przez INERGIS S.A. nie została wydana przez osobę upoważnioną, przedmiotowy dokument stanowiący oś sporu nie spełnia wymagań przewidzianych obowiązującym prawem w zakresie tego jakie elementy powinna zawierać deklaracja zgodności. Zasady sporządzenia deklaracji zgodności UE(WE) określono w rozp. PE i Rady (WE) NR 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i uchylające rozp. (EWG) nr 339/93 oraz decyzji PE i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylająca decyzję Rady 93/465/EWG. Przywołane akty prawne wymagają (w art. 30 ust. 1 rozp.) dla oznakowania CE umieszczenia znaku wyłącznie przez producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela. Jak wskazano w zarzucie powyżej A.M., który umieścił oznakowanie CE na deklaracji zgodności załączonej do akt nie był upoważnionym przedstawicielem do wydania deklaracji zgodności, a zatem nie mógł także umieścić oznakowania CE na treści deklaracji. Nadto (art. 5 decyzji oraz art. R10 załącznika I do decyzji w zw. z załącznikiem III) stawiają wymogi, których deklaracja załączona przez INERGIS S.A. nie spełnia — po pierwsze nie zawiera w swojej treści wszystkich aktów wspólnotowych mających zastosowanie do produktu oraz informacji koniecznych do zidentyfikowania wspólnotowego prawodawstwa harmonizacyjnego, do którego deklaracja się odnosi oraz odniesienia do publikacji tych aktów. Nadto nie spełnia warunku posiadania wzorcowego układu określonego w zał. III. Deklaracja nie zawiera bowiem wszelkich wymaganych wspomnianym załącznikiem elementów wzorca deklaracji, które nadają jej przymiot prawidłowo wystawionego dokumentu. II.C Niespełnianie przez deklarację CE warunków przedstawionych w dyrektywie w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE Nadto, załączona przez INERGIS S.A. Deklaracja CE, złożona do oferty nie spełnia warunków przedstawionych w Dyrektywie PE i Rady 2014/53/UE z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE, w której to wskazane są dyrektywy, które powinny być opisane w treści deklaracji w przypadku montażu stacjonarnych urządzeń końcowych, których działanie oparte jest na elektronice. W przypadku wprowadzenia na rynek Unii Europejskiej urządzeń elektrycznych i elektronicznych, jakim z całą pewnością jest kocioł gazowy z elektronicznym sterowaniem, wymaga się, aby urządzenie posiadało w swojej deklaracji zgodności przedstawioną zgodność z zasadniczymi wymaganiami dyrektywy niskonapięciowej 2014/35/UE oraz dyrektywy kompatybilności elektromagnetycznej 2014/30/UE, bez których wprowadzenie towarów na rynek europejski jest nielegalne. Zgodnie z treścią art. 3 ust. 1 dyrektywy Urządzenia radiowe są konstruowane w taki sposób, aby zapewnić: a) ochronę zdrowia i bezpieczeństwa osób i zwierząt domowych oraz ochronę mienia, w tym również realizację celów odnoszących się do wymagań dotyczących bezpieczeństwa zawartych w dyrektywie 2014/35/UE, ale bez zastosowania limitu napięcia elektrycznego; b) odpowiedni poziom kompatybilności elektromagnetycznej zgodnie z dyrektywą 2014/30/UE.

Informacja o zgodności z przytoczonymi w przepisie normami nie znajduje się jednak w treści deklaracji załączonej przez INERGIS S.A. W ocenie Odwołującej się z uwagi na fakt, że kocioł gazowy z elektronicznym sterownikiem jest także sprzętem elektrycznym i elektronicznym mieści się ponadto w dyspozycji aft. 1 dyrektywy PE i Rady 2011/65/UE z 8 czerwca 2011 r. w sprawie ograniczenia stosowania niektórych niebezpiecznych substancji w sprzęcie elektrycznym i elektronicznym i deklaracja powinna odnosić się także do tej regulacji.

II.D Niemożność prawidłowego wprowadzenia urządzenia na rynek EOG. Ponieważ produkt zaoferowany przez INERGIS S.A. jest, zgodnie ze złożonymi oświadczeniami w postępowaniu (pismo z 21 lutego 2022 r. — „Jak to już jednak wskazano Zamawiającemu w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, kotły zaoferowane przez wykonawcę INERGIS S.A. w przedmiotowym postępowaniu są nowością w ofercie ich producenta i nigdy wcześniej nie były oferowane publicznie.”, produktem nowym, który nie został jeszcze

wprowadzony na rynek EOG i oznakowanie CE zostało naniesione na deklarację zgodności przez A.M. działającego za UNICAL Polska sp. z o.o. Oznakowanie CE zaś zgodnie z art. 30 ust. 4 Rozporządzenia PE i Rady NR 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 jest jedynym oznakowaniem stwierdzającym zgodność produktu z obowiązującymi wymaganiami odnośnego wspólnotowego prawodawstwa harmonizacyjnego określającego warunki takiego znakowania. Art. 5 i 6 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku wymagając zaś spełnienie wymagać z przywołanych dyrektyw ustanowionych dla oceny zgodności z systemem oznakowania CE dla wprowadzenia produktów do obrotu. Zgodnie z pkt 7. Zał Id) do OPZ Wykonawca miał obowiązek stosowania obowiązujących norm i przepisów prawa nawet jeżeli nie zostały wymienione w załączniku. To rodzi nadto obowiązek właściwego oznakowania CE na produkt. Oznacza to, że urządzenie oferowane przez Pro-Eco sp. z o.o. nie odpowiada wymogom SWZ oraz nie potwierdza, że mogłoby zostać dopuszczone do użytku na terenie EOG. Obowiązkiem Zamawiającego w takiej sytuacji było odrzucenie INERGIS S.A. jako niezgodnej z ustawą i SIWZ. W świetle podniesionych zarzutów, czynność wyboru oferty została zatem dokonana przez Zamawiającego bez właściwej kontroli przedmiotowego środka dowodowego, co sprawia, że oferta nie może zostać uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty niezgodnej z SWZ oraz nieważnej wskutek naruszenia innych przepisów. Za niezgodne z art. 16 i 17 pzp należy uznać takie zachowanie, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami pzp. Nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu czyni zadość zasadom zachowania uczciwej konkurencji i przejrzystości. Nie jest bowiem pożądaną sytuacją, w której zamówienie udzielane jest na podstawie oferty złożonej przez Wykonawcę, który wprowadza w błąd co do istotnej okoliczności dla przedmiotowego środka dowodowego lub, w którego ofercie znajdują się dostawy, których nie można zweryfikować pod kątem spełniania warunków określonych przez samego Zamawiającego. Powyższe okoliczności prowadzą do konstatacji, że Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty na podstawie wskazanych w zarzutach przepisów.

Uwzględnienie odwołania będzie skutkować tym, że w postępowaniu będzie mogła być wybrana oferta Odwołującej.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania.

Wykonawca Inergis S.A. z siedzibą w Częstochowie jako przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Wszystkie zarzuty opierają się na tym, że według Odwołującego: „Deklaracja została załączona jako przedmiotowy środek dowodowy bez upoważnienia do wydania jej przez osobę podpisaną na treści deklaracji” (cytat za str. 7 odwołania). Powyższe twierdzenie Odwołującego oceniać należy jako nieprawdziwe, tj. niezgodne z rzeczywistością.

Jest poza sporem i zostało przyznane wprost przez Odwołującego że w R. X pkt 1 ppkt 2 SWZ Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, złożenia przez Wykonawcę przedmiotowego środka dowodowego, tj. deklaracji CE producenta dla oferowanych kotłów. Zamawiający nie żądał złożenia przez wykonawców, który potwierdzałby umocowanie do wydania (podpisania) ww. przedmiotowego środka dowodowego, w szczególności pełnomocnictwa czy jego kopii.

W toku postępowania Odwołujący wystosował do Zamawiającego pismo 16 lutego 2022 r., w którym podniósł m.in., że: „Oferta firmy INERGIS S.A. powinna zostać w odrzucona z uwagi na fakt, że znak jakości CE zaoferowanych kotłów powinien zostać poświadczony pod rygorem pełnej odpowiedzialności przez osobę, która ma właściwe upoważnienie producenta

czyli Unical AG S.p.A. Sede Legale Via Roma, 123 - 46033 Castel d'Ario (MN), Italia. Obecnie stwierdza się, że Pan A.M. jako członek Zarządu Unical Polska Sp. z o. o. zgodnie z KRS tej spółki jest uprawniony do reprezentowania wyłącznie tego podmiotu, a do oferty nie dołączono poświadczenia z potwierdzeniem notarialnym, że Pan A.M. posiada właściwe uprawnienia do wydawania znaku CE w imieniu Unical AG S.p.A. Sede Legale Via Roma, 123 - 46033 Castel d'Ario (MN), Italia.” Zatem nigdy nie pojawiły się „wątpliwości co do autentyczności dokumentu, który stanowi przedmiotowy środek dowodowy, potwierdzającego zgodność oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia”. Zgłoszone przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczyły zupełnie innej kwestii, tj. tego, iż do

oferty nie dołączono poświadczenia z potwierdzeniem notarialnym, że A.M. posiada właściwe uprawnienia do wydawania znaku CE w imieniu Unical AG S.p.A. Sede Legale Via Roma, 123 - 46033 Castel d'Ario (MN), Italia. Odpowiednio do powyższego Zamawiający pismem z 17 lutego 2022 r. wezwał: „do odniesienia się do zarzutów przedstawionych w korespondencji firmy FLEXIPOWER GROUP dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, a w szczególności: 1) reprezentacji członka zarządu Unical Polska Sp. z o.o.”

W odpowiedzi Przystępujący złożył pismo z 21 lutego 2022 r. w którym wyjaśnił, że: „zgodnie z obowiązującymi przepisami m.in. deklarację zgodności może sporządzić nie tylko sam producent, ale również jego upoważniony przedstawiciel. Wykonawca INERGIS S.A. wyjaśnia, że pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem producenta zaoferowanych kotłów gazowych, tj. firmy Unical AG S.p.A. i posiada pisemne pełnomocnictwo od producenta do działania w jego imieniu w odniesieniu do określonych zadań, w szczególności do sporządzania pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu. Tym samym A.M. był uprawniony do sporządzenia deklaracji zgodności, której kopię wykonawca INERGIS S.A. złożył jako przedmiotowy środek dowody. Co do twierdzeń firmy FLEXIPOWER GROUP o rzekomej konieczności dołączenia do oferty poświadczenia z potwierdzeniem notarialnym, że A.M. posiada właściwe uprawnienia do wydawania znaku CE w imieniu Unical AG S.p.A., to twierdzenia te nie mają oparcia w postanowieniach SWZ, ani w przepisach prawa. Zamawiający w SWZ wymagał złożenia tylko i wyłącznie deklaracji CE producenta dla oferowanych kotłów, nie wymagał natomiast złożenia wraz z ww. deklaracją pełnomocnictwa dla upoważnionego przedstawiciela producenta, który podpisał ww. deklarację. W szczególności nie wymagał poświadczenia z potwierdzeniem notarialnym, o którym pisze w swoim piśmie FLEXIPOWER GROUP. Zamawiający w ogóle nie wymagał złożenia jakiegokolwiek dokumentu umocowania osoby, która podpisała ww. deklarację w imieniu producenta, w szczególności odpisu z właściwego rejestru, uchwały właściwego organu czy pełnomocnictwa w jakiegokolwiek formie. Obowiązek przedstawienia pełnomocnictwa dla przedstawiciela producenta, który podpisał deklarację CE dla oferowanych kotłów, nie wynika również z obowiązujących przepisów.

Przystępujący podtrzymuje swoje wyjaśnienia i potwierdza, że pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem producenta oferowanych kotłów gazowych i posiada pisemne pełnomocnictwo producenta do działania w szczególności do sporządzania pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu. Tym samym był w pełni uprawniony do sporządzenia deklaracji zgodności, której kopię Przystępujący złożył jako przedmiotowy środek dowody. W celu rozwiania wszelkich ewentualnych wątpliwości w tym zakresie Przystępujący przedstawił na rozprawie przed Izbą oryginał ww. pisemnego pełnomocnictwa od producenta. Rozstrzygające jest to, że pan A.M. legitymuje się wymaganym w przepisach pisemnym pełnomocnictwem oraz że pełnomocnictwo takie zostało mu udzielone 11 stycznia 2022 r., a zatem przed podpisaniem przez niego deklaracji zgodności dla oferowanych kotłów, co nastąpiło 12 stycznia 2022 r. W momencie podpisywania deklaracji zgodności był zatem uprawniony do reprezentowania producenta i sporządzania w jego imieniu pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu.

Faktycznie w złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał, że: „w załączeniu przedstawia kopię pisemnego pełnomocnictwa od producenta Unical AG S.p.A. dla pana A.M.” oraz załączył do wyjaśnień pliki PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022”, kwestionowane przez Odwołującego. Abstrahując tutaj od tego, czy zastrzeżenia formułowane wobec ww. plików przed Odwołującego są zasadne czy nie, podkreślić trzeba, że już w złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach Przystępujący zastrzegł, iż: „nie jest ani nigdy nie był obowiązany ww. pełnomocnictwo przedstawić”. Zamawiający nie sformułował żadnego żądania w tym zakresie również w swoim wezwaniu z dnia 17 lutego 2022 r. Zamawiający wezwał tam Przystępującego wyłącznie do: „odniesienia się do zarzutów przedstawionych w załączonej do niniejszego pisma korespondencji firmy FLEXIPOWER GROUP dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych, a w szczególności reprezentacji członka zarządu Unical Polska Sp. z o.o. Zamawiający nie wymagał aby swoje wyjaśnienia Przystępujący poparł przedstawiając jakikolwiek dokument, w szczególności kopię pisemnego pełnomocnictwa od producenta Unical AG S.p.A. dla pana A.M.. Przystępujący równie dobrze mógłby załączyć do wyjaśnień plików PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022” nie przedstawić a Zamawiający nie mógłby z tego powodu wyciągnąć jakiegokolwiek negatywnych konsekwencji wobec Przystępującego - skoro ich przedstawienia nigdy nie żądał. Zatem czy Przystępujący przedstawiłby Zamawiającemu ww. pliki czy nie, decyzja Zamawiającego byłaby taka sama i opierałaby się wyłącznie na złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach, zgodnie z którymi pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem producenta zaoferowanych kotłów gazowych i posiada

pisemne pełnomocnictwo od producenta do działania w jego imieniu w odniesieniu do określonych zadań, w szczególności do sporządzania pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu.

Już zatem tylko z powyższych względów twierdzenia Odwołującego jakoby: „przedstawienie

w odpowiedzi na wezwanie skierowana na podstawie art. 107 ust. 4 pzp sfabrykowanego elektronicznie dokumentu pełnomocnictwa dla Unical Polska oraz A.M., w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwość co do tego umocowania (o czym świadczy fakt wystosowania wezwania stanowi przedstawienie informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10, co winno stanowić podstawę wykluczenia wykonawcy INERGIS S.A.”, oceniać należy jako chybione, bezpodstawne i niezasługujące na uwzględnienie. W rzeczywistości z treści wezwania wystosowanego przez Zamawiającego nie wynikają jakiegokolwiek wątpliwości co do umocowania pana A.M., w szczególności Zamawiający nie wskazał, że podziela zarzuty przedstawione w piśmie Odwołującego z 16 lutego 2022 r. Zarzut przedstawienia informacji wprowadzającej w błąd można by ewentualnie postawić, gdyby pan A.M. nie był upoważnionym przedstawicielem producenta zaoferowanych kotłów i nie posiadał pełnomocnictwa od producenta do działania. Wszelkie ewentualne wątpliwości przecina oryginał pisemnego pełnomocnictwa dla pana A.M. od producenta.

Zamawiający nie podjął i nie mógł podjąć jakichkolwiek decyzji na podstawie przedstawionych przez Przystępującego plików PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022”, skoro nigdy i nigdzie nie wymagał złożenia pełnomocnictwa (czy jego kopii) od producenta. Zamawiający wymagał złożenia tylko i wyłącznie deklaracji CE producenta dla ofertowanych kotłów i taki dokument został złożony z ofertą. Przedstawiona przez Przystępującego kopia deklaracji CE producenta dla ofertowanych kotłów jest zgodna z prawdą, tj. nie zawiera żadnych nieprawdziwych informacji, nie została sfalszowana, przerobiona czy podrobiona, została też podpisana przez osobę do tego uprawnioną, tj. pana A.M., który legitymuje się i legitymował się w momencie podpisywania ww. deklaracji odpowiednim pisemnym pełnomocnictwem od producenta Unical AG S.p.A. Przedstawienie przez Przystępującego plików PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022” nie miało zatem i nie mogło mieć nawet hipotetycznego wpływu na jakiegokolwiek decyzje Zamawiającego. Rozstrzygające było to, że w wyjaśnieniach Przystępujący wskazał Zamawiającemu, że pan A.M. był w pełni uprawniony do sporządzenia deklaracji zgodności, której kopię złożył Zamawiającemu jako przedmiotowy środek dowodu, i tym samym odniósł się do zarzutów przedstawionych w piśmie Odwołującego z 16 lutego 2022 r., zgodnie z treścią otrzymanego od Zamawiającego wezwania.

W żadnym punkcie odwołania Odwołujący nie zarzucił Przystępującemu złożenia informacji wprowadzającej w błąd Zamawiającego w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy p.z.p. w treści złożonych wyjaśnień. Wprowadzenia w błąd Odwołujący upatruje wyłącznie w przedstawieniu przez Przystępującego wraz z pismem z 21 lutego 2022 r. odpisu rzekomego pełnomocnictwa udzielonego przez Unical AG S.p.A. spółce Unical Polska sp. z o.o. oraz panu A.M., co jak wykazano było działaniem nadmiarowym, niewymaganym i niemającym wpływu na decyzje Zamawiającego. Odwołujący w żaden sposób nie kwestionuje prawdziwości treści złożonych wyjaśnień, a jedynie prawdziwość załączonych do tych wyjaśnień niewymaganych, dodatkowych plików, których Przystępujący równie dobrze mógł nie złożyć. Także z tego względu ww. zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Dodatkowo wskazać należy, że w świetle okoliczności przedstawionych w odwołaniu nie ma nawet teoretycznej możliwości wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy p.z.p. Zgodnie bowiem z tym artykułem z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć 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 kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Zatem, aby choćby teoretycznie rozważyć wykluczenie na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8 ustawy p.z.p., Odwołujący musiałby podnieść w odwołaniu, że Przystępujący wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących ww. kwestii. Tymczasem przedstawione przez Przystępującego informacje, tj. deklaracja zgodności UE, wyjaśnienia z 21 lutego 2022 r. oraz załączone do wyjaśnień pliki PDF nie mają żadnego związku z ww. kwestiami. Złożona przez Przystępującego deklaracja zgodności UE to przedmiotowy środek dowodowy, żądany w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Konsekwentnie wyjaśnienia z 21 lutego 2022 r. oraz załączone do tych wyjaśnień pliki PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022” dotyczyły ww. środka dowodowego. Tym samym nie dotyczyły one w żadnym stopniu tego, czy Przystępujący podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału lub kryteria selekcji. Zatem nie ma podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt. 8 i 10 ustawy p.z.p. Z orzecznictwa KIO wynika że dla zastosowania przepisu muszą zostać kumulatywnie spełnione przesłanki przedstawienia informacji niezgodnej z rzeczywistością, która przynajmniej potencjalnie mogła wprowadzić zamawiającego w błąd, co jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, a informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Przystępujący podkreśla, że przedstawione przez niego informacje dotyczące umocowania pana A.M. do sporządzenia deklaracji zgodności, której kopię złożył Zamawiającemu były i są prawdziwe. Nie ma wątpliwości, że pan A.M. legitymował się w momencie podpisywania ww. deklaracji odpowiednim pisemnym pełnomocnictwem od producenta Unical AG S.p.A., zatem już podstawowy warunek z art. 109 ust. 1 pkt. 10 pzp nie jest spełniony.

Przystępujący wskazuje i podkreśla, że w sprawie przesłanka skutku nie jest spełniona, gdyż gdyby nie przedstawił Zamawiającemu plików, to Zamawiający nie mógłby z tego powodu wyciągnąć jakichkolwiek negatywnych konsekwencji - skoro ich przedstawienia nigdy nie żądał. Zatem decyzja Zamawiającego byłaby taka sama i opierałaby się wyłącznie na złożonych przez Przystępującego wyjaśnieniach, zgodnie z którymi pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem producenta zaoferowanych kotłów gazowych i posiada pisemne pełnomocnictwo od producenta do działania w jego imieniu w odniesieniu do określonych zadań, w szczególności do sporządzania pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu. Zatem w niniejszej sprawie nie sposób mówić o jakimkolwiek wpływie, a tym bardziej o istotnym wpływie, informacji (rzekomo) wprowadzającej w błąd na decyzję Zamawiającego w postępowaniu, bowiem Zamawiający bez przekazania tej informacji (tj. plików PDF) nie podjąłby innej decyzji niż na podstawie informacji podanych mu przez Przystępującego w treści wyjaśnień z 21 lutego 2022 r.

Podsumowując, nie ma najmniejszych wątpliwości, że przesłanka istotnego wpływu informacji (rzekomo) wprowadzającej w błąd na decyzję Zamawiającego w postępowaniu nie zachodzi. Przedstawienie Zamawiającemu plików PDF „D. M. 11.01.2022_IT” oraz „D. M. PL 11.01.2022” było całkowicie irrelevantne dla oceny prawidłowości złożonej deklaracji CE producenta dla ofertowanych kotłów.

Odwołujący zarzucił również, że: „Niewątpliwie bowiem składając podpis elektroniczny poświadczający zgodność z oryginałem dokumentu pełnomocnictwa G.M., reprezentujący INERGIS S.A. mógł z łatwością zauważyć, że poświadczany dokument nie stanowi oryginału lub jego kopii i nie zachowuje formy pisemnej pełnomocnictwa. Tymczasem w treści pisma z dnia 21 lutego 2022 r. INERGIS S.A. jednoznacznie wskazała, że Chcąc ostatecznie rozwiązać wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego, wykonawca INERGIS S.A. w załączeniu przedstawia kopię pisemnego pełnomocnictwa od producenta Unical AG S.p.A. dla pana A.M., podkreślając przy tym, że nie jest ani nigdy nie był obowiązany ww. pełnomocnictwo przedstawić. Powyższe jednoznacznie potwierdza istnienie podstawy do fakultatywnego wykluczenia INERGIS S.A. z przedmiotowego postępowania.”

Wbrew wywodom Odwołującego pan M. wcale nie mógł zauważyć, a już zwłaszcza zauważyć z łatwością, że pliki, opatrzone przez niego podpisem kwalifikowanym, nie stanowią kopii pełnomocnictwa dla pana A.M.. Pan G.M. nie jest biegłym grafologiem, nie jest też informatykiem i nie ma wiedzy ani umiejętności, aby badać i oceniać sposób powstania kopii ww. pełnomocnictwa; działał w zaufaniu do Unical Polska sp. z o.o. i pana A.M., od którego otrzymał pliki przesłane następnie Zamawiającemu wraz z zapewnieniem, że zawierają one skan (kopię) pełnomocnictwa dla pana A.M..

Z ostrożności Przystępujący wskazuje, że jeśli by nawet przyjąć, iż przesłane Zamawiającemu pliki nie stanowią skanu (kopii) pełnomocnictwa dla pana A.M. (z czym Przystępujący się nie zgadza), to w żadnym wypadku nie oznacza to jeszcze, że Przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pan G.M. miał usprawiedliwione podstawy do tego aby uznać, że pliki przesłane mu przez pana A.M. zawierają skan (kopię) pełnomocnictwa udzielonego przez producenta. Powyższe wynikało nie tylko z zapewnień pana A.M., ale również z tego, że Unical Polska sp. z o.o. jest spółką - córką producenta zaoferowanych kotłów, tj. Unical AG S.p.A., a producent posiada całość udziałów w Unical Polska sp. z o.o. Spółki są ściśle powiązane ze sobą i stanowią jeden organizm gospodarczy. Ponadto Przystępujący otrzymał wcześniej od pana A.M. szereg innych dokumentów dotyczących zaoferowanych kotłów, których prawdziwość nie jest kwestionowana, m.in. kartę katalogową, etykietę efektywności energetycznej oraz certyfikat jednostki certyfikującej CERTIGAZ SAS, na podstawie którego została sporządzona deklaracja zgodności UE. Pan G.M. nie miał zatem żadnych podstaw do tego, aby nawet przypuszczać, że przesłane mu pliki nie stanowią skanu (kopii) pełnomocnictwa dla pana A.M., abstrahując od tego, że w żaden sposób nie mógł tego samodzielnie stwierdzić. Zatem ani panu G.M., ani Przystępującemu nie sposób postawić zarzutu lekkomyślności lub niedbalstwa czy tym bardziej zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa, a ich postępowanie było w pełni usprawiedliwione okolicznościami sprawy. Żadna z postaci winy nie cechuje zachowania pana G.M. i tym samym Przystępującego przy przedstawianiu Zamawiającemu ww. plików PDF.

Odnosnie zarzutów odwołania dotyczących niezgodności deklaracji z obowiązującym prawem, niespełnianiu przez deklarację CE warunków przedstawionych w dyrektywie w

sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE oraz rzekomej niemożność prawidłowego wprowadzenia urządzenia na rynek EOG przystępujący wskazał, co następuje.

Zarzuty oraz argumentacja na ich poparcie stanowią powielenie tez sformułowanych w jego piśmie z 25 lutego 2022 r., skierowanym do Zamawiającego przed wyborem oferty. Zamawiający, po otrzymaniu ww. pisma, wezwał Przystępującego do odniesienia się do zarzutów poniesionych przez Odwołującego w zakresie spełnienia przez zaoferowane kotły gazowe wymaganych dyrektyw i norm dla tego typu kotłów gazowych. Przystępujący, odpowiadając na powyższe w piśmie z 02 marca 2022 r. obszernie odniósł się do zarzutów podniesionych powielonych następnie w odwołaniu. Przystępujący podtrzymuje stanowisko z tego pisma.

Przystępujący wskazuje, że niezwłocznie po otrzymaniu wezwania z 28.02.2022r. przekazał załączone do wezwania pismo Odwołującego do upoważnionego przedstawiciela producenta Unical AG S.p.A., tj. do pana A.M., członka Zarządu Unical Polska Sp. z o.o. Następnie w załączeniu do wyjaśnień przekazał Zamawiającemu pismo od pana A.M., w którym odniósł się on obszernie i wyczerpująco do wywodów Odwołującego.

Jak wskazano w ww. piśmie przepisy dotyczące wprowadzania do obrotu i oddawania do użytku urządzeń spalających paliwa gazowe (takimi są oferowane kotły gazowe) ustanawia Rozporządzenie PE i Rady (UE) 2016/426 z 9 marca 2016 r. w sprawie urządzeń spalających paliwa gazowe oraz uchylenia dyrektywy 2009/142/WE. Wszystkie wymagania, które powinny być spełnione przez kotły gazowe, określone są wyłącznie w ww. Rozporządzeniu oraz dyrektywie PE i Rady 2009/125/WE, chyba że istnieją bardziej rygorystyczne przepisy, dotyczące jednak wyłącznie efektywności energetycznej. Nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, iż spełnienie wymagań rozporządzenia jest niewystarczające w przypadku korzystania z elektroniki sterującej. W rozdziale 1, Art.1, pkt.1 Rozporządzenia znajduje się zapis: „Niniejsze rozporządzenie stosuje się do urządzeń i

osprzętu.” Z kolei w Art.2 określającym definicje na potrzeby rozporządzenia znajdują się

zapisy: pkt.1 - „urządzenia” oznaczają urządzenia spalające paliwa gazowe używane do gotowania, chłodzenia, klimatyzacji, ogrzewania pomieszczeń, wytwarzania gorącej wody, oświetlenia lub prania, jak również palniki z wymuszonym ciągiem oraz urządzenia grzewcze, które mają być wyposażone w takie palniki;”, pkt.2 - „osprzęt” oznacza urządzenia zabezpieczające, urządzenia sterujące lub urządzenia regulacyjne i złożone z nich podzespoły, zaprojektowane w celu dołączenia ich do urządzenia lub montażu w celu utworzenia urządzenia. Powyższe zapisy oznaczają, że urządzenia należy traktować całościowo, uwzględniając również przewidziany w ich konstrukcji osprzęt, w tym elektroniczny osprzęt sterujący. Ponadto, w Zał I do rozporządzenia, określającym zasadnicze wymagania, w pkt.3.1.7: - „Urządzenia muszą być zaprojektowane i skonstruowane w taki sposób, aby zapobiec jakiegokolwiek ryzyku związanemu z gazami, spowodowanemu zagrożeniami mającymi swoje źródło w elektryczności. Rezultaty oceny zgodności w kontekście wymagań bezpieczeństwa określonych w dyrektywie PE i Rady 2014/53/UE lub cele dotyczące bezpieczeństwa określone w dyrektywie PE i Rady 2014/35/UE muszą być uwzględnione w odpowiednim zakresie.” oraz pkt.3.1.8 - „Urządzenia muszą być zaprojektowane i skonstruowane w taki sposób, aby zapobiec jakiegokolwiek ryzyku związanemu z gazami, spowodowanemu zagrożeniami mającymi swoje źródło w zjawiskach elektromagnetycznych. Rezultaty oceny zgodności w kontekście wymagań dotyczących kompatybilności elektromagnetycznej, określonych w dyrektywie 2014/53/UE lub dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/30/UE, muszą być uwzględnione w odpowiednim zakresie.” Wynika z tego, iż spełnienie wymagań Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/426 oznacza automatyczne spełnienie wymagań określonych w Dyrektywach, wymienionych w piśmie Odwołującego oraz w odwołaniu.

Obowiązujące przepisy wymagają, aby ocena zgodności urządzeń spalających paliwa gazowe (czyli kotłów gazowych) była wykonana przez notyfikowaną, niezależną jednostkę oceniającą. Powyższe oznacza, iż decyzja o spełnieniu wymagań przez urządzenia, a nawet ocena spełnienia tych wymagań, nie należy do producenta tych urządzeń (czyli UNICAL AG S.p.A), ani innych podmiotów będących uczestnikami rynku (czyli Odwołującego), ale do niezależnej jednostki certyfikującej, która potwierdza zgodność poprzez wydanie stosownego certyfikatu. W przypadku zaoferowanych kotłów gazowych tą jednostką jest CERTIGAZ SAS. Wystawiony przez CERIGAZ SAS certyfikat nr 1312CT6279 (rev.5) potwierdza zgodność kotłów X+ LD z Rozporządzeniem PE i Rady (UE) 2016/426 oraz dyrektywą PE i Rady 2009/125/WE, czyli wszystkimi wymaganiami, niezbędnymi do wprowadzenia do obrotu i oddawania do użytku kotłów gazowych. Wskazano, że Unical Polska Sp. z o.o., biorąc pod uwagę wymienione wyżej zapisy rozporządzenia, nie widzi potrzeby odwoływania się w Deklaracji Zgodności do przepisów i norm, które nie były przywołane w treści certyfikatu nr

Przystępujący wskazuje i podkreśla, że zgodnie z art. 15 ust. 2 Rozporządzenia PE i Rady (UE) 2016/426 deklaracja zgodności UE posiada wzorcowy układ określony w załączniku V i zawiera elementy wyszczególnione w odpowiednich modułach określonych w załączniku III. Przedstawiona przez Przystępującego kopia deklaracji CE producenta dla oferowanych kotłów spełnia wszystkie powyższe wymagania. Jest przy tym charakterystyczne, że w swoim odwołaniu Odwołujący skrętnie pomija powyższą, kluczową przecież, okoliczność. Wywody Odwołującego są zatem pozbawione jakichkolwiek podstaw i wręcz sprzeczne z tym, co faktycznie wynika z obowiązujących w tym zakresie przepisów.

Niezależnie od powyższego Przystępujący wskazuje i podkreśla, że kompletnie niezrozumiałe jest odwoływanie się przez Odwołującego do postanowień Dyrektywy PEO i Rady z 16 kwietnia 2014r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającej dyrektywę 1999/5/WE, czyli Dyrektywy 2014/53/UE. Z samej nazwy Dyrektywy wynika, że dotyczy urządzeń radiowych.

Zaoferowane przez Przystępującego kotły gazowe nie spełniają definicji urządzenia radiowego i nie sposób ich uznać za takie w rozumieniu Dyrektywy 2014/53/UE, zatem Dyrektywa nie ma w ogóle zastosowania do zaoferowanych przez Przystępującego kotłów gazowych.

W w motywie 4 Dyrektywy 2014/53/UE wskazano, że: „Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zatem zastosowania do stacjonarnych urządzeń końcowych”; Odwołujący nie wyjaśnił, gdzie konkretnie w Dyrektywie „wskazane są dyrektywy, które powinny być opisane w treści deklaracji w przypadku montażu stacjonarnych urządzeń końcowych, których działanie oparte jest na elektronice”. Wywody Odwołującego są pozbawione podstaw. Podsumowując, wywód Odwołującego opiera się na tym, co rzekomo wynika z postanowień Dyrektywy 2014/53/UE., która w ogóle nie ma zastosowania do zaoferowanych kotłów gazowych.

Jako chybione oceniać należy zarzuty dotyczące rzekomego naruszenia decyzji PE i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG, w szczególności naruszenia art. R10 zał nr II do ww. decyzji, zał III do ww. decyzji czy art. 5 w zw. z art. R10 zał I w zw. z zał III) ww. decyzji. Decyzja nie jest aktem prawnym stosowanym bezpośrednio w Państwach Członkowskich UE. Nie generuje ona skutków prawnych dla przedsiębiorców. Jej przepisy muszą być dopiero wprowadzone do obowiązującego prawa. Jak podkreślono w oficjalnej publikacji Komisji Europejskiej, zatytułowanej: „Niebieski przewodnik - wdrażanie unijnych przepisów dotyczących produktów 2016(2016/C 272/01)”, opublikowanej w DUUE z 26 lipca 2016, nr C 272, dostępnej m.in. tutaj: [https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/?uri=CELEX:52016XC0726\(02\);1.2.2.2](https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PL/TXT/?uri=CELEX:52016XC0726(02);1.2.2.2). Decyzja nr 768/2008/WE Decyzja nr 768/2008/WE to tzw. decyzja sui generis, co oznacza, że nie ma adresatów i dlatego nie stosuje się ani pośrednio, ani bezpośrednio; stanowi polityczne zobowiązanie ze strony trzech instytucji UE: Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji. Aby takie przepisy znalazły zastosowanie w prawie unijnym, musi pojawić się wyraźne odwołanie do nich w przyszłym prawodawstwie. Wspomniane instytucje w rzeczywistości zobowiązały się jak najczęściej stosować zapisy tej decyzji i odwoływać się do nich podczas tworzenia prawodawstwa dotyczącego produktów. Dlatego też odpowiednie przyszłe projekty należy zbadać w świetle omawianej decyzji, a odstępstwa od jej treści należy uzasadnić.”

Nie jest po prostu możliwe naruszenie ww. decyzji przez producenta zaoferowanych kotłów, przez Przystępującego czy inny podmiot niż trzy ww. instytucje UE, gdyż decyzja wyłącznie je wiąże. Nie jest możliwe, aby przedstawiona deklaracja zgodności była niezgodna z jakimikolwiek przepisami ww. decyzji, skoro przepisy te nie rodzą żadnych obowiązków dla przedsiębiorców i stanowią jedynie polityczne zobowiązanie.

Przystępujący neguje też wywody Odwołującego dotyczące rzekomej niemożności prawidłowego wprowadzenia urządzenia na rynek EOG uznając je za (pkt II.D, str. 12 - 13 odwołania) niezrozumiałe, i odniesione do się do urządzeń oferowanych przez Pro-Eco sp. z o.o., a nie przez Przystępującego. W szczególności oferowane przez Przystępującego produkty (kotły gazowe) posiadają właściwie nadane oznakowanie CE. Za niezgodne z prawdą uznaje też twierdzenie Odwołującego jakoby: „Art. 5 i 6 ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku wymagając zaś spełnienie wymagać (miało chyba być: spełnienia wymagań - przyp. Przystępującego) z przywołanych dyrektyw ustanowionych dla oceny zgodności z systemem oznakowania CE dla wprowadzenia produktów do obrotu.

Z przepisów nie wynika, że oferowane przez Przystępującego kotły gazowe podlegają przepisom dyrektyw wskazanych w odwołaniu i muszą spełniać wymagania w nich określone. Odwołujący, powołując się na ww. artykuły, dopuszcza się nadużycia.

Z ostrożności procesowej, wyłącznie na wypadek gdyby Izba uznała, że zasługują na uwzględnienie zarzuty odwołania opierające się na rzekomej niezgodności deklaracji z obowiązującym prawem, niespełnianiu przez deklarację CE warunków przedstawionych w dyrektywie w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającą dyrektywę 1999/5/WE oraz rzekomej niemożność prawidłowego wprowadzenia urządzenia na rynek EOG, Przystępujący wskazuje, że dotychczas nigdy nie został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia deklaracji CE. Zamawiający natomiast, wskazał w SWZ, że: „Jeżeli Wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych lub złożone są niekompletne, wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.” Tym samym Przystępujący ma wciąż możliwość uzupełnienia deklaracji CE.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 17 pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która podlegała odrzuceniu, zarzut ten ma charakter niesamoistny i jest ściśle powiązany z pozostałymi, wcześniejszymi zarzutami. Ponieważ powyżej wykazano brak podstaw do odrzucenia oferty, również ten zarzut naruszenia nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający zasadnie uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej Przystępujący podkreśla, że w odwołaniu brak jest wskazania jakichkolwiek okoliczności, które miałyby świadczyć o nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów. Odwołujący ograniczył się wyłącznie do przytoczenia ww. przepisów ustawy. Podkreślić trzeba, że w odwołaniu Odwołujący nie wskazał żadnych okoliczności faktycznych, które miałyby świadczyć o naruszeniu przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp. W szczególności Odwołujący nie wskazał z jakich odrębnych przepisów miałyby wynikać nieważność oferty. Tym samym uznać należy, że Odwołujący w ogóle nie sformułował zarzutu w tym zakresie.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący przypomniał zawarte w odwołaniu tj. jeden dot. złożonego przez Przystępującego dokumentu pn. deklaracja zgodności podpisanego przez pana A.M. i drugi odnoszący się do merytorycznej treści dokumentów w kontekście obowiązującego prawa. Ad.1 Wskazał na legalną definicję deklaracji zgodności. Zauważył, że dokument złożony na wezwanie Zamawiającego został sporządzony i złożony, jako przedmiotowy środek dowodowy, podpisany bez upoważnienia i w ocenie Odwołującego sporządzony na potrzeby

postępowania. Wskazał na przebieg czynności wyjaśniających. Złożył opinię z 28.03.2022r. dotyczącą sposobu sporządzenia dokumentów.

Ad. 2 Podtrzymał stanowisko i złożył do akt: opinię w sprawie deklaracji zgodności złożonej przez Przystępującego w sprawie, wykaz przykładowych produktów z deklaracją zgodności, uzupełnienie pisemne własnego stanowiska.

Zamawiający stwierdził, że nie miał obowiązku ustalać i potwierdzać umocowania osoby do wydawania znaku CE. Właściwości kwestionowanego dokumenty pełnomocnictwa nie oznaczają jego błędnego sporządzenia czy sfałszowania w sposób nieprawidłowy. Za wystarczające uznał stosowne oświadczenie producenta. Stwierdził, że nie został wprowadzony w błąd przez Przystępującego składającego dokumenty.

Odnosnie samej deklaracji zgodności podzielił w całości stanowisko Przystępującego przedstawione w otrzymanych wyjaśnieniach i piśmie procesowym z 30.03. 2022r., a w szczególności piśmie z 1.03.2022 r. Wskazał na złożony przez Odwołującego wykaz produktów i przedstawiony na stronie ostatniej Vitoden 100-W, gdzie w opisie zastosowanych

norm wskazano w pozycji od 5 do końca odmienne normy od deklaracji zgodności przedstawionej przez Odwołującego dla takiego samego produktu, tj. Vitoden 100-W, w ofercie. Wskazał także, że 100% właścicielem kapitału firmy UNCAL Polska jest włoska spółka UNICAL AG S.p.A.

Przystępujący złożył do akt oryginał pełnomocnictwa z 16.01.2022r. oraz wypis z włoskiego rejestru handlowego spółki. Podkreślił, iż nie było obowiązku składania Zamawiającemu odrębnego pełnomocnictwa. Potwierdził, że pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem

producenta i złożony dokument od producenta nie budzi wątpliwości.

W sprawie treści deklaracji zgodności podtrzymał stanowisko przedstawione w piśmie. Podkreślił obowiązywanie stosownego rozporządzenia wprost i stosowanie w całej rozciągłości w sprawie. Podał w wątpliwość walor dowodowy złożonych przez Odwołującego dokumentów. Wskazał na opinię z 21.03.2022r. jako opartą na informacjach z Internetu, gdzie np. w punkcie 7 opisano błędy ocenianej deklaracji, co wykracza poza zakres zarzutów odwołania. W konsekwencji złożoną deklarację uznał za kompletną i wystarczającą do potwierdzenia wymogów stawianych przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania przedstawione w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy,

stwierdziła, iż odwołania w zakresie podtrzymanych przez odwołujących zarzutów, nie zasługują na uwzględnienie.

Wobec braku zastrzeżeń co do spełnienia wymogów formalnych odwołania, zostało ono rozpatrzone merytorycznie.

W pierwszej kolejności stwierdzono, że spełniona została przez odwołującego materialnoprawna przesłanka do wniesienia odwołania. Podmiot ten z pewnością legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a wybór jako najkorzystniejszej oferty, która została złożona przez konkurującego z nimi wykonawcę (tu przystępującego) pozbawia odwołującego oczekiwanego kontraktu i wynikających z jego realizacji spodziewanych profitów.

Odnosnie zarzutów odwołania opierających się na braku umocowania pana A.M. do sporządzenia pisemnej deklaracji zgodności CE, tj. zarzutów naruszenia art. 239 w zw. z art.

226 ust. 1 pkt 2, 4 ustawy pzp przez dokonanie wyboru oferty INERGIS S.A. jako najkorzystniejszej w sytuacji, w której oferta ta winna podlegać odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu z postępowania, została złożona przez wykonawcę,

który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń; a także naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2c pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której wymagana przez Zamawiającego w SWZ deklaracja CE producenta dla oferowanych kotłów nie jest deklaracją wystawioną przez producenta lub jej upoważnionego przedstawiciela, a nadto naruszenia art. 226 pkt. ust. 1 pkt 2c w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp w zw. z art. 30 ust. 1 rozporządzenia PE i Rady (WE) NR 765/2008 z 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93 przez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której wymagana przez Zamawiającego w deklaracji CE producenta dla oferowanych kotłów zawiera oznakowanie CE umieszczone nań przez inną osobę niż producent lub upoważniony przedstawiciel, a zatem nie spełnia wymogów przedstawiony w zał III do decyzji PE i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG, wprowadzającej wzorec deklaracji zgodności dla

produktów oferowanych na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (zarzut nr III. w odwołaniu),
a także

naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 4 p.z.p. art. 5 i 6

ustawy o systemach oceny zgodności i nadzoru rynku w zw. z art. 30 ust. 4 Rozporządzenia PE i Rady NR 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającego rozporządzenie (EWG) nr 339/93 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty INERGIS S.A. w sytuacji, w której w ofercie tej Wykonawca deklaruje realizację zamówienia z użyciem urządzeń X+LD NANO 18R/18C - 24R/24C - 32R/32C , które nie zostały

prawidłowo poddane ocenie zgodności i których zgodność nie została zadeklarowana przez osobę do tego upoważnioną, co uniemożliwia ich wprowadzenie do obrotu na terenie Europejskiego Obszaru Gospodarczego (zarzut nr V. w odwołaniu) oraz naruszenia art. 109

ust. 1 pkt. 8 i 10 w zw. z art. 109 ust. 2 pzp przez zaniechanie wykluczenia (odrzućenia - przyp. KIO) oferty INERGIS S.A., w sytuacji, w której INERGIS S.A. złożył wraz z pismem z 21 lutego 2022 r. rzekomy odpis pełnomocnictwa udzielonego przez Unical AG S.p.A. spółce Unical Polska sp. z o.o. oraz A.M., podczas gdy złożony dokument nie przybrał formy pisemnej poświadczony elektronicznie, a stanowi sfabrykowany graficznie dokument tekstowy poświadczony elektronicznie, czym wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie informacji o udzieleniu tym podmiotom umocowania do wystawienia deklaracji zgodności na wezwanie Zamawiającego z 17 lutego 2022 r. do wyjaśnienia okoliczności dotyczących przedmiotowych

środków dowodowych, co miało charakter zamierzonego działania lub zostało dokonane z rażącym niedbalstwem, a dotyczyło spełniania warunków udziału w postępowaniu i mogło mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, w którym Zamawiający przewidział przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 p.z.p. w punkcie VIII SWZ

- skład orzekający stwierdza, że zarzuty zarówno co do umocowania osoby

potwierdzającej z upoważnienia producenta, jak i dotyczące poprawności treści deklaracji zgodności CE oferowanych przez przystępującego kotłów gazowych, są niezasadne.

Jest poza sporem że Zamawiający wymagał, w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań, złożenia przez oferenta przedmiotowego środka dowodowego w postaci deklaracji CE producenta dla oferowanych kotłów. W wyniku przedstawionych przez odwołującego wątpliwości przekazanych zamawiającemu w piśmie z 16 lutego 2022 r., w którym sugerowano odrzucenie oferty z uwagi na fakt, że znak jakości CE zaoferowanych kotłów powinien zostać poświadczony pod rygorem pełnej odpowiedzialności przez osobę, która ma właściwe upoważnienie producenta czyli Unical AG S.p.A. Sede Legale Via Roma, 123 - 46033 Castel d'Ario (MN), Italia. Pomimo braku obowiązku co do ustalania poprawności umocowania osoby nadającej w imieniu producenta znak CE zamawiający przeprowadził w tym zakresie czynności wyjaśniające zwracając się do wykonawcy (obecnego przystępującego.) Otrzymał wyjaśnienie, że Pan A.M. jako członek Zarządu Unical Polska Sp. z o. o. jest uprawniony do reprezentowania tego podmiotu, a nigdy nie pojawiły się „wątpliwości co do autentyczności dokumentu, który stanowi przedmiotowy środek dowodowy, potwierdzającego zgodność oferowanych dostaw z opisem przedmiotu zamówienia”. Zgłoszone przez Odwołującego zastrzeżenia dotyczyły odmiennej kwestii, tj. tego, iż do oferty nie dołączono poświadczenia, że A.M. posiada właściwe uprawnienia do wydawania znaku CE w imieniu Unical AG S.p.A. (producenta.).

Wykonawca INERGIS S.A. wyjaśnił, że pan A.M. jest upoważnionym przedstawicielem producenta i posiada pisemne pełnomocnictwo od producenta do działania w jego imieniu w odniesieniu do określonych zadań, w szczególności do sporządzania pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu. Tym samym był uprawniony do sporządzenia deklaracji zgodności, której kopię wykonawca INERGIS S.A. złożył jako przedmiotowy środek dowodu. Co do twierdzeń o konieczności dołączenia do oferty poświadczenia o uprawnieniach do wydawania znaku CE, to twierdzenia te nie mają oparcia w postanowieniach SWZ, ani w przepisach prawa, nie są też praktykowane w obrocie, co Izba stwierdza z urzędu.

Wyjaśnienia wykonawcy zostały uwzględnione przez zamawiającego i takie wnioski jako zasadne uznaje skład orzekający.

W takim stanie rzeczy, przedstawienie na rozprawie przed Izbą oryginału ww. pisemnego pełnomocnictwa od producenta jedynie potwierdza powyższe wnioskowanie.

Rozstrzygające jest to, że pan A.M. legitymuje się pełnomocnictwem oraz że pełnomocnictwo zostało mu udzielone przed podpisaniem przez niego deklaracji zgodności dla oferowanych kotłów, co nastąpiło 12 stycznia 2022 r. W momencie podpisywania deklaracji zgodności był zatem uprawniony do reprezentowania producenta i sporządzania w jego imieniu pisemnej deklaracji zgodności UE dla każdego modelu urządzenia lub osprzętu. Wobec powyższego zarzuty wskazujące na podstawę odrzucenia oferty wykonawcy, także w wyniku przedstawienia informacji mogących wprowadzić zamawiającego w błąd nie zasługują na uwzględnienie.

Odnosnie zarzutów odwołania dotyczących niezgodności deklaracji z obowiązującym prawem, niespełnianiu przez deklarację CE warunków przedstawionych w dyrektywie w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylająca dyrektywę 1999/5/WE oraz niemożności prawidłowego wprowadzenia urządzenia na rynek EOG skład orzekający stwierdza, że zarzut nie został dowiedziony. W szczególności należy podzielić stanowisko przystępującego co do aktów normatywnych mających zastosowanie w sprawie w kontekście przedmiotu zamówienia, jakim są kotły zasilane gazem, nie zaś urządzenia elektroniczne i elektryczne. Przepisy dotyczące wprowadzania do obrotu i oddawania do użytku urządzeń spalających paliwa gazowe (takimi są oferowane kotły gazowe) ustanawia Rozporządzenie PE i Rady (UE) 2016/426 z 9 marca 2016 r. w sprawie urządzeń spalających paliwa gazowe oraz uchylenia dyrektywy 2009/142/WE. Wszystkie wymagania, które powinny być spełnione przez kotły gazowe, określone są wyłącznie w ww Rozporządzeniu oraz dyrektywie PE i Rady 2009/125/WE, chyba że istnieją bardziej rygorystyczne przepisy, dotyczące jednak wyłącznie efektywności energetycznej.

Obowiązujące przepisy wymagają, aby ocena zgodności urządzeń spalających paliwa gazowe (czyli kotłów gazowych) była wykonana przez notyfikowaną, niezależną jednostkę oceniającą. Powyższe oznacza, iż decyzja o spełnieniu wymagań przez urządzenia, a nawet ocena spełnienia tych wymagań, nie należy do producenta tych urządzeń (czyli UNICAL AG S.p.A), ani innych podmiotów będących uczestnikami rynku (czyli Odwołującego), ale do niezależnej jednostki certyfikującej, która potwierdza zgodność poprzez wydanie stosownego certyfikatu. W przypadku zaoferowanych kotłów gazowych tą jednostką jest CERTIGAZ SAS. Wystawiony

przez CERIGAZ SAS certyfikat nr 1312CT6279 (rev.5) potwierdza zgodność kotłów X+ LD z Rozporządzeniem PE i Rady (UE) 2016/426 oraz dyrektywą PE i Rady 2009/125/WE, czyli wszystkimi wymaganiami, potrzebnymi do wprowadzenia do obrotu i oddawania do użytku kotłów gazowych.

Zasadnie wskazano w stanowisku przystępującego, uznanym za poprawne przez zamawiającego, że Unical Polska Sp. z o.o., biorąc pod uwagę wymienione wyżej zapisy rozporządzenia, nie widzi potrzeby odwoływania się w Deklaracji Zgodności do przepisów i norm, które nie były przywołane w treści certyfikatu nr 1312CT6279 (rev.5).

Wobec powyższego niezasadne jest także odwoływanie się przez Odwołującego do postanowień Dyrektywy PEO i Rady z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie harmonizacji ustawodawstw państw członkowskich dotyczących udostępniania na rynku urządzeń radiowych i uchylającej dyrektywę 1999/5/WE, czyli Dyrektywy 2014/53/UE, wszak z samej nazwy Dyrektywy wynika, że dotyczy urządzeń radiowych, a zaoferowane przez Przystępującego kotły gazowe nie spełniają definicji urządzenia radiowego. Nie ma również wątpliwości co do charakteru decyzji PE i Rady NR 768/2008/WE z 9 lipca 2008 r. w

sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, uchylającej decyzję Rady 93/465/EWG, która to Decyzja nie wiąże wprost podmiotów gospodarczych. Wobec dokonanych ustaleń, czyli stwierdzenia niezasadności zarzutów w obu częściach odwołania, zbędne jest odnoszenie się do okoliczności, iż środki dowodowe mogą być ewentualnie składane na wezwanie zamawiającego w razie ich braku lub błędów w nich zawartych w procedurze uzupełniania.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 17 ustawy pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która podlegała odrzuceniu, stwierdza się, że zarzut ten ma charakter niesamoistny, jest pochodny i ściśle powiązany z pozostałymi, wcześniejszymi zarzutami. Ponieważ powyżej wykazano brak podstaw do odrzucenia oferty, również ten zarzut naruszenia nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosnie zarzutu naruszenia art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 4 pzp należy zauważyć, że w odwołaniu nie wskazano okoliczności, które miałyby świadczyć o nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w sentencji uznając, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: