Sygn. akt: KIO 918/22

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę FOXYTECH Sp. z o.o. z siedzibą w Świdnicy, w postępowaniu prowadzonym przez TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie.

przy udziale wykonawcy Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. z siedzibą w Chengdu, Chińska Republika Ludowa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania 3 i 4 ze względu na:

a) niespełnienie przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu poprzez niewykazanie doświadczenia w zakresie dostarczenia 120 000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE,

b) niezłożenie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie licznika pośredniego AM206F w ilości 26 496 szt. w listach referencyjnych,

c) złożenie oferty przez Przystępującego podlegającego wykluczeniu z postępowania ze względu na wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu,

d) niezłożenie przez Przystępującego prawidłowo podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w zakresie płatności podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne

i nakazuje Zamawiającemu:

- w zakresie zadania 3 i 4:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) odrzucenie oferty Przystępującego,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Uwzględnia odwołanie w zakresie niezłożenia przez Przystępującego prawidłowo podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia w zakresie zadania 2 ze względu na:

a) złożenie podmiotowych środków dowodowych zawierających błędy w odniesieniu do płatności podatków i składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne,

i nakazuje Zamawiającemu:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

b) wezwanie Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie nie zalegania z opłacaniem podatków i opłat oraz nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

3. W pozostałym zakresie zadania 2, 3 i 4 odwołanie oddala.

4. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego w części 3/4 i Przystępującego w części 1/4 i:

4.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

4.2. Zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 1 950 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 918/22

Zamawiający - TAURON Dystrybucja S.A z siedzibą w Krakowie - prowadzi w trybie

przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Dostawa statycznych

bezpośrednich 1 i 3 fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE; numer postępowania: PZP/TD-CN/07682/2021. Wartość zamówienia przekracza progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 03.01.2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 001-001865.

W dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty. W dniu 1 kwietnia 2022 r. wykonawca FOXYTECH Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego

podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

(i) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Shenzhen Kaifa Technology

(Chengdu) Co., Ltd. z siedzibą w Chengdu (,,Kaifa") jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 2 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

(ii) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej

w zakresie części (zadania) nr 3 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

(iii) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 4 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

2. niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań czynności w postępowaniu o udzielenie

zamówienia, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy polegających na:

(i) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

(ii) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 3 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

(iii) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 4 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

(iv) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 2, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza);

(v) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 3, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza);

(vi) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 4, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. przepis art. 226 ust.1 pkt. 2) lit b) wzw. z art.112 ust.1 oraz ust. 2 pkt4) PZP) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, pomimo nie spełnienia przez Kaifa warunków udziału w Postępowaniu określonych przez Zamawiającego;

2. przepis art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1), 2), 3) PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP i art. 108 ust. 1 pkt. 1), 2), 3), 4) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia;

3. przepis art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) PZP i w zw. z art. 109

ust. 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, pomimo wystąpienia przesłanek wykluczenia;

4. przepis art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. c) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, pomimo tego, Kaifa nie złoży/w przewidzianym terminie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, w tym środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

5. przepis art. 204 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która podlegała odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4 oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty, która przedstawiała najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, tj. oferty

Odwołującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegających na:
   a. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 2;
   b. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 3;
   c. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 4;
2) dokonania następujących czynności w Postępowaniu:
   a. powtórzenia czynności oceny ofert złożonych w Postępowaniu;
   b. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2;
   c. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 3;
   d. odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części (zadania) nr 4;
   e. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 2;
   f. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 3;
   g. dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 4;

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa statycznych bezpośrednich 1 i 3 fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE w łącznej ilości 344 490 szt. (w tym 95 540 szt. w prawie opcji) oraz anteny zewnętrzne (30% w każdym zadaniu) na potrzeby opomiarowania mikro instalacji zainstalowanych u odbiorców w sieci dystrybucyjnej TAURON Dystrybucja S.A.

Przedmiot Zamówienia został podzielony na 4 części:

1.1. Zadanie nr 1 - 20 200 szt. statycznych bezpośrednich 1-fazowych liczników

energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE (wraz z prawem opcji 6 060 szt.);

1.2. Zadanie nr 2-20 200 szt. statycznych bezpośrednich 1-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE (wraz z prawem opcji 6 060 szt.);

1.3. Zadanie nr 3 - 104 275 szt. statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE (wraz z prawem opcji 41 710 szt.);

1.4. Zadanie nr 4 - 104 275 szt. statycznych bezpośrednich 3-fazowych liczników energii elektrycznej z wbudowanym modemem LTE (wraz z prawem opcji 41 710 szt.),

przy czym Zamawiający dopuszczał składanie Ofert częściowych, tj. takich, które dotyczą tylko poszczególnych zadań, gdyż każde z nich oceniane jest odrębnie.

Odwołujący złożył ofertę w zakresie każdego z zadań.

Zgodnie z treścią informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferta złożona przez Odwołującego została oceniona jako druga najlepsza biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert w zakresie zadania nr 2, 3 i 4, natomiast w zakresie zadania nr 1 jako czwarta najlepsza. W zakresie wszystkich zadań jako najlepsza została wybrana oferta Kaifa.

W ocenie Odwołującego oferta Kaifa została wybrana w sposób nieuprawniony w zakresie zadania nr 2, zadania nr 3 i zadania nr 4, ponieważ naruszone zostały przepisy określające:

1. podstawy wykluczenia wykonawcy z Postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z Postępowania, a ponadto
2. przepisy dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jak również

3. przepisy dotyczące odrzucenia oferty wykonawcy, który nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów, do których złożenia wezwał go Zamawiający, potwierdzających brak podstaw wykluczenia i spełnienie warunków udziału w postępowaniu

- w wyniku czego Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Kaifa i dokonania wyboru oferty Odwołującego dla części (zadania) nr 2, nr 3 i nr 4 (mimo że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza).

Uzasadniając powyższe, Odwołujący wskazał:

I. W zakresie niespełnienia przez Kaifa warunków udziału w Postępowaniu - art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit b) w zw. z art.112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4) PZP

Jak wynika z treści art. 57 PZP, w ustawie zostały przewidziane dwie grupy okoliczności warunkujących dopuszczenie wykonawcy do ubiegania się o udzielenie zamówienia. Pierwszą grupą są okoliczności, których zaistnienie w stosunku do wykonawcy powoduje konieczność wykluczenia go z postępowania (tzw. podstawy wykluczenia wskazane w art. 108 i 109 PZP), o których będzie mowa w pkt 9 i 10 poniżej. Drugą grupą, której dotyczy komentowany przepis, są warunki udziału w postępowaniu, a zatem okoliczności związane z posiadanymi przez wykonawcę zdolnościami pozwalającymi mu na należyte wykonanie zamówienia. Wykonawca, aby mógł ubiegać się o udzielenie zamówienia, musi wykazać, że posiada zdolności do wykonania zamówienia co najmniej na poziomie określonym przez zamawiającego.

W pkt 3.1 SWZ Zamawiający wskazał, jakie zdolności techniczne lub zawodowe (warunki udziału w postępowaniu) muszą spełniać wykonawcy, aby móc ubiegać się o udzielenie zamówienia.

W pkt 3.1.1.4 Zamawiający wskazał: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykona/ w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostawy w łącznej liczbie nie mniejszej niż:

- 5 OOO szt. bezpośrednich statycznych 1-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na jedno z dwóch Zadań w zakresie liczników 1-fazowych;

- 1O OOO szt. bezpośrednich statycznych 1-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na dwa Zadania z dwóch w zakresie liczników 1-fazowych;

- 60 OOO szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z

rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania ofert na jedno z dwóch Zadań w zakresie liczników 3-fazowych;

- 120 OOO szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrvcznei z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku

składania ofert na dwa Zadania z dwóch w zakresie liczników 3-fazowvch.

Dalej w treści SWZ Zamawiający w pkt 3.4 wskazał:

W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 pkt. 2 PZP, Zamawiający wymaga następujących podmiotowych środków dowodowych:

3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt

3.1.1.4.:

wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane naletycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane(.. .).

Odwołujący wskazał, że na podstawie treści SWZ należy uznać, że intencją Zamawiającego było:

(a) aby zamówienie w zakresie Zadania nr 3 i 4 zostało udzielone podmiotowi posiadającemu doświadczenie w wykonywaniu bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE oraz;

(b) aby podmiot ten legitymował się określonym doświadczeniem w tej kwestii, tj. udokumentował wykonanie 60.000 szt. liczników aby ubiegać się o jedno z dwóch zadań w zakresie liczników 3- fazowych lub 120.00 szt. liczników aby ubiegać się o dwa z dwóch zadań w zakresie liczników 3-fazowych (zadania nr 3 i 4);

(c) aby z udziału w Postępowaniu w zakresie dwóch z dwóch zadań dot. zakresie liczników 3- fazowych (zadania nr 3 i 4) wyłączeni byli zamawiający, którzy nie mogą udokumentować wykonania 120.000 szt. takich liczników w przeszłości.

Odwołujacy wskazuje, że Kaifa w piśmie z dnia 14 marca 2022 r. w odpowiedzi na pismo Zamawiającego przesłała szereg dokumentów, w tym m.in. wykazy dokonanych dostaw mających dokumentować doświadczenie wymagane przy poszczególnych zadaniach oraz referencje od dwóch kontrahentów, które miały potwierdzać fakt wykonania tych dostaw.

W wykazie dostaw dla zadania nr 3 oraz w wykazie dostaw dla zadania nr 4 (wykazy były jednakowe) Kaifa wskazała na:

a) dostarczenie 101.425 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE na rzecz spółki A1 Telekom Austria AG z siedzibą w Wiedniu oraz;

b) dostarczenie 26.496 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE na rzecz spółki Shenzen Kaifa Technology Co., Ltd. z siedzibą w Shenzhen (spółka z grupy kapitałowej Kaifa).

W listach referencyjnych bardziej szczegółowo opisane zostały modele liczników, które zostały dostarczone. I tak w liście referencyjnym od Shenzen Kaifa Technology Co., Ltd. wskazano, że dostawa w zakresie 26.496 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE dotyczyła modelu oznaczonego jako AM206F.

Zgodnie natomiast z ogólnodostępną wiedzą, taki licznik nie spełnia określonych w SWZ przez Zamawiającego wymagań - nie jest on licznikiem bezpośrednim. Oznacza to, że Kaifa nie udokumentowała doświadczenia w zakresie dostarczenia 120.000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE, co z kolei przekłada się na brak możliwości udziału Kaifa w Postępowaniu w zakresie obu zadań dotyczących liczników 3-fazowych (tj. zadania nr 3 i 4).

Odwołujący wskazuje, że na rynku istnieją liczniki bezpośrednie (oznaczane też jako DC - direct connection) oraz pośrednie/przekładnikowe (oznaczane też jako CT - current transformer lub PT - potentia/ transformer).

Liczniki bezpośrednie są to liczniki podłączane do sieci bezpośrednio, bez użycia dodatkowych urządzeń (przekładników). Licznik taki podłączany jest do sieci 230V (w przypadku licznika jednofazowego) lub 3x230V (w przypadku licznika trójfazowego). Kolejnym parametrem dla licznika bezpośredniego jest prąd maksymalny jaki może płynąć przez to urządzenie. Dla liczników bezpośrednich typowymi wartościami prądu maksymalnego są wartości 60A, BOA lub 1ODA. W przypadku liczników pośrednich, podłączanych za pomocą urządzeń dodatkowych (przekładników np. prądowych), tak jak to ma miejsce w liczniku Kaify, prąd maksymalny wynosi 6A. Licznik taki podłączany jest za pośrednictwem przekładnika prądowego, który przetwarza duże natężenia prądu płynące w obwodzie pierwotnym na proporcjonalnie mniejsze natężenia płynące w obwodzie wtórnym, które są mierzone przez licznik.

Odwołujący wskazuje, że liczniki bezpośrednie są stosowane, jeżeli napięcia i prądy w sieci są nie większe od znamionowych wartości napięć i prądów licznika. Liczniki pośrednie są stosowane, jeżeli w sieci niskiego napięcia płyną prądy większe od wartości dopuszczalnych dla licznika i w związku z tym są stosowane przekładniki prądowe.

Odwołujący wskazuje, że z informacji znajdujących się na stronie internetowej Kaifa
, licznik AM206F jest licznikiem typu CT/PT,
czyli licznikiem pośrednim.

Ponadto, jak wynika z zaświadczenia wydanego przez KEMA B.V., wiodącą renomowaną instytucję zajmującą się testowaniem i certyfikowaniem m.in. w zakresie urządzeń elektrycznych, licznik AM206F jest podłączany pośrednio, a jego zakres działalności liczony w Amperach nie odpowiada licznikom bezpośrednim.

W uzupełnieniu powyższego, Odwołujący wskazuje, że licznik bezpośredni i przekładnikowy

najłatwiej rozpoznać na podstawie prądów, do jakich został przystosowany. Na podstawie normy PN-EN 50407-1 (odpowiednik EN 50470-1, na której bazuje certyfikat dla licznika Kaifa). Punkty 3.1.4 oraz 3.1.5 na 9 stronie dokumentu definiują te dwa typy liczników. W samej normie można znaleźć wiele odniesień do jednego czy drugiego typu z racji tego, że w zależności od rodzaju stosuje się odpowiednie punkty normy.

W odniesieniu do właściwości prądów (vide tabela 4.2 znajdująca się na stronie 22 dokumentu) inne są wymagania co do zakresu pomiarowego dla licznika bezpośredniego, a inne dla podłączanego przez przekładnik prądowy (tj. dla licznika pośredniego).

Odwołujący wskazuje, że wprost z treści przepisu ustawy, popartego stanowiskami doktryny i bogatym orzecznictwem: „brak wykazania spe/niania warunków udziału w postępowaniu, (. ..) będzie skutkowa/ - odpowiednio do trybu i etapu postępowania - odrzuceniem wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (. ..), odrzuceniem ofert wstępnych lub podlegających negocjacjom (. ..) lub odrzuceniem oferty (. ..).

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający zobligowany był zatem do odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części 3 i 4 jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, czego bezprawnie zaniechał.

Niezależnie od powyższego, wskazać należy, że referencje przedłożone dla zadania nr 3 i nr 4 nie potwierdzają wykonania dostaw, a tym bardziej należytego wykonania dostaw. Zamawiający oczekiwał przedłożenia wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane(. ..).

Odwołujący wskazuje, że referencje przedłożone przez Kaifa dotyczące dostawy 26.496 szt. liczników energii elektrycznej, o których mowa powyżej, odnoszą się do dostawy opisanej w Wykazie dostaw jako dostawa wykonana (a nie wykonywana). W polu Termin realizacji wskazany został okres realizacji umowy od 20.06.2019 roku do 20.10.2021 roku. W referencjach natomiast zostało wskazane, że W tym projekcie Kaifa dostarcza inteligentne liczniki, co wskazuje na nie zrealizowany jeszcze kontrakt. Mimo wskazanego poniżej zakresu dat, trudno jednoznacznie ocenić, czego w zasadzie dotyczy referencja.

Z referencji dotyczących dostawy 101.425 sztuk liczników nie wynika zakres zaawansowania kontraktu

- liczba liczników dostarczonych na moment podpisania Listu referencyjnego. Także i w tym przypadku istnieje rozbieżność pomiędzy treścią Wykazu dostaw, a treścią referencji - w wykazie dostaw jako termin realizacji wskazano 06.03.2020- trwa nadal, zaś w treści Listu referencyjnego wskazane zostało, że zawarte umowy dotyczą projektowania i dostawy liczników w ramach projektu na lata 2017-2021, który to okres już upłynął.

W ocenie Odwołującego referencje są sprzeczne z informacjami zawartymi w Wykazie dostaw i jako takie nie mogą być uznane za potwierdzające realizację dostaw uwidocznionych w tabelach Wykaz dostaw dla zadania nr 3 i nr 4.

Odwołujący kwestionuje również prawidłowość referencji przedstawionych dla zadania nr 2: Referencje odnoszą się do 21.728 sztuk liczników elektrycznej, w rubryce Termin realizacji wskazano 06.03.2020 trwa nadal. W liście referencyjnym natomiast zawarte są informacje, zgodnie z którymi: liczniki zostały zaprojektowane i wyprodukowane przez Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd i Honewell, a następnie, że Poniższe produkty są dostarczane przez Kaifa od marca 2020 r. Z referencji nie wynika zatem, jaki był udział Kaifa w zaprojektowaniu i wyprodukowaniu liczników, a jak zakres wykonał drugi z wymienionych podmiotów. Ponadto, z referencji nie wynika liczba liczników

dostarczonych na moment podpisania Listu referencyjnego. Istnieje też rozbieżność pomiędzy treścią Wykazu dostaw, a treścią referencji - w treści Listu referencyjnego wskazane zostało, że zawarte umowy dotyczą projektowania i dostawy liczników w ramach projektu na lata 2017-2021, który to okres już upłynął. W ocenie Odwołującego referencje są sprzeczne z informacjami zawartymi w Wykazie dostaw i jako takie nie mogą być uznane za potwierdzające realizację dostaw uwidocznionych w tabeli Wykaz dostaw dla zadania nr 2.

Odwołujący wskazuje, że oferta Kaifa na wykonanie zadań nr 2, nr 3 i nr 4 powinna zostać odrzucona w związku z faktem, że podmiot ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

II. W zakresie wystąpienia przesłanki wykluczenia Kaifa z Postępowania -

art. 109 ust. 1 pkt 1), 2), 3) PZP w zw. z art. 109 ust. 2 PZP i art. 108 ust. 1 pkt. 1), 2), 3), 4) PZP

Przepis art. 108 ust. 1 pkt. 1), 2), 3) i 4) PZP statuuje obligatoryjne przesłanki wykluczenia wykonawcy. Przepisy 109 ust. 1 PZP odnosi się natomiast do fakultatywnych przesłanek wykluczenia, które Zamawiający zdecydował się uznać za wiążące w Postępowaniu w trybie art. 109 ust. 2 PZP.

Zgodnie z treścią art. 109 ust. 1 pkt 1) PZP „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opiat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne". Przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania opisane w przywołanym przepisie mają charakter fakultatywny, tj. są to nieobowiązkowe podstawy wykluczenia wykonawcy. Jeśli zamawiający zechce dodatkowo zbadać sytuację podmiotową wykonawców w określonym zakresie, może

wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, że przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie którejś (jednej lub kilku) z przesłanek wymienionych w ust. 1 wskazanego przepisu, wskazując te przesłanki. Innymi słowy, zamawiający ma możliwość zbadania braku podstaw wykluczenia w zakresie przesłanek fakultatywnych, jeśli przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Przywołany przepis ma istotne znaczenie, ponieważ w katalogu fakultatywnych przesłanek wykluczenia rzeczywiście znajdują się takie, które pozwolą na eliminację z postępowania wykonawców nierzetelnych.

W dokumentacji Postępowania, Zamawiający wskazał w pkt 3.2.1 SWZ, że przewiduje wykluczenie wykonawców z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10 PZP, co oznacza, że wystąpienie sytuacji określonej w tych przepisach oznacza de facto obligatoryjne wykluczenie takiego wykonawcy.

W pkt 3.5.2 SWZ zamawiający wskazał, jakie dokumenty wykonawca jest zobowiązany dostarczyć w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia. W zakresie wykazania, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opiat jest to zaświadczenie właściwego

naczelnika urzędu skarbowego.

Zgodnie natomiast z § 4 ust. 1 pkt 3) Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w

sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (,,Rozporządzenie")

jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego, składa dokument

lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Odwołujący wskazuje, że w niniejszym postępowaniu, Kaifa nie uczyniła zadość wymaganiom wynikającym z PZP i Rozporządzenia, a dotyczącym wykazania braku zaległości w opłacaniu podatków i opiat. Kaifa złożyła jedynie dokument potwierdzający zapłatę podatków w określonych kwotach w Chińskiej Republice Ludowej, a nie brak zaległości w ogóle.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że, Kaifa przedłożyła nierzetelne tłumaczenie przedmiotowego dokumentu. Błędne jest tłumaczenie nagłówka (tytułu) dokumentu przedstawionego przez Kaifa w sposób sugerujący, że dokument odnosi się do braku zaległości płatniczych, podczas gdy w rzeczywistości tytuł dokumentu jest odmienny - w tytule, ani też w pozostałej części dokumentu nie ma wzmianki o braku zaległości, a jedynie o zapłaceniu konkretnych podatków w konkretnych kwotach.

Dodatkowo, w zakresie płatności składek za ubezpieczenie społeczne, Kaifa przedłoży/a

zaświadczenie, z którego wynika, że: ,,W okresie od grudnia 2021 do grudnia 2021 jednostka

opłaci/a składki na ubezpieczenie społeczne zgodnie z zadeklarowanym wynagrodzeniem. W tym okresie nie ma żadnych zaległości." Treść zaświadczenia wskazuje jedynie na zapłacenie składek za grudzień 2021, a nie potwierdza braku jakichkolwiek zaległości. Ponadto, certyfikat dotyczący płatności składek na ubezpieczenie społeczne miał rzekomo pozwalać na elektroniczną weryfikację jego poprawności, przy czym okres ważności kodu weryfikacyjnego trwał do dnia 14 marca 2022 r., a więc do dnia składania dokumentów i oświadczeń, o których mowa w pkt. 3.3.7 SWZ, co oznacza, że obecnie nie ma możliwości Jego weryfikacji, a co więcej istnieje uzasadnione podejrzenie, że tej możliwości nie miał również Zamawiający.

Odwołujący wskazuje ponadto, że przedłożone zaświadczenia dotyczące niekaralności Kaifa, a ponadto niekaralności członków organu zarządzającego oraz nadzorczego nie odnoszą się do wymaganego zakresu określonego przepisami ustawy. W zaświadczeniach tych nie został przywołany zakres analogiczny ani nawet zbliżony do wymaganego przepisami ustawy (art. 108 ust. 1 pkt. 4 PZP, zgodnie z pkt. 3.6.1.1. SWZ oraz art. 108 ust. 1 pkt. 1 i 2 oraz art. 109 ust. 1 pkt. 2 lit. a i b oraz pkt. 3 PZP, zgodnie z pkt. 3.6.1.1. SWZ). Także i z tego powodu należy uznać, że wykonawca Kaifa nie wykazał braku podstaw do jego wykluczenia.

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że oferta Kaifa powinna zostać odrzucona w zakresie części (zadania) nr 2, nr 3 i nr 4 jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z Postępowania.

III. W zakresie naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt. 2) lit. c)

Zamawiający naruszył ww. przepis poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Kaifa w zakresie części (zadania) nr 2, 3 i 4, pomimo tego, Kaifa nie złożył w przewidzianym terminie dokumentów wymaganych przez Zamawiającego, w tym środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W doktrynie przedmiotu wskazuje się, że „Dostrzeżenia _wymaga również, że art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP stanowi o przypadku niezłożenia przez wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zatem jego dyspozycją objęte są również przypadki niekompletnego złożenia tych oświadczeń lub dokumentów, a także złożenia nieprawidłowych, a więc niewystarczających do uznania, że wykonawca potwierdził brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu." W zakresie ww. naruszenia aktualność zachowuje zatem argumentacja przedstawiona w pkt. 9 i 10 powyżej.

IV. W zakresie wystąpienia przesłanki wykluczenia Kaifa z

Postępowania - art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP

Zgodnie z treścią Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, zobowiązany był do złożenia oświadczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei na wezwanie zamawiającego, wykonawca miał przedłożyć wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

Odwołujący wskazuje, że w treści SWZ Zamawiający w pkt 3.4 wskazał:

W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 57 pkt. 2 PZP, Zamawiający wymaga następujących podmiotowych środków dowodowych:

3.4.1 W celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.4.:

wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane(. ..).

Literalne brzmienie pkt 3.1.1.4 i 3.4.1 SWZ nie pozostawia żadnych wątpliwości i miejsca na interpretację, tj. że wykonawca chcący wziąć udział w Postępowaniu, w tym w zakresie zadania nr 2, nr 3 i nr 4 powinien udokumentować wymagane przez Zamawiającego doświadczenie.

Odwołujący wskazuje, że bezspornym jest, że wykonawca Kaifa nie spełnił wymagań wskazanych w pkt 3.1.1.4 SWZ.

Odwołujący wskazuje, ze Kaifa wprowadził Zamawiającego w błąd w celu uzyskania zamówienia:

1) Po pierwsze, w wykazie dostaw dla zadania nr 3 i nr 4 wskazał na zrealizowanie dostawy na 26.496 sztuk bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE, zaś na potwierdzenie rzekomego zrealizowania takiej dostawy przedstawi/ referencje dotyczące realizacji dostawy pośrednich liczników energii elektrycznej;

2) Po drugie, na potwierdzenie realizacji dostaw dla zadań nr 2, nr 3 i nr 4 przedstawił referencje o niejednoznacznej treści - z referencji (oraz z zestawienia referencji z poszczególnymi Wykazami dostaw) albo nie wynika, jaki by/ udział Kaifa w projektowaniu i wytwarzaniu liczników (a jaki drugiego producenta - Honewell), albo nie wynika, czy i w jakim zakresie poszczególne kontrakty zostały wykonane.

Odwołujący wskazuje, że Kaifa złożyła zaświadczenie mające dowodzić braku zaległości w opłacaniu podatków i opiat, w rzeczywistości nie odnoszące się w ogóle do kwestii braku zaległości. Wraz z przedmiotowym zaświadczeniem Kaifa złożyła jego nierzetelne tłumaczenie - wprowadzając odbiorcę w błąd co do charakteru i treści zaświadczenia (błędne jest tłumaczenie tytułu dokumentu w sposób sugerujący, że dokument odnosi się do braku zaległości płatniczych, podczas gdy w rzeczywistości tytuł dokumentu jest odmienny - w tytule, ani też w pozostałej części dokumentu nie ma wzmianki o braku zaległości, a jedynie o zapłaceniu konkretnych podatków w konkretnych kwotach).

Odwołujący wskazuje fakt, że Kaifa wprowadziła Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Złożenie podobnych oświadczeń było nieuprawnione biorąc pod uwagę to, że w rzeczywistości Kaifa podlega wykluczeniu z postępowania oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - w

zakresie zadania nr 2, nr 3 i nr 4. Kaifa wprowadziła również Zamawiającego w błąd składając dokumenty mające potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak przesłanek wykluczenia wykonawcy. W ocenie Odwołującego nie może być wątpliwości, że prowadzenie w błąd wynikało z celowego działania oraz miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Dość wskazać, że Zamawiający dokonał wyboru oferty Kaifa jako najkorzystniejszej we wszystkich częściach zamówienia, mimo że oferta ta nie powinna w ogólne być brana pod uwagę i podlegać ocenie. Ustalenie, że zaświadczenie dot. zapłaty podatków czy opłat było niewłaściwie przetłumaczone, wymagało zlecenia tłumaczenia tłumaczowi przysięgłemu języka chińskiego. Ustalenie, że wykazywane doświadczenie nie dotyczy liczników energii elektrycznej bezpośrednich, a pośrednich, wymaga natomiast weryfikacji charakterystyki produktu będącego przedmiotem dostawy. Zamawiający powyższej weryfikacji nie przeprowadził pozostając w przeświadczeniu, że Kaifa złożyła oświadczenia zgodne z prawdą - stan faktyczny okazał się jednak odmienny.

Odwołujący wskazuje i podkreśla, że Kaifa jako podmiot o doświadczeniu międzynarodowym, co wynika np. z wystawionych przez austriacką spółkę referencji, winien być podmiotem profesjonalnym. Oznacza to, że powinien być zorientowany w charakterze oferowanych przez siebie produktów, w szczególności powinien dostrzegać istotną różnicę pomiędzy licznikami pośrednimi a bezpośrednimi. Opisanie wykazu dostaw w taki sposób, jak zrobiła to Kaifa, stanowi jawne wprowadzenie Zamawiającego w błąd. Z uwagi na skalę prowadzenia

działalności i doświadczenie Kaifa oczywistym wydaje się, że takie działanie miało charakter zamierzony, tzn. było zorientowane na uzyskanie korzyści w postaci uzyskania zamówienia, w

tym w zakresie zadania nr 2, nr 3 i nr 4 - kosztem wykonawców, którzy przedstawili rzetelną

historię dostaw oraz byliby w stanie na wezwanie przekazać rzetelną dokumentację

potwierdzającą treść złożonych przez nich oświadczeń.Jak wynika z orzecznictwa KIO, aby można było wykluczyć wykonawcę na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 (...) musi dojść do sytuacji, w której wprowadzenie w błąd wynika z podania przez dany podmiot nieprawdziwych informacji, lub też ich przedstawienia w taki sposób, aby wprowadzić w błąd zamawiającego, co do okoliczności, że dany warunek został spełniony (wyrok KIO 1739/21).

Odwołujący wskazuje, że z SWZ wynika obowiązek udokumentowania wykonania 120.000 szt. liczników trójfazowych, aby móc się ubiegać o dwa z dwóch zadań dotyczących liczników trójfazowych oraz mając na uwadze, że oferta Kaifa nie spełnia tego warunku, należy uznać, że Kaifa nie może wziąć udziału w postępowaniu w zakresie obu zadań dotyczących liczników trójfazowych (zadania nr 3 i nr 4), zaś jej oferta powinna zostać odrzucona.

Podobnie Kaifa nie wykazała doświadczenia pozwalającego na uzyskanie i realizację części 2

zamówienia. Nie udowodniła też braku podstaw do odrzucenia jej oferty.

Odwołujący wskazuje, żę tym samym oferta złożona przez Kaifa na realizację zamówienia w zakresie zadań nr 2, nr 3 i nr 4 powinna zostać odrzucona wobec tego, że została złożona przez Wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt. 8) i pkt. 10) PZP.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2022 r. uwzględnił w

całości zarzuty odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę

stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, ze Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki

korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca:

1) Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. Tianquan Rd. 99, Hi-Tech Development Zone 611730 Chengdu, Chińska Republika Ludowa.

Izba stwierdziła, ze ww. wykonawca zgłosił przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Stan faktyczny:

Izba ustaliła, że w dniu 22 marca 2022 r. Zamawiający opublikował na platformie zakupowej informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 1 kwietnia 2022 r. wykonawca FOXYTECH Sp. z o.o. wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegających na:

a) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. z siedzibą w Chengdu (,,Kaifa") jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 2 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

b) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 3 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

c) dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa jako najkorzystniejszej w zakresie części (zadania) nr 4 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

2. niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy polegających na:

a) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części

(zadania) nr 2 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

b) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części

(zadania) nr 3 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

c) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Kaifa w zakresie części

(zadania) nr 4 (pomimo że oferta Kaifa powinna podlegać odrzuceniu);

d) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej

najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 2, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza);

e) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej

najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 3, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza);

f) zaniechaniu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. przedstawiającej najwyższą liczbę punktów według kryteriów oceny ofert spośród ofert niepodlegających odrzuceniu w zakresie części (zadania) nr 4, tj. oferty Odwołującego (pomimo tego, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza).

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę FOXYTECH Sp. z o.o., Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty odwołania.

Przystępujący do postępowania wykonawca Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. pismem z dnia 14 kwietnia 2022 r. zgłosił sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym przez wykonawcę FOXYTECH sp. z o.o.

Stan prawny:

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

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli 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;

Zgodnie z art. 204 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu oraz kryteriów jakościowych, odnoszących się do przedmiotu zamówienia;

Stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Stosownie do art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę będącego osobą fizyczną, którego prawomocnie skazano za przestępstwo:

a) udziału w zorganizowanej grupie przestępczej albo związku mającym na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, o którym mowa wKodeksu karnego,

b) handlu ludźmi, o którym mowa wKodeksu karnego,

c) o którym mowa wKodeksu karnego, wustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz.U. z 2020 r.oraz z 2021 r. lub w ustawy z dnia 12 maja 2011 r. o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych (Dz.U. z 2021 r. i,

d) finansowania przestępstwa o charakterze terrorystycznym, o którym mowa w Kodeksu karnego, lub przestępstwo udaremniania lub utrudniania stwierdzenia przestępnego pochodzenia pieniędzy lub ukrywania ich pochodzenia, o którym mowa w Kodeksu karnego,

e) o charakterze terrorystycznym, o którym mowa wKodeksu karnego, lub mające na celu popełnienie tego przestępstwa,

f) powierzenia wykonywania pracy małoletniemu cudzoziemcowi, o którym mowa w ustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U.oraz z 2020 r.,

g) przeciwko obrotowi gospodarczemu, o których mowa wKodeksu karnego, przestępstwo oszustwa, o którym mowa wKodeksu karnego, przestępstwo przeciwko wiarygodności dokumentów, o których mowa wKodeksu karnego, lub przestępstwo skarbowe,

h) o którym mowa wlubustawy z dnia 15 czerwca 2012 r. o skutkach powierzania wykonywania pracy cudzoziemcom przebywającym wbrew przepisom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

- lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego;

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1;

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę wobec którego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa wart. 108 ust. 1 pkt 3, chyba że wykonawca odpowiednio przed upływem terminu do składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo przed upływem terminu składania ofert dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki w dziedzinie ochrony środowiska, prawa socjalnego lub prawa pracy:

a) będącego osobą fizyczną skazanego prawomocnie za przestępstwo przeciwko środowisku, o którym mowa w rozdziale XXII Kodeksu karnego lub za przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, o którym mowa w rozdziale XXVIII Kodeksu karnego, lub za odpowiedni czyn zabroniony określony w przepisach prawa obcego,

b) będącego osobą fizyczną prawomocnie ukaranego za wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub wykroczenie przeciwko środowisku, jeżeli za jego popełnienie wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny,

c) wobec którego wydano ostateczną decyzję administracyjną o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, prawa pracy lub przepisów o zabezpieczeniu społecznym, jeżeli wymierzono tą decyzją karę pieniężną;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo lub ukarano za wykroczenie, o którym mowa w pkt 2 lit. a lub b;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, 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 o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy 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.

Stosownie do art. 109 ust. 2 ustawy PZP, jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 1, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Stanowisko Izby:

I. Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 4 Pzp są zdaniem Izby zasadne wyłącznie w zakresie zadania 3 i 4.

Izba wskazuje, że dotyczy to niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu poprzez niewykazanie doświadczenia w zakresie dostarczenia 120 000 szt.

bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE.

Zgodnie z pkt 3.1.1.4 SWZ, Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostawy w łącznej liczbie i nie mniejszej niż:

• 5 000 szt. bezpośrednich statycznych 1-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na jedno z dwóch Zadań w zakresie liczników 1-fazowych;

• 10 000 szt. bezpośrednich statycznych 1-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na dwa Zadania z dwóch w zakresie liczników 1-fazowych;

• 60 000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z

rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania ofert na jedno z dwóch Zadań w zakresie liczników 3-fazowych;

• 120 000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania ofert na dwa Zadania z dwóch w zakresie liczników 3-fazowych.

Izba wskazuje, że rację ma Przystępujący, że argumentacja odwołania odnosi się wyłącznie do zadania nr 3 i 4 , nie dotyczy natomiast zadania nr 2, poza kwestią terminów realizacji dostaw.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że na rynku istnieją liczniki bezpośrednie oznaczane jako DC - direct connection oraz liczniki pośrednie/przekładnikowe oznaczane jako CT -current transformer lub PT - potential transformer. Przystępujący ani w piśmie ani na rozprawie tej argumentacji nie kwestionował. Zamawiający na rozprawie dodatkowo wskazał, że występują także liczniki półpośrednie.

Zdaniem Przystępującego w przypadku dostawy 26 496 liczników AM206F można mówić o wykonaniu zamówień podobnych w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. W szczególności Przystępujący zwraca uwagę, że licznik AM206F:

1. nadaje się do podłączenia bezpośrednio do sieci energetycznej o odpowiednim napięciu , a więc w przypadku takiej sieci jest licznikiem bezpośrednim;

2. opcjonalnie nadaje się do podłączenia bezpośrednio do sieci europejskiej.

W załączniku nr 4 do pisma Przystępującego z dnia 21 kwietnia 2022 r. wynika z karty katalogowej , że licznik AM206F jest licznikiem transformatorowym o napięciu referencyjnym 3 x 57,7 (100) - rozszerzony zakres do 240/415 V jest opcjonalny a zakres pomiaru prądu 0,01 -1 (6) - rozszerzony zakres do 10A jest opcjonalny. Zamawiający wskazał, że wartości powyższe nie oznaczają, ze jest to licznik bezpośredni a poprzez rodzaj podłączenia - licznik transformatorowy - oznacza, ze jest to licznik przeznaczony do pracy z przekładnikami.

Izba wskazuje, że w załączniku nr 10 do odwołania wynika jednoznacznie, że licznik AM206F jest licznikiem CT connected (do współpracy z przekładnikiem prądowym), na co zwrócił uwagę na rozprawie zarówno Odwołujący , jak i Zamawiający, że jest to licznik pośredni.

Izba wskazuje, że Odwołujący w piśmie z dnia 20 kwietnia 2022 r. (wniosek dowodowy) wniesiony na rozprawie zawierający załączniki potwierdzają zdaniem Izby, że w przypadku Licznika AM206F mamy do czynienia z licznikiem pośrednim. Izba wskazuje, że dowód w postaci liczniki zatwierdzone przez e-distribuzione (DMIAB000378) wniesiony przez Odwołującego wskazuje, ze licznik AM206F posiada wersję oprogramowania 4000001, taką

samą jak dowód wskazany przez Odwołującego w załączniku nr 10 do odwołania, co zdaniem Izby również wskazuje na to, że jest to licznik pośredni.

Także dowód w postaci Environmental product declaration wniesiony przez Odwołującego wskazuje zdaniem Izby w opisie produktu w pkt 1.2.1. , że „przedmiotem analizy przedstawionej w niniejszym dokumencie jest model AM206F - inteligentny trójfazowy licznik pośredni (CT)".

Izba wskazuje ponadto, że z opinii Kierownika Katedry Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Wydział Elektrotechniki, Automatyki, Informatyki i Inżynierii Biomedycznej, Katedra Energoelektroniki i Automatyki Systemów Przetwarzania Energii, wynika, iż „opisany w certyfikacie MID licznik AM2006F jest dedykowany wyłącznie do pracy w układzie pośrednim, świadczą o tym jego zakresy napięć: 57,7V oraz prądu 1A dostosowane do współczesnych przekładników napięciowych i prądowych".

Ponadto dowód w postaci postępowania włoskiego - Włochy-Rzym: Mierniki elektroniczne, 2018/S 010-019788, wniesiony przez Odwołującego na rozprawie, wskazuje, że w postępowaniu o nr GME000150677 mamy do czynienia „inserzione indiretta" (tłum. wkładanie pośrednie, do użycia pośredniego). Przystępujący nie kwestionował na rozprawie, że przedmiotem były liczniki pośrednie, stwierdzając jedynie, że w OPZ był również wymóg, aby liczniki mogły być zamontowane bezpośrednio. Zdaniem Izby Przystępujący w żaden sposób tego nie udowodnił.

Dodatkowo Zamawiający na rozprawie wskazywał, ze Przystępujący nie przedstawił żadnego certyfikatu badania typu dla licznika AM206F z parametrami, które są typowe dla liczników bezpośrednich.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że liczba przewodów odnośnie licznika bezpośredniego czy pośredniego jest różna i nie można mówić, że licznik jest kompatybilny do pracy na dwóch różnych napięciach.

Twierdzenia Przystępującego, że w dokumentach 4-6 złożonych na rozprawie do pisma wynika możliwość zwiększenia parametru przepływu prądu 240-415 do 10A, jak i możliwość podłączenia bezpośredniego nawet do sieci UE, co wskazuje zdaniem Przystępującego, że mamy do czynienia z licznikiem bezpośrednim. Izba jest zdania, że parametry te jedynie wskazują na możliwość zwiększenia przepływu prądu czy możliwość podłączenia bezpośredniego do sieci UE, co nie oznacza zdaniem Izby, że mamy do czynienia z licznikiem bezpośrednim.

Izba wskazuje, że Zamawiający na rozprawie wskazał, że „liczniki bezpośrednie są to takie liczniki komunalne, który każdy z nas ma zainstalowany w mieszkaniu, napięcie 230/400, w zależności czy 1 czy 3 fazowy, a drugim elementem jest prąd, który przepływa przez licznik. Typowo w mieszkaniu zabezpieczenie przelicznikowe tj. 25A, czyli przez licznik bezpośredni może przepłynąć prąd 40-60-80V. Z dokumentów złożonych przez Odwołującego i Przystępującego w zakresie licznika AM206F jego napięciem znamionowym jest 57,7 na 100 V, ale prąd jest 0,01 do 1 (do 6 Amperów). Załącznik nr 10 w piśmie Odwołującego w odwołaniu, certyfikat badania typu, który dopuszcza dane urządzenia do sieci i dla tego licznika AM206F wskazane jest napięcie 57,7 i prąd 1(6A), to napięcie znamionowe pracy licznika, to nie jest napięcie jak w gniazdku. To napięcie wynika z przekładników, które współpracują z licznikami pośrednimi, liczniki pośrednie współpracują z przekładnikami napięciowymi i prądowymi i one zmniejszają napięcie i prąd sieci do wartości pomiarowej, na jaką jest skonstruowany licznik czyli 57,7 V".

Dodatkowo Zamawiający wskazał na rozprawie, że „nie jest tak, że licznik AM206F może być podłączony bezpośrednio do sieci, która ma napięcie znamionowe 57,7/100V. To nie jest napięcie sieci, tylko napięcie pomiarowe, służy do pracy licznika, a nie do sieci. Liczniki pośrednie są to liczniki wysokiej precyzji, służą do pomiarów obiektów np. w fabrykach, kopalniach, które mogą być wysokości 10 000 czy 20 000V i wówczas stosuje się przekładniki pomiarowe, które przetwarzają prąd w sieci na wartości pomiarowe na jakie są skonturowane liczniki".

Izba wskazuje, że Przystępujący nie ma racji, że Polska Norma Komitetu Normalizacyjnego nie ma znaczenia , ponieważ Zamawiający nie odnosił się do tej normy w postępowaniu. Izba nie zgadza się z tym twierdzenie Przystępującego, ponieważ w załączniku nr 1 w pkt 1.1.2.do umowy stanowiącej załącznik do SWZ wynika, że:

Liczniki muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi w Polsce normami i przepisami:

a) PN-EN 50470-1:2008 - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) -- Część 1: Wymagania ogólne, badania i warunki badań -- Urządzenia do pomiarów (klas A, B i C)

b) PN-EN 50470-3:2009 - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej (prądu przemiennego) -- Część 3: Wymagania szczegółowe -- Liczniki statyczne energii czynnej (klas A, B i C)

c) PN-EN 62056-21:2003 - Pomiary elektryczne -- Wymiana danych w celu odczytu liczników, sterowania taryfami i obciążeniem -- Część 21: Lokalna bezpośrednia wymiana danych

d) PN-EN 62056-6-1:2018-02E -Wymiana danych w pomiarach energii elektrycznej -- Zespół DLMS/COSEM -- Część 6-1: System identyfikacji obiektów (OBIS).

e) PN-EN 62053-23:2021-05 - Urządzenia do pomiarów energii elektrycznej: Wymagania szczegółowe -- Część 23: Liczniki statyczne energii biernej (klas 2 i 3).

Dodatkowo Izba wskazuje, ze ww. Polskiej Normie wskazane są definicje liczników:

- w pkt 3.1.4. licznik przyłączany do sieci bezpośrednio,

- w pkt 3.1.5. licznik przyłączany do sieci przez przekładnik

Z Norm tych też wynika zdaniem Izby, że w stosunku do liczników przyłączanych bezpośrednio , a przyłączanych przez przekładnik napięciowy są inne znormalizowane napięcia odniesienia, czy inne znormalizowane wartości prądów (załącznik nr 9 do odwołania).

W związku z powyższym na podstawie materiału dowodowego zebranego w toku postępowania odwoławczego, jak i wypowiedzi stron i uczestnika postępowania na rozprawie, Izba doszła do przekonania, że w przypadku licznika AM206F mamy do czynienia z licznikiem pośrednim a nie bezpośrednim. Izba pominęła załącznik nr 2 do pisma Przystępującego jako niemającego waloru dowodowego, jak również pominęła dowód w postaci załącznika nr 3, 9 do pisma Przystępującego, ponieważ dotyczyły innego typu liczników. Izba postanowiła również pominąć dowód nr 6 do pisma Przystępującego jako nie mającego istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W zakresie zadania 2 Izba uznała, że zadanie to dotyczyło dostawy bezpośrednich statycznych 1- fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE w ilości 20 200 szt. (w wykazie dostaw Przystępujący wskazał, tj. 21 728 szt.

- rodzaj licznika MA110 - w liście referencyjnym) nie było kwestionowane przez Odwołującego w odwołaniu.

Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 3.4.1 SWZ, w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.4. zamawiający wymagał:
- wykazu dostaw wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich ilości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych

referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Wzór wykazu stanowi Załącznik nr 3 do SWZ.

Odwołujący w odwołaniu stwierdził ,że referencje przedłożone dla zadania 3 i 4 nie potwierdzają wykonania dostaw, ponieważ Zamawiający oczekiwał przedłożenia wykazu dostaw wykonanych. Referencje przedłożone przez Przystępującego dotyczące dostawy 26 496 szt. liczników energii elektrycznej, odnoszą się do dostawy opisanej w Wykazie dostaw jako dostawa wykonana (a nie wykonywana) oraz że w tym projekcie Przystępujący dostarcza inteligentne liczniki, co wskazuje na nie zrealizowany jeszcze kontrakt.

Odwołujący stwierdził również, że z referencji dotyczących dostawy 101 425 sztuk liczników nie wynika zakres zaawansowania kontraktu - liczba liczników dostarczonych na moment podpisania listu referencyjnego oraz że istnieje rozbieżność pomiędzy treścią Wykazu dostaw , a treścią referencji.

Izba wskazuje, że Przystępujący w Wykazie dostaw przedstawił dostawę 101 425 szt. (termin realizacji 06.03.2020 - trwa nadal) oraz 26 496 szt. (termin realizacji 20.06.2019- 20.10.2021), natomiast z listu referencyjnego wynika, że dostawa liczników dotyczyła austriackiego projektu AMI na lata 2017-2021 oraz dla przetargu GME000150677 dla projektu Enel AMI na lata 2019-2021.

Izba jest zdania, że ww. okres (2017-2021) obejmuje swym zakresem również dostawę liczników w ilości 101 425 szt oraz 26 496 szt i w tym zakresie Izba zgadza się z Przystępującym , że rozbieżność dat i treści referencji nie występuje.

Dodatkowo Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że referencje przedłożone dla zadania 3 i 4 nie potwierdzają wykonania dostaw. Izba chce w tym miejscu zaznaczyć, że pod koniec listu referencyjnego jednoznacznie wynika, ze „liczniki zostały zainstalowane i działają prawidłowo, a kontrakt realizowany jest należycie", oraz „ liczniki zostały zainstalowane i działają prawidłowo, a umowę wykonano należycie" , a także „ liczniki zostały zainstalowane i działają z dobrą wydajnością a kontrakt wykonano należycie", co zdaniem Izby oznacza, że dostawy zostały wykonane.

Odwołujący w zakresie zadania 2 kwestionował również prawidłowość referencji, jak i rozbieżność pomiędzy treścią Wykazu dostaw, a treścią referencji. Referencje odnoszą się do 21 728 szt. liczników (termin realizacji - 06.03.2020 - trwa nadal) oraz że z listu referencyjnego wynika, że dostawa liczników dotyczyła austriackiego projektu AMI na lata 2017-2021. Izba zgadza się z Przystępującym, podobnie jak w odniesieniu do zadania 3 i 4, że rozbieżność dat i treści referencji nie występuje, a także że kwestia producenta liczników pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszego postępowania. Izba wskazuje, że pod koniec listu referencyjnego również wynika, że „liczniki zostały zainstalowane i działają prawidłowo, a kontrakt realizowany jest należycie", co zdaniem Izby oznacza, że dostawy zostały wykonane.

Tym samym Izba nie zgadza się z Odwołującym w tym zakresie zarówno w odniesieniu do zadania 2, 3 i 4.

II. Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 Pzp są zdaniem Izby niezasadne.

Izba wskazuje, że zgodnie z 3.6.1 SWZ, jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w:

3.6.1.1 informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w 3.5.1 - składa informację z

odpowiedniego rejestru takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz pkt 3 PZP,

3.6.1.2 zaświadczenia, o którym mowa w 3.5.2 zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, o których mowa w 3.5.3, lub odpisu albo informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, o których mowa w 3.5.5 - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

a) nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne,

b) nie otwarto jego likwidacji, nie ogłoszono upadłości, jego aktywami nie zarządza likwidator lub sąd, nie zawarł układu z wierzycielami, jego działalność gospodarcza nie jest zawieszona ani nie znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Izba także wskazuje, że zgodnie z pkt 3.5 SWZ, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawca powinien dostarczyć następujące oświadczenia i dokumenty:

3.5.1 informacje z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 PZP,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 PZP, odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP,

d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, odnośnie do skazania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

e) art. 109 ust. 1 pkt 3 PZP, odnośnie do skazania za przestępstwo lub wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

- wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

3.5.2 zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków i opłat, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 PZP, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem podatków lub opłat wraz z zaświadczeniem Zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert Wykonawca dokonał płatności należnych podatków lub opłat wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności;

3.5.3 zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem, a w przypadku zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z zaświadczeniem albo innym dokumentem zamawiający żąda złożenia dokumentów potwierdzających, że odpowiednio przed upływem terminu składania ofert wykonawca dokonał płatności należnych składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłat tych należności.

Odwołujący wskazuje, że przedłożone zaświadczenia dotyczące niekaralności Przystępującego , a także niekaralności członków organu zarządzającego oraz nadzorczego (załącznik nr 14 do odwołania) nie odnoszą się do wymaganego zakresu określonego

przepisami ustawy. W zaświadczeniach tych nie został przywołany zakres analogiczny ani nawet zbliżony do wymaganego przepisami ustawy.

Izba nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, ponieważ zgodnie z zaświadczeniami o niekaralności w stosunku do członków organu zarządzającego oraz nadzorczego Przystępującego jednoznacznie wynika, że „nie stwierdzono wpisów dotyczących karalności" lub „nie znaleziono żadnych wpisów dotyczących karalności". Należy zgodzić się w tym miejscu z Przystępującym, że podmioty dla których zostały wystawione nie zostały skazane za żadne przestępstwa. Izba dodatkowo wskazuje, że zgodnie z dokumentem wniesionym przez Przystępującego, tj. National Enterprise Credit Information Publicity System (Krajowy System Upowszechniania Informacji Kredytowej dla Przedsiębiorstw) odnoście naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp, z dokumentu tego nie wynika, aby w stosunku do Przystępującego prawomocnie orzeczono zakaz ubiegania się o zamówienie publiczne. Izba dodatkowo wskazuje, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju, pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń , jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) w § 4 ust. 3

, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa wart. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4,art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego,

właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Przepis ust. 2 stosuje się.

Tym samym Izba stoi na stanowisku ,że w tych zaświadczeniach nie było konieczne, aby przywołany był zakres analogiczny lub zbliżony do przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do zaświadczenia co do płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, Izba wskazuje, że z zaświadczenia przedstawionego przez Przystępującego wynika, ze jest to zaświadczenie o rozliczeniu (braku zaległości) podatkowym (załącznik nr 11 do odwołania), natomiast z tłumaczenia przedstawionego przez Odwołującego (załącznik nr 12 do odwołania) wynika, że jest to potwierdzenie zapłaty podatku w Chińskiej Republice Ludowej. Izba stoi na stanowisku, że zarówno zaświadczenie Przystępującego, jak i tłumaczenie Odwołującego wynika zapłata podatku i brak zaległości podatkowej, ale wyłącznie w okresach podatkowych wskazanych w ww. dokumentach. Zdaniem Izby nawet gdyby uznać, ze Przystępujący przedłożył nierzetelne tłumaczenie, to w jednym i drugim przypadku potwierdzono opłacenie podatku w konkretnych terminach. Oznacza to, zdaniem Izby, że brak jest potwierdzenia w zaświadczeniu Przystępującego o tym, że Przystępujący nie zalega w ogóle z płatnościami w podatkach, opłatach.

W takim przypadku, zdaniem Izby, Zamawiający w stosunku do zadania 2 powinien był zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa wart. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Izba nadto wskazuje, że wezwanie wskazane w tym przepisie nie dotyczyłoby zadania 3 i 4 ze

względu na to, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postepowaniu w odniesieniu do wskazanego w dokumentach licznika AM206F (oferta Przystępującego podlega odrzuceniu w zakresie zadania 3 i 4).

Nadto Izba wskazuje, że Zamawiający ma zawsze możliwość żądania wyjaśnień co do treści złożonych podmiotowych środków dowodowych, jak i w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

Stanowi o tym art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa wart. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu oraz art. 128 ust. 5 ustawy Pzp, jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa wart. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

W odniesieniu do płatności składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z zaświadczenia (załącznik nr 13 do odwołania) wynika, że „w okresie od grudnia 2021 do grudnia 2021 jednostka opłaciła składki na ubezpieczenie społeczne zgodnie z zadeklarowanym wynagrodzeniem. W tym okresie nie ma żadnych zaległości". Zdaniem Izby oznacza to, że Przystępujący nie zalega z płaceniem składek wyłącznie w miesiącu grudniu, a nie potwierdza braku jakichkolwiek zaległości.

Nie można zgodzić się z Przystępującym, że w przypadku gdyby występowała wcześniej zaległość podatkowa lub składkowa, to wpłaty Przystępującego zostałyby zaliczone na poczet tej zaległości.

Jednak Izba zważa, że także w tym przypadku, zamawiający w stosunku do zadania 2 powinien był zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przy czym wezwanie wskazane w tym przepisie nie dotyczyłoby zadania 3 i 4 ze względu na to, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postepowaniu w odniesieniu do wskazanego w dokumentach licznika AM206F (oferta Przystępującego podlega odrzuceniu w zakresie zadania 3 i 4).

Nadto Izba wskazuje, że również w tym przypadku Zamawiający ma zawsze możliwość zastosowania art. 128 ust. 4 lub 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby nie zmieniają tego dowody wniesione przez Przystępującego na rozprawie (załącznik nr 8 do pisma - korespondencja mailowa ani poświadczone tłumaczenie z języka chińskiego - załącznik nr 4 do pisma), ponieważ z opinii prawnika z Chin wynika jedynie, że Przystępujący opłaca podatki i opłaty na ubezpieczenie społeczne zgodnie z prawem ChRL, natomiast z poświadczenia, że Przystępujący nie zalega ze składkami w konkretnym okresie.

Tym samym Izba stoi na stanowisku, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3 Pzp w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp i art. 108 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 Pzp.

III. Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c są zdaniem Izby zasadne w odniesieniu do zadania 2, 3 i 4.

Izba zgadza się z Odwołującym, że Przystępujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu poprzez wskazanie licznika pośredniego AM206F w ilości 26 496 szt. w listach referencyjnych (stanowisko Izby w pkt I).

Izba nie zgadza się jednak z Odwołującym, że Przystępujący nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia zarówno w zadaniu 2, 3 i 4 (stanowisko Izby w pkt II). Izba wskazuje, że ze względu na to, iż Przystępujący złożył podmiotowe środki dowodowe, ale zawierające błędy w odniesieniu do płatności podatków i składek na ubezpieczenia społeczne, w związku z powyższym Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie nie zalegania z opłacaniem podatków i opłat oraz nie zalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (wyłącznie w odniesieniu do zadania 2) - stanowisko Izby w pkt II.

IV. Zarzuty Odwołującego w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp i w zw. z art. 109 ust. 2 Pzp są zdaniem Izby zasadne wyłącznie co do art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp w odniesieniu do zadania 3 i 4 .

Izba na początku chce wskazać ,że stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, 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 o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych;

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy 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.

Izba wskazuje, że są dwie osobne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Z art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp wynika, że wprowadzenie w błąd musi przybrać formę zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Zamierzone działanie będzie miało miejsce wtedy, kiedy wykonawca wie, że nie spełnia jednego z warunków udziału w postępowaniu, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenie, że ten warunek spełnia. Rażące niedbalstwo jest niedbalstwem szczególnym, którego rozmiar i waga przekracza brak zwykłej staranności.

Mianem rażącego niedbalstwa określa się w doktrynie prawa cywilnego postać winy nieumyślnej, która przejawia się w tym, że sprawca nie chce postępować bezprawnie i chociaż przewiduje taką możliwość, nie godzi się na ten skutek, bezpodstawnie sądząc, że go uniknie (tak w wyroku z dnia 22 sierpnia 2017 r., KIO 1638/17). W przypadku oceny należytej staranności w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej musi ona uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, gdzie Przystępujący w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu poprzez wskazanie w wykazie dostaw i następnie w referencjach dla zadania 3 i 4 - 26 496 szt. licznika AM206F jako licznika bezpośredniego, co miało istotny wpływ na decyzję podjętą przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu.

Izba wskazuje, że dotyczy to niespełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu poprzez niewykazanie doświadczenia w zakresie dostarczenia 120 000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem LTE.

Nadto Izba nie zgadza się z Odwołującym ,że Przystępujący wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 1 2,3,4 Pzp oraz 109 ust. 1 pkt 1,2,3 Pzp.

Z tego też względu Izba stoi na stanowisku, że nie zachodzą przesłanki wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, lecz na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Konsekwencją powyższego było naruszenie art. 204 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Przystępującego, który podlegał odrzuceniu w zakresie zadania 3 i 4.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 7 ust. 3 pkt 1 i 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania odwołującego w części 3/4 i Przystępującego Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. z siedzibą w Chengdu, Chińska Republika Ludowa w części 1/4.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: .....