

WYROK

Warszawa, dnia 27 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez wykonawcę Light On sp. z o.o. z/s w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Zakrzew przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego, wykonawcy Enled Projekt spółka z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Light On sp. z o.o. z/s w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 4070/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Zakrzew prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest „Modernizacja oświetlenia ulicznego na terenie gminy Zakrzew - etap III” (nr referencyjny: ZP.271.16.2024). Zamawiający sklasyfikował zamówienie jako dostawy. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 lipca 2024 r. pod numerem 454301-2024.

Odwołujący: Light On sp. z o.o. z/s w Warszawie wniósł 4 listopada 2024 r. odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu.

Czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to:

1) wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Enled Projekt spółka z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim [dalej: „Enled”];

2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Enled.

Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enled, podczas gdy wykonawca ten przedstawił wymagany przedmiotowy środek dowodowy w języku obcym bez przedstawienia tłumaczenia na język polski.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Enled;

UZASADNIENIE

Zamawiający w kilku miejscach wyraźnie zaznaczył, że składane przez wykonawców dokumenty (w tym przedmiotowe środki dowodowe) muszą być sporządzone w języku polskim (lub przekazane wraz z odpowiednim tłumaczeniem);

1) Rozdział XIV ust. 10 pkt 1 SWZ: „Oferta powinna być: sporządzona w języku polskim”.

2) Rozdział IV ust. 16 SWZ: „Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę powinny być w języku polskim. Jeżeli podmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone są w języku obcym, przekazuje się

wraz z tłumaczeniem na język polski”.

3)R. XIV ust. 31 pkt 2 tiret 1 SWZ: „DOKUMENTY/OŚWIADCZENIA SKŁADAJĄCE SIĘ NA OFERTE: (...) Wym: PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE – wskazane w załączniku nr 1 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia.

Uwaga! Dokumenty sporządzone w języku obcym należy składać wraz z tłumaczeniem na język polski”.

W żadnym miejscu dokumentacji zamówienia Zamawiający nie dopuścił możliwości składania dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych. Zostało to określone w:

1)Rozdział V SWZ:

„Zamawiający, działając zgodnie z art. 105 i 106 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych, dostaw lub usług z wymaganiami oraz cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia a także z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, żąda złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.

Przedmiotowe środki dowodowe zostały opisane w załączniku nr 1 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia”.

2)Rozdział XIV ust. 31 pkt 2 SWZ: „DOKUMENTY/OŚWIADCZENIA SKŁADAJĄCE SIĘ NA OFERTE: (...) Wym: PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE – wskazane w załączniku nr 1 do SWZ – opis przedmiotu zamówienia”.

3)Rozdział III ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia (stanowiącego załącznik numer 1 do SWZ): „PRZEDMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE

Wykonawca złoży wraz z ofertą następujące przedmiotowe środki dowodowe:

Dla opraw ulicznych U, parkowych P, ozdobnych Z oraz modułu komunikacyjnego należy dostarczyć komplet dokumentów wyszczególniony poniżej:

- a)Karty katalogowe odnoszące się do opraw ulicznych U, parkowych P, ozdobnych Z oraz modułu zdalnego sterowania oprawy.
- b)Deklaracja CE oraz certyfikaty ENEC, ENEC PLUS oraz Zhaga ZD4i odnoszące się do opraw ulicznych U, parkowych P oraz ozdobnych Z;
- c)Deklaracja CE modułu zdalnego sterowania oprawy;
- d)Wypełniony dla wszystkich typów opraw Załącznik nr 1 do OPZ – Tabela doboru urządzeń;
- e)Kompletna lista protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania”.

Zamawiający nie przewidział możliwości uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Przeciwnie – wprost określił, że uzupełnienie nie jest możliwe:

1)Rozdział XIV ust. 31 pkt 2 tiret 2 SWZ: „Zamawiający nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych”.

2)Rozdział III ust. 2 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik numer 1 do SWZ):

„Zamawiający nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych”.

Przedmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę Enled

Wykonawca Enled do oferty dołączył przedmiotowe środki dowodowe, w tym dokument stanowiący listę protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania. Stanowił on plik o nazwie „ZAWIERA TAJEMNICE PRZEDSIĘBIORSTWA Lista protokołów modułu zdalnego sterowania.pdf”.

Przedmiotowy środek dowodowy przedstawiony przez Enled w postaci listy protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania został sporządzony w języku angielskim.

Jednocześnie nie zostało przedstawione tłumaczenie tego dokumentu na język polski.

24 października 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Endled jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 20 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp: „2. Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. 3.

W uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu możliwość złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, oferty podlegającej negocjacom, oferty, oświadczeń lub innych dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane”.

W niniejszym przypadku Zamawiający nie dopuścił – ani w dokumentach zamówienia, ani w ogłoszeniu o zamówieniu – możliwości złożenia jakichkolwiek dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym. Co więcej, w kilku miejscach wskazał, że dokumenty sporządzone w języku obcym należy składać z tłumaczeniem.

Ponadto, zgodnie z § 5 rozp. Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. z 2020 r. poz. 2452):

„Podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia, sporządzone w języku obcym przekazuje się wraz z tłumaczeniem na język polski. Tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, w przypadkach, o których mowa w art. 20 ust. 3 ustawy”.

W związku z powyższym przedmiotowe środki dowodowe powinny zostać przekazane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Z kolei na podstawie 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”.

Natomiast art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przewiduje: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Zatem złożenie wymaganego przedmiotowego środka dowodowego w języku obcym, bez jednoczesnego dołączenia tłumaczenia dokumentu na jęz. polski skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c Pzp i na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wprost wskazał, że nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Uzupełnienie w zaistniałym stanie faktycznym nie jest więc możliwe.

Mając powyższe na uwadze oferta wykonawcy Enled podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c, jak również art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności, czym naruszył wskazane przepisy.

Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W piśmie procesowym odwołujący powtórzył i uzupełnił argumentację załączając zestawienie wszystkich zwrotów, które w dokumencie „Lista protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania” podlegają tłumaczeniu.

Zamawiający: Gmina Zakrzew w odpowiedzi na odwołanie przedstawił stanowisko:

1.Brak jednoznacznego wymogu tłumaczenia w dokumentacji postępowania

Zamawiający wskazuje, że w Rozdziale III ust. 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 1 do Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej „OPZ”) szczegółowo określono wymagania dotyczące dokumentów, które wykonawcy mieli przedłożyć w celu potwierdzenia zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami. W żadnym miejscu OPZ nie zawarto zapisu, który jednoznacznie nakładałby obowiązek tłumaczenia listy protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania na język polski, przeciwnie Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że lista protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania nie wymaga tłumaczenia, zamieszczając w Opisie przedmiotu zamówienia uwagę o treści:

„Uwaga!

a)Dokumenty sporządzone w języku obcym (dotyczy dokumentów opisanych w punktach a, b, c) należy składać wraz z tłumaczeniem na język polski.

b) Zamawiający nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych”

Co prawda, w ogólnych postanowieniach SWZ (Rozdział XIV ust. 10 pkt 1 SWZ; Rozdział IV ust. 16 SWZ) znajduje się wymóg składania dokumentów w jęz. polskim, jednakże w przypadku SWZco do zasady trudno mówić o jakiegokolwiek hierarchii ważności jej postanowień. Opis przedmiotu zamówienia stanowi integralną część SWZ, a zatem oba te dokumenty odczytuje się łącznie, bez ustalania który z nich jest ważniejszy.

Dodatkowo zwrócić należy uwagę, iż w orzecznictwie KIO podkreśla się, że jeżeli jakieś postanowienia SWZ byłyby niejednoznaczne, bądź niemożliwe z przyczyn obiektywnych do spełnienia – to ich interpretacja musi być dokonana z korzyścią dla wykonawców. W niniejszej sprawie w sposób ewidentny widać, że wszyscy wykonawcy, w tym Odwołujący w sposób jednoznaczny zrozumieli postanowienia SWZ.

Zamawiający pragnie zauważyć, że Odwołujący złożył tłumaczenie wyłącznie nagłówek tabeli protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania, natomiast pozostała część tabeli pozostała w języku obcym. Skoro Odwołujący sam uznał za wystarczające przetłumaczenie jedynie nagłówek, można przyjąć, że pełne tłumaczenie protokołów nie było traktowane jako element decydujący o zgodności oferty z wymaganiami. Wybór oferty najkorzystniejszej, która nie zawierała tłumaczenia tabeli, a mimo to umożliwiała dokonanie pełnej oceny, był zatem uzasadniony.

Reasumując, w ocenie Zamawiającego podnoszona przez Odwołującego argumentacja została przygotowana jedynie na potrzeby tego postępowania odwoławczego, ponieważ sam Odwołujący nie tylko nie załączył tłumaczenia protokołów komunikacyjnych, co w sposób jednoznaczny pokazuje, że miał świadomość braku obowiązku tłumaczenia ww. protokołów, ale przede wszystkim, co należy podkreślić, pominął w swym odwołaniu istotną część postanowienia Zamawiającego o wyłączeniu z obowiązku tłumaczeń protokołów komunikacyjnych.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Zamawiającego, bezprzedmiotowe są też obszernie dywagacje Odwołującego w zakresie rzekomego naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Enled.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, złożona przez zamawiającego, stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

Odwołujący stawia zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Enled, podczas gdy wykonawca ten przedstawił wymagany przedmiotowy środek dowodowy w języku obcym bez przedstawienia tłumaczenia na język polski.

Skład orzekający potwierdza za odwołującym, że zasadą prawa zamówień publicznych jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia, w języku polskim, o czym stanowi art. 20 ust. 2 ustawy pzp. Zgodnie z kolejnym, trzecim ustępem artykułu 20 w uzasadnionych przypadkach zamawiający może dopuścić w dokumentach zamówienia możliwość złożenia dokumentów w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Niesporne jest, że postępowanie będące przedmiotem rozpoznania toczy się na terenie Polski i jest prowadzone w języku polskim.

Zarzuty i przedmiot sporu w sprawie to treść przedmiotowych środków dowodowych i języka, w jakim zostały one sporządzone i złożone zamawiającemu przez wykonawców, konkretnie lista protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania.

W wykazie przedmiotowych środków dowodowych zamawiający wyszczególnił:

a/ karty katalogowe /.../

b/ deklarację CE oraz certyfikaty odnoszące się do opraw ulicznych, parkowych oraz ozdobnych;

c/ deklarację CE modułu zdalnego sterowania oprawy;

d/ wypełniony dla wszystkich typów opraw Załącznik nr 1 do OPZ – Tabela doboru urządzeń;

e/ kompletną listę protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania.

Powyższe wyspecyfikowanie zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia zawiera uwagę o treści:

„Uwaga!

a) Dokumenty sporządzone w języku obcym (dotyczy dokumentów opisanych w punktach a, b, c) należy składać wraz z tłumaczeniem na język polski.

b) Zamawiający nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.”

Z treści zacytowanej uwagi wynika jednoznacznie, że zamawiający wymagał dla dokumentów opisanych w punktach a, b i c, o ile dokumenty te sporządzono w języku obcym, tłumaczenia na język polski. Tym samym i w konsekwencji powyższego postanowienia lista protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania nie wymagała tłumaczenia, jako wskazana w punkcie „e”.

Powyższe postanowienie o braku wymogu tłumaczenia konkretnego dokumentu jest w ocenie izby dopuszczalne i uzasadnione względami technicznymi. Skoro zamawiający zgodnie z ustawą jest uprawniony dopuścić składanie przez wykonawców dokumentów w języku obcym w szerokim zakresie, to nie ma przeszkód prawnych, by takie dopuszczenie dotyczyło konkretnego dokumentu, jakim jest lista protokołów komunikacyjnych. Potwierdza taką możliwość powszechnie znana zasada wykładni *a maiori ad minus* tj. wnioskowanie od większego do mniejszego, czyli, jeżeli można więcej, to tym bardziej wolno mniej.

Skład orzekający zauważa przy tym, że jakkolwiek zarzuty dotyczą dokumentów przedstawionych przez przystępującego, to analogiczne dokumenty złożone przez odwołującego również nie zostały przetłumaczone w całości, co słusznie odwołujący uzasadnia faktem nieprzetłumaczalności

Jak stwierdził odwołujący w replice, „Zarówno Odwołujący, jak i Zgłaszający przystąpienie zaoferowali moduły zdalnego sterowania UL2033 pochodzące od ISC sp. z o.o. z tą różnicą, że Zgłaszający przystąpienie przedstawił listę protokołów komunikacyjnych modułu zdalnego sterowania wyłącznie w języku angielskim, natomiast Odwołujący – wraz z tłumaczeniem na język polski.

Faktem jest również, że w spornym dokumencie znajdują się – oprócz wyrażen podlegających tłumaczeniu – również wyrażenia techniczne, które są nieprzetłumaczalne (a w konsekwencji w tłumaczeniu zostały przedstawione w takiej samej formie, jak w oryginale).” Zakres treści przetłumaczonej przez odwołującego w protokołach był w istocie jego wyborem, wynikał z własnej oceny, które zwroty powinny być przetłumaczone. Treści te wskazał w piśmie.

Oceny te pozostają bez wpływu na zasadność oceny, jako że, jak wyżej wskazano lista protokołów komunikacyjnych zgodnie treścią zacytowanej wyżej uwagi zawartej w OPZ, jeśli zostały one sporządzone w języku obcym, nie była objęta wymogiem złożenia tłumaczenia na język polski.

Na marginesie i w swobodniejszym tonie izba zauważa, iż przy założeniu, że treścią oferty w znaczeniu szerokim jest określenie, oprócz świadczenia, również ceny i stron umowy o zamówienie, to przy wymogu użycia języka polskiego dla wszystkich elementów oferty, wykonawca o nazwie własnej Light On, mógłby lub powinien dokonać tłumaczenia: „Włącz światło”. Akapit niniejszy jest oczywiście pozbawiony znaczenia prawnego, jako że zgodnie z ustawą o języku polskim, nie dotyczy ona nazw własnych.

Reasumując, zamawiający dokonując oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w zarzutach odwołania, w szczególności nie naruszył art. 20 ustawy pzp, jako że dla konkretnego dokumentu, przedmiotowego środka dowodowego, nie zastrzegł wymogu tłumaczenia na język polski, co jednoznacznie wskazał w treści opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego integralną część specyfikacji warunków zamówienia.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczanego wpisu od odwołania.

Przewodniczący:.....