

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska
Anna Wojciechowska
Adriana Urbanik

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2024 roku przez wykonawców (odwołujących):

A.Shenzen K. Technology (Chengdu) Company Limited siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu,

B.Shenzhen Star Instrument Company Limited z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, District, Shenzhen, Guangdong Community, Baolong Street, Longgang Office Building 101, Star Industry Park No.4, Baolong 2nd Road, Baolong

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego TAURON Dystrybucja Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, ul. Podgórska 25A

Uczestnicy po stronie odwołujących:

Wykonawca FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Stanisława Wokulskiego 11 zgłaszający przystąpienie w sprawach KIO 4962/24 i KIO 4969/24

Wykonawca Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.Baolong 2nd Road, Baolong Community Street, No.4 Longgang District Shenzhen, Guangdong zgłaszający przystąpienie w sprawie KIO 4962/24

Uczestnik po stronie zamawiającego:

Wykonawca ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821 zgłaszający przystąpienie w sprawach KIO 4962/24 i KIO 4969/24

orzeka:

sygn. akt KIO 4962/24

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutów podstawowych 1 i 4 odwołania i uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów podstawowych 2, 3 i 5 (w odwołaniu oznaczonego jako zarzut 8) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 3, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821 i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z uwagi na przedstawienie dokumentów w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw, których treść wraz z tłumaczeniami miała na celu wywołanie u zamawiającego przekonania, że dostawa wskazana w wykazie dostaw spełnia warunek z pkt 3.1.1.4 SWZ, podczas, gdy tłumaczenia w języku angielskim i języku polskim w stosunku do informacji zawartych w tłumaczeniu przysięgłym certyfikatu w języku chińskim różnią się istotnie, w tym w zakresie oznaczenia partii i faktu czy inteligentne trójfazowe liczniki energii elektrycznej były dostarczone z wbudowanymi modemami GPRS,

2. zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania,

3. kosztami postępowania obciąża przystępującego wnoszącego sprzeciw i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 1 447 zł. 00 gr (jeden tysiąc czterysta czterdzieści siedem złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł. 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego i 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika przystępującego ZPA a.s.,

3.2. zasądza od przystępującego ZPA a.s. na rzecz odwołującego kwotę 20 047 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy czterdzieści siedem złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu, wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.

sygn. akt KIO 4969/24

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów podstawowych nr 1 i 3 (oznaczonych w odwołaniu jako 2.1, 2.3) i oddala odwołanie w zakresie zarzutu podstawowego nr 2 (oznaczonego w odwołaniu 2.2) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach 1, 2 i 3, powtórzenie czynności badania i oceny

ofert i dokonanie odtajnienia wyjaśnień rażąco niskiej ceny złożonych przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Company Limited siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu w zadaniu 1 i 2 wraz z załącznikami oraz w zadaniu 3 wykluczenie wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821 i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z uwagi na przedstawienie dokumentów w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw, których treść wraz z tłumaczeniami miała na celu wywołanie u zamawiającego przekonania, że dostawa wskazana w wykazie dostaw spełnia warunek z pkt 3.1.1.4 SWZ, podczas, gdy tłumaczenia w języku angielskim i języku polskim w stosunku do informacji zawartych w tłumaczeniu przysięgłym certyfikatu w języku chińskim różnią się istotnie w tym w zakresie oznaczenia partii i faktu czy inteligentne trójfazowe liczniki energii elektrycznej były dostarczone z wbudowanymi modemami GPRS,

2. zarzuty ewentualne odwołania pozostawia bez rozpoznania,

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego, przystępującego wnoszącego sprzeciw i odwołującego:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika odwołującego, kwotę 149 zł 00 (sto czterdzieści dziewięć złotych zero groszy) tytułem kosztów dojazdu odwołującego, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika przystępującego,

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5050zł 00 gr (pięć tysięcy pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika i dojazdu,

3.3. zasądza od przystępującego ZPA a.s. na rzecz odwołującego kwotę 6 250 zł 00 gr (sześć tysięcy dwieście pięćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnioną część kosztów strony poniesionych tytułem wpisu, wydatków pełnomocnika i dojazdu.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

Sygn. akt KIO 4962/24

KIO 4969/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla TAURON Dystrybucja S.A.” Nr referencyjny: PZP/TD-CN/04889/2024 ogłoszono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 152/2024472697-2024 z 6 sierpnia 2024 r.

17 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania

KIO 4962/24

27 grudnia 2024 r. wykonawca Shenzhen K. Technology (Chengdu) Company Limited siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu (dalej odwołujący 1) wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa udzielonego przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa przedstawiciela prawnego z 4 września 2024 r. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia, oraz dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący 1 zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy oraz art. 97 ust. 7 pkt 2) ustawy – przez wniesienie w sposób nieprawidłowy wadium w formie gwarancji bankowych sporządzonych przez podmiot nieuprawniony, w języku obcym, w których zawarto warunek podpisania żądania zapłaty przez ZPA Smart Energy a.s. oraz składania żądania zapłaty w języku obcym;

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy – przez zaniechanie odrzucenia oferty podlegającego wykluczeniu ZPA Smart Energy a.s., który przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

3.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy – przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA Smart Energy a.s., pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym wskazaniu w podmiotowych środkach dowodowych – tłumaczeniu wykazu wykonanych dostaw nieprawdziwych informacji co do przedmiotu dostaw, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy wykazać wymagane doświadczenie i uzyskać przedmiot zamówienia, a co jednocześnie świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

4.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. w zw. z pkt 3.5.3 SWZ – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. w związku z nieprzedłożeniem, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że podmiot udzielający zasobów Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne;

- w przypadku nieuwzględnienia powyższych zarzutów odwołujący 1 zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

5.art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ – przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należyście;

6.art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw.z pkt 3.6.1.1 SWZ – przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków organu zarządzającego i nadzorczego podmiotu udostępniającego zasobów, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd.;

7.art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ i w zw. 118 ust. 4 ustawy – przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów;

8.a konsekwencji - art. 16 ustawy przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1.unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

3.odrzucenia oferty złożonej przez ZPA Smart Energy a.s. z uwagi na jej wniesienie w sposób nieprawidłowy wadium, przedstawienie nieprawdziwych, wprowadzających w błąd informacji, złożenie oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, , nieprzedłożenie, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że nie podlega wykluczeniu; ewentualnie, tj. na wypadek, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO) uznała, że niezasadne jest odrzucenie oferty w oparciu o powyższe podstawy;

4.wezwanie ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków organu zarządzającego lub nadzorczego podmiotu udzielającego zasoby- Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd.;

5.wezwanie ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego, że stosunek łączący ZPA Smart Energy a.s. z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Nadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie ze spisem kosztów przedstawionych na rozprawie.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes wnoszącego odwołanie w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż oferta wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. w sposób niezgodny z prawem została wybrana jako najkorzystniejsza w Zadaniu 3 pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych. Zamawiający pozbawił odwołującego 1 możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Czynności zamawiającego zostały dokonane wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem oferta wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. powinna zostać odrzucona w postępowaniu, a jako najkorzystniejsza, powinna zostać wybrana oferta odwołującego. Gdyby Zamawiający dokonał czynności zgodnie z przepisami ustawy, prawidłowo ocenił przesłanki odrzucenia oferty, odwołujący 1 uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Szkoda odwołującego 1 sprowadza się zatem do wymiernej straty wynikającej z niezyskania zamówienia.

W ramach zadania nr 3 w postępowaniu zostały złożone 4 oferty, spośród których największą ilość punktów uzyskała oferta ZPA Smart Energy a.s. (dalej jako: wykonawca), drugą w kolejności była oferta odwołującego.

17 grudnia 2024r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich zadaniach.

Zarzut naruszenia 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy oraz art. 97 ust. 7 pkt 2) ustawy

Wykonawca przedłożył trzy dokumenty w języku czeskim wraz z tłumaczeniem na język polski. Dokumenty te zostały określone jako „gwarancje bankowe” wystawione przez Československá obchodní banka a.s. na łączną kwotę 1.650.000,00 zł. W przedłożonych tłumaczeniach (wszystkich trzech) zawarte zostały postanowienia:

„Pisemny wniosek w języku czeskim lub angielskim musi być podpisany przez osoby upoważnione do działania w imieniu Oferenta”.

„Niniejsza gwarancja bankowa podlega prawu polskiemu i będzie interpretowana zgodnie z nim oraz podlega jurysdykcji sądów Rzeczypospolitej Polskiej.

Odwołujący 1 zarzucił, że Československá obchodní banka a.s. nie jest podmiotem uprawnionym do wystawiania gwarancji bankowych.

Zgodnie z art. 97 ust. 7 pkt 2) ustawy wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach, w tym w gwarancjach bankowych. Prawo zamówień publicznych nie zawiera definicji „gwarancji bankowych”. Zastosowanie znajdują więc przepisy ogólne.

Udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 4) ustawy – Prawo bankowe stanowi czynność bankową. Z kolei w myśl art. 5 ust. 4 pr. bank. działalność gospodarcza, której przedmiotem są czynności bankowe, może być wykonywana wyłącznie przez banki, z wyjątkiem przewidzianym w art. 5 ust. 5 pr. bank. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pr. bank. bank może rozpocząć działalność po uzyskaniu zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego.

Podejmowanie i wykonywanie działalności gospodarczej przez osoby zagraniczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, czasowe oferowanie lub świadczenie usług na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przez osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami określa ustawa z 6 marca 2018 r. o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. W myśl art. 2 ustawy osoby zagraniczne mogą podejmować i wykonywać działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na zasadach określonych w ustawie. Osoby zagraniczne będące przedsiębiorcami mogą tworzyć w Rzeczypospolitej Polskiej oddziały, przedstawicielstwa lub czasowo oferować lub świadczyć usługę, na zasadach określonych w ustawie.

W myśl art. 40 pr. bank. utworzenie oddziału banku zagranicznego w kraju następuje na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego wydanego na wniosek zainteresowanego banku. Oddziały banków zagranicznych podlegają wpisowi do rejestru przedsiębiorców. Również przedstawicielstwa banków zagranicznych i instytucji kredytowych mogą być otwierane w Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie zezwolenia Komisji Nadzoru Finansowego wydanego na wniosek zainteresowanego banku lub instytucji kredytowej (art. 42 pr. bank.).

Skoro wystawienie gwarancji bankowej jest czynnością bankową zastrzeżoną dla banków, a prowadzenie działalności gospodarczej przez banki zagranicznej możliwe jest jedynie po uzyskaniu zezwolenia KNF w dopuszczanej ustawą formie prawnej, to przedstawiony przez wykonawcę dokument nie stanowi zgodnej z prawem gwarancji bankowej w rozumieniu prawa bankowego.

Niezależnie od powyższego odwołujący 1 zarzucił postawienie w dokumentach wadialnych niedopuszczalnych warunków przez podpisanie żądania wypłaty przez wykonawcę, a także przez warunek złożenia żądania wypłaty w języku obcym.

Zgodnie z art 20 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. 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 pkt 3.8.2 SWZ zamawiający zaznaczył, że wszelkie dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski. Tym samym nie dopuścił przewidzianego w art. 20 ust. 3 wyjątku prowadzenia postępowania w języku obcym.

Odwołujący 1 podniósł, że wymaganie, aby żądanie wypłaty sumy wadialnej było sformułowane w języku czeskim lub angielskim stanowi niedozwolony warunek wypłaty sumy gwarancyjnej oraz narusza zasadę prowadzenia postępowania w języku polskim. Ponadto zawarcie w tekście gwarancji kolejnego warunku, aby żądanie wypłaty sumy wadialnej było podpisane przez oferenta-wykonawcę (w dokumencie gwarancji jako oferent został wskazany: ZPA Smart Energy a.s.) stoi w sprzeczności z istotą gwarancji.

W doktrynie przyjmuje się, że istotne jest, aby gwarancja była bezwarunkowa, charakteryzująca się tym, że wypłata sumy gwarancyjnej nastąpi na pierwsze żądanie beneficjenta, bez potrzeby dokumentowania, czy zabezpieczone gwarancją zdarzenia nastąpiły i bez weryfikowania przez bank zasadności tych żądań. Zgodnie z aktualną uchwałą SN z

16.4.1993 r., III CZP 16/93 (...), do minimalnej treści jaką winna zawierać gwarancja należy określenie, że ma ona charakter "bezwarunkowy", "nieodwołalny", a suma gwarancyjna płatna jest na "pierwsze żądanie". Elementy te zapewniają zamawiającemu uzyskanie od banku – gwaranta, kwoty wadium, na podstawie samego pisemnego żądania zapłaty".

Wskazał przy tym na wyrok KIO z 3 września 2018 r., KIO 1674/18, LEX nr 2579017.

Dowód:

1) „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064530” wraz z tłumaczeniem,

2) „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064534” wraz z tłumaczeniem

3) „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064528” wraz z tłumaczeniem

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy lub art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy.

Wykonawca - ZPA Smart Energy a.s. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przedstawił wykaz dostaw wykonanych przez Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. Jako przedmiot zamówienia wskazano: dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS w ilości 43.000 sztuk dla State Grid Corporation of China. Do wykazu dołączona została poświadczona przez wykonawcę kopia dokumentu w języku chińskim, podpisany przez wykonawcę dokument w języku angielskim oraz podpisany przez wykonawcę dokument w języku polskim.

Z dokumentu w języku chińskim wynika, że przedmiotem dostawy było 43.000 trójfazowych inteligentnych liczników energii (w tym moduły komunikacyjne i wbudowane przekaźniki) oraz 5.038 modułów komunikacyjnych.

Dokumenty w języku angielskim i polskim są w istocie oświadczeniami wykonawcy. Dokumenty te nie zostały opisane jako tłumaczenia dokumentu chińskiego, a treść obu tych dokumentów odbiega od treści dokumentu w języku chińskim. Zarówno bowiem w dokumencie w j. polskim jak i w j. angielskim zapisano, że przedmiotem dostawy były 43.000 trójfazowych inteligentnych liczników energii (z modemem GPRS i rozłącznikiem) oraz 5.038 modemów GPRS.

Z powyższego wynika kilka okoliczności:

1) załączając do wykazu powyższe wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego;

2) działanie takie jest przejawem nieuczciwej konkurencji;

3) wykonawca nie wykazał, aby spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W prowadzenie w błąd zamawiającego polega na tym, że wykonawca składając wykaz dostaw potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz załączone do niego trzy dokumenty w języku polskim, angielskim i chińskim chciał wywołać u zamawiającego przekonanie, że załączniki do wykazu stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw wskazanych w wykazie, a dokumenty w językach polskim i angielskim stanowią wierne tłumaczenie dokumentu w języku chińskim.

Tymczasem dokument w języku chińskim nie potwierdza wykonania dostaw wskazanych w wykazie, a dokumenty w językach polskim i angielskim nie stanowią tłumaczenia dokumentu chińskiego. Co więcej, wg informacji posiadanych przez odwołującego 1 również dokument w języku chińskim nie odzwierciedla rzeczywistego stanu faktycznego, ponieważ w rzeczywistości dostarczone przez Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. dla State Grid Corporation of China liczniki nie zawierały wbudowanego modułu komunikacyjnego oraz rozłącznika.

W ocenie odwołującego 1 już sama rozbieżność pomiędzy złożonymi dokumentami w różnych językach, złożonych celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi podstawę do uznania, że nastąpiło podanie informacji wprowadzających w błąd zamawiającego, co miało odzwierciedlenie bezpośrednio w podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia dalszych czynnościach, w tym wyborze oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. jako teoretycznie najkorzystniejszej. Okoliczność, że również dokument w języku chińskim nie potwierdza zgodności treści w nim zawartych z rzeczywistym stanem faktycznym dodatkowo wzmacnia podstawy wykluczenia wykonawcy.

Wskazał wyrok z 27 stycznia 2023 r. (sygn. akt KIO 84/23), wyrok KIO 3284/21 z 24 listopada 2021 r., wyrok z 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14 Sądu Okręgowego w Krakowie.

Zacytował treść z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy.

Wprowadzenie w błąd w tej sprawie wywołane jest przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), a dotyczących oświadczenia wykonawcy o zdolności wykonania zamówienia zgodnie z warunkami opisanymi w SWZ oraz akceptacji projektowanych postanowień umowy, a tym samym jej wykonania zgodnie z opisanymi w niej wymaganiami i warunkami.

Wskazał, że wprowadzenie zamawiającego w błąd w tym postępowaniu nastąpiło w sposób zawiniony, który mógł mieć decydujący wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, wyboru lub udzielenia zamówienia publicznego, a w praktyce miał, gdyż oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą w zadaniu nr 3.

Zgodnie z tezami piśmiennictwa „wpływ ten nie musiał faktycznie nastąpić, gdyż wystarczy potencjalna możliwość wywarcia takiego wpływu. Wprowadzenie w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczących podstaw wykluczenia oraz

spełniania warunków udziału w postępowaniu mogło mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego, gdyby w przypadku przedstawienia poprawnych informacji oferta lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu podlegałyby odrzuceniu.”

Zdaniem odwołującego 1 spełnione są również przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, gdyż faktycznie w postępowaniu doszło do podania przez wykonawcę informacji wprowadzających w błąd, a ich przedstawienie jest co najmniej wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa, jak i informacje te charakteryzują się tym, że miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Potwierdza to zarówno dokumentacja postępowania, jak i niżej przedstawiona argumentacja i tezy orzecznictwa.

W ocenie odwołującego 1 oferta wykonawcy powinna być odrzucona, gdyż podlega on wykluczeniu w oparciu o wskazane wyżej przesłanki. Odwołujący 1 podkreślił, że faktycznie potwierdziły się okoliczności wyczerpujące przewidziane w postępowaniu fakultatywne przesłanki wykluczenia. Potwierdza to dokumentacja postępowania, tj. w szczególności oferta wykonawcy i złożone przez niego oświadczenia, jak i załączone do odwołania dowody.

Wykonawca w swojej ofercie złożył oświadczenia, które nie odpowiadają stanowi faktycznemu i wprowadziły organizatora postępowania w błąd, mając potwierdzić, że jego oferta jest zgodna z warunkami opisanymi w SWZ i jej załączników, jak i że wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach postępowania.

Wykonawca nie tylko w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa, ale wręcz celowo wprowadził w błąd zamawiającego, przez co istotnie wpłynął na decyzje podejmowane w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a w szczególności na jego wynik.

W ocenie odwołującego 1 działania wykonawcy mają charakter świadomy i zamierzony, gdyż wie on, że nie spełnia wymagań dotyczących realizacji zamówienia określonych w dokumentach postępowania, a pomimo tego składa wprowadzające w błąd oświadczenia, potwierdzające że jest w stanie wykonać zamówienia na warunkach opisanych przez zamawiającego w SWZ i jej załącznikach. Działanie to można określić nie tylko jako lekkomyślność czy niedbalstwo, ale wręcz jako zamierzone działanie i rażące niedbalstwo. Wina nieumyślna zachodzi wówczas, gdy sprawca wprowadzić przewiduje możliwość wystąpienia szkodliwego skutku, lecz bezpodstawnie przypuszcza, że zdoła go uniknąć, albo też nie przewiduje możliwości nastąpienia tych skutków, choć powinien i może je przewidzieć. Natomiast od przedsiębiorcy, w tym przypadku wykonawcy składającego ofertę, 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 nakłada na wykonawcę, składającego ofertę wraz z oświadczeniami we własnym imieniu aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Zebrane w postępowaniu oświadczenia potwierdzają, że wykonawca oświadczył nieprawdę w złożonych wraz z ofertą oświadczeniach potwierdzając wykonanie zamówienia zgodnie z jego warunkami, których faktycznie nie spełnia i spełnić nie może, a te czynności wypełniły przesłanki wykluczenia wykonawcy opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy.

Powyższe okoliczności faktyczne odpowiadają orzeczeniu KIO zawartym w wyroku o sygn. akt KIO 706/11 z 14 kwietnia 2011r.

Odwołujący 1 wskazał również na orzecznictwo KIO, które potwierdza konieczność odrzucenia oferty wykonawcy w okolicznościach przedmiotowej sprawy np. wyrok KIO z 28 września 2009r., sygn. akt KIO 1161/09, wyrok KIO 61/12 z 19 stycznia 2012r., wyrok z 29 października 2018r., sygn. akt KIO 2057/18, wyrok KIO 118/18 z 13 lutego 2018r., wyrok KIO 3284/21 z 24 listopada 2021r., wyrok KIO 261/23 z 20 lutego 2023r., wyrok KIO 373/23 z 24 lutego 2023r.

W konsekwencji powyższego wykazane zostało, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w treści oferty przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co miało faktycznie istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Tym samym zdaniem odwołującego wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu nie ujawniając informacji, że utrzymuje kontakty gospodarcze w Rosji. Tym samym wypełnione zostały przesłanki wykluczenia opisane w art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy.

Dowód:

- 1) wykaz dostaw,
- 2) Dokument w języku chińskim
- 3) Dokument w języku angielskim- End User Certificate
- 4) Dokument w języku polskim – Certyfikat Użytkownika Końcowego
- 3) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy

W ocenie odwołującego 1 wykonawca ten celowo przedłożył dokumenty o treści niezgodnej z rzeczywistym stanem faktycznym (dokument w j. chińskim) oraz dokumenty wprowadzające w błąd co do treści dokumentu chińskiego (dokumenty w j. angielskim i j. polskim).

W świetle art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy zamawiający, dokonując badania i oceny ofert, ma obowiązek ustalić, czy nie została ona złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 uznano za czyn nieuczciwej konkurencji wyczerpuje działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Wskazał wyrok z 17 listopada 2016 r.

Niewątpliwym jest, że doszło do naruszenia interesu odwołującego 1, gdyż z powodu niekonkurencyjnego działania wybranego wykonawcy nie może on pozyskać tego zamówienia.

W świetle art. 14 ust. 1 uznano za czyn nieuczciwej konkurencji jest również rozpowszechnianie nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody, jak ma to miejsce w toczącym się postępowaniu. Zgodnie z ust. 2 przywołanego przepisu za nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd informacje, należy uznać między innymi wiadomości o sytuacji gospodarczej. W tej sprawie, przywołane wyżej podmiotowe środki dowodowe ZPA Smart Energy a.s. złożone wraz z ofertą, są sprzeczne z faktyczną sytuacją gospodarczą tego wykonawcy.

Ponadto zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 5) w związku z ust. 2 pkt 1) uznano za czyn nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przypadku odwołującemu, w szczególności przez działanie mające na celu wymuszenie, spowodowane w tym przypadku złożeniem oświadczeń sprzecznych ze stanem faktycznym, na zamawiającym wyboru jako kontrahenta ZPA Smart Energy a.s. W tym przypadku faktycznie złożenie oferty przez ZPA Smart Energy a.s. doprowadziło również do wyłączenia możliwości dokonania przez zamawiającego zakupu u innego przedsiębiorcy, czyli u odwołującego 1, który złożył ofertę zgodną z wymaganiami i warunkami opisanym w SWZ i jej załącznikach.

Zdaniem odwołującego 1 złożenie przez ZPA Smart Energy a.s. oferty zawierającej oświadczenia niezgodne ze stanem faktycznym w sposób rzeczywisty utrudnia mu możliwość pozyskania zamówienia w tym postępowaniu. Tym samym wykonawca ten nie dochowuje zasad uczciwej konkurencji próbując pozyskać realizację zamówienia i pozbawić możliwości jego realizacji innych wykonawców pomimo, że sam nie spełnia warunków zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

4) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. w zw. z pkt 3.5.3 SWZ

Stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 119, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

W myśl art. 124 pkt 1) ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca ma siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy zamawiający może żądać dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Z kolei zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy.

30 października 2024r. zamawiający wezwał wykonawcę ZPA Smart Energy a.s. do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie zadania nr 3.

Wykonawca nie przedłożył podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby - Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. W związku z tym faktem, zamawiający 26 listopada 2024r. wezwał w trybie art. 128 ust. 1 ustawy do złożenia zaświadczenia lub innego

dokumentu potwierdzającego, że podmiot udostępniający zasoby, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. nie naruszył nie naruszył obowiązków dotyczących płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Wykonawca w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy oraz 3.6.1.2 SWZ przedłożył dokumenty, które zawierają historię wpłat na poczet zobowiązań z tytułu ubezpieczeń społecznych w okresie styczeń – wrzesień 2024r. Dodatkowo złożył dokument w języku chińskim, przetłumaczony na język polski, z którego wynika, że Hangzhou Linhang Notariusz publiczny Prowincja Zhejiang Chińska Republika Ludowa zaświadcza się, że Y.G., przedstawiciel prawny Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd., przyszedł do biura notarialnego i złożył swój podpis oraz pieczęć Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. na załączonym do notarialnego poświadczenia Oświadczeniu firmy w języku angielskim w obecności notariusza w dniu 9 grudnia 2024r.

Z całą pewnością z przedłożonych dokumentów – historii wpłat nie można wywnioskować, że wykonawca nie posiada zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych. Dokumenty te nie potwierdzają więc, że wykonawca nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Odwołujący 1 wskazał, że w Prowincji Zhejiang Chińskiej Republiki Ludowej (gdzie ma siedzibę główną Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.) możliwe jest uzyskanie urzędowego zaświadczenia o braku zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych (na dowód czego odwołujący przedłoży stosowne dokumenty). Brak jest podstaw prawnych do składania oświadczenia przez wykonawcę.

W tej sytuacji zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy bez ponownego wzywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie, w którym wykonawca już był wzywany.

Wskazał wyrok z 18 lutego 2022 r., (KIO 282/22, LEX nr 3333234).

Dowód:

1)Pismo zamawiającego z 30.10.2024r.

2)Pismo zamawiającego z 26.11.2024r.

3)Dokument w j. chińskim wraz z tłumaczeniem – „Zaświadczenie o ubezpieczeniu społecznym”

4)Dokument w j. chińskim wraz z tłumaczeniem – „Certyfikat notarialny”

5)Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ

Zgodnie z art. 124 pkt 2) ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W punkcie 3.4.1 SWZ zamawiający zawarł wymaganie złożenia przez wykonawcę wykazu dostaw bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należyście.

Wykonawca nie wykazał, aby spełniał określone przez zamawiającego, ponieważ dostawy wykonane przez podmiot udostępniający zasoby - Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. dla State Grid Corporation of China nie obejmowały dostawy liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE.

Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 128 ustawy wezwać wykonawcę ZPA Smart Energy a.s. do uzupełniania wykazu, czego nie uczynił.

6) Zarzut art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw.z pkt 3.6.1.1 SWZ

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy 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.

W myśl art. 124 pkt 1) ustawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

30 października 2024r. zamawiający wezwał wykonawcę ZPA Smart Energy a.s. do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie zadania nr 3.

W odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby - Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. wykonawca złożył wyłącznie dokument o niekaralności pana G.Y..

W skład organów zarządzających i nadzorczych spółki wchodzi następujące osoby:

1)C.F. -Nadzorca

2)Y.G. - Prezes i Dyrektor Generalny

- 3)Wang Jian - Dyrektor
- 4)Guo Haoyang -Nadzorca
- 5)Chen Bo – Dyrektor,
- 6)Gao Yihua – Dyrektor,
- 7)Wang Youzhao - Dyrektor Samodzielny,
- 8)D.X. -Dyrektor,
- 9)Ding Guomao - Przewodniczący Rady Nadzorczej,
- 10)Wu Liyun -Dyrektor,
- 11)Ding Jiahe – Wiceprezes,
- 12)Liu Xiaosong - Dyrektor Samodzielny,
- 13)Ding Guomao - Przewodniczący Rady Nadzorczej,
- 14)Wu Liyun -Dyrektor,
- 15)Wang Jian -Zastępca Generalnego Menedżera,
- 16)Ding Jiahe – Wiceprezes,
- 17)Liu Xiaosong - Dyrektor Samodzielny,
- 18)Liu Chao - Zastępca Generalnego Menedżera,
- 19)Liu Meizhen - Zastępca Generalnego Menedżera,
- 20)D.X. - - Zastępca Generalnego Menedżera

Pomimo wezwania wykonawca nie złożył dokumentów wskazanych w punkcie 3.6.1.1 (informacji z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy (KRK) 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 2) i 4), art. 109 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy) to jest: dokumentu z rejestru będącego odpowiednikiem KRK dla innych członków zarządu, prokurentów i organów nadzorczych w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2) i ustawy art. 109 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy.

7) Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ i w zw. 118 ust. 4 ustawy

Zgodnie z art. 118 ustawy wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1)zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2)sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3)czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Stosownie do art. 119 ustawy zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3) i 4).

W złożonym przez wykonawcę tłumaczeniu na język polski dokumentu zawierającego zobowiązanie Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd dotyczące udostępnienia zasobów zostało sformułowane w następujący sposób: „4. (...) Udostępniający Zasoby oferuje wykonawcy udostępnienie zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na zapewnieniu doświadczenia w realizacji dostaw. 5. Wyżej opisane zasoby i potencjał techniczny zostaną udostępnione w formie pisemnego zobowiązania do ich udostępnienia na okres prowadzenia postępowania i ewentualnej realizacji zamówienia. 6. W przypadku gdy zamawiający oceni ofertę wykonawcy jako najkorzystniejszą i wezwie go do złożenia dowodów potwierdzających spełnienie wymogu potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej Udostępniający Zasoby zobowiązuje się dostarczyć dostawcy wystarczające dowody zawarte w wymaganiach przetargowych”.

Opisane powyżej zobowiązanie podmiotu trzeciego w najmniejszym stopniu nie potwierdza, że stosunek łączący

wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby - Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. W szczególności z zobowiązania nie wynika, w jaki sposób zasoby będą wykonawcy udostępniane ani w jaki sposób i z jakich zasobów wykonawca będzie korzystał na etapie realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok KIO z 20 marca 2023 r., KIO 596/23, LEX nr 3511241.

Dowód:

Dokument w języku angielskim – „Contractual Obligation To Provide Performance” wraz z tłumaczeniem „Zobowiązanie umowne dotyczące udostępnienia zasobów”

30 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego KIO 4962/24 zgłosił swój udział po stronie odwołującego 1 FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Stanisława Wokulskiego 11. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 30 grudnia 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta samoistnego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść odwołującego, tj. merytorycznego rozpatrzenia odwołania w zakresie przedstawionych zarzutów, a także uwzględnienia wniosków tamże wskazanych w całości. W literaturze wskazuje się, że interes przystępującego sprowadza się do możliwości uzyskania jakichkolwiek korzyści, które przystępujący uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze.

Przystępujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę, w tym w zakresie części (zadania) nr 1, 2 i 3. Z uwagi na zastosowanie w postępowaniu procedury odrwróconej; nie można wykluczyć, że oferta przystępującego będzie najwyższej oceniana w odniesieniu do części (zadań) nr 1, 2 i 3.

Argumentację merytoryczną wraz z ewentualnymi wnioskami dowodowymi w sprawie, przystępujący przedstawi w odrębnym piśmie procesowym, jednak już na tym etapie przystępujący wskazał, że złożenie oferty przez ZPA Smart Energy a.s. w ocenie przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ w podmiotowych środkach dowodowych — w ocenie przystępującego - wskazane zostały nieprawdziwe informacje co do przedmiotu dostaw, co umożliwiło ZPA Smart Energy a.s. wykazanie spełnienia warunku w zakresie doświadczenia, a w konsekwencji uzyskanie zamówienia.

1.6. Wobec powyższego, oferta wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. została — w sposób niezgodny z prawem — wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie Zadania nr 3 pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych. Zdaniem Przystępującego, Zamawiający w sposób oczywiście wadliwy przeprowadził postępowanie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. ze względów wskazanych w odwołaniu, do którego przystępujący ma zamiar przystąpić.

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego 1 sygn akt KIO 4962/24 zgłosił się wykonawca Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. Baolong 2nd Road, Baolong Community Street, No.4 Longgang District Shenzhen, Guangdong działając przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 20 grudnia 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z 10 września 2024 przedstawiciela prawnego odwołującego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W interesie przystępującego leży unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty ZPA jako najkorzystniejszej w Zadaniu nr 3 oraz nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty ZPA w Zadaniu nr 3.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący złożył w Zadaniu nr 3 trzecią ofertę. Uwzględnienie zarzutów odwołania skutkować będzie odrzuceniem oferty ZPA. Także oferta drugiego w kolejności wykonawców - Shenzhen K. - może zostać odrzucona, szczególnie gdy wykonawca ten nie złoży prawidłowych podmiotowych środków dowodowych. Doprowadzenie do takiej sytuacji może zatem spowodować, że to oferta przystępującego będzie najkorzystniejsza w zakresie Zadania nr 3.

Natomiast utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spowoduje poniesienie przez przystępującego szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej (w ramach Zadania nr 3), a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia, stanowi potencjalną szkodę przystępującego, uzasadniającą złożenie tego przystąpienia.

W ocenie przystępującego stanowisko odwołującego należy uznać za prawidłowe, tj. zamawiający bezzasadnie dokonał wyboru oferty ZPA jako najkorzystniejszej oraz zaniechał odrzucenia oferty ZPA (w ramach Zadania nr 3)

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego KIO 4962/24 po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 2 stycznia 2025r. udzielonego przez członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. w odrzuceniu bądź merytorycznym rozpatrzeniu i oddaleniu odwołania w zakresie przedstawionych zarzutów i wniosków

Odwolującego 1 w całości, ponieważ w wyniku uwzględnienia odwołania, oferta złożona przez przystępującego względem zadania nr 3 postępowania będzie ofertą odrzuconą.

Zdaniem przystępującego, zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie względem zadania nr 3 postępowania, w wyniku którego wybrano jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, zaś odwołujący zarzuca zamawiającemu jak we wniesionym odwołaniu, w sposób niesłuszny i nieprawidłowy.

22 stycznia 2025 r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie oświadczając, że:

1) uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutów sformułowanych w pkt I.2. – I.4 odwołania, w których odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty podlegającego wykluczeniu ZPA Smart Energy a.s. (dalej jako „ZPA”), który przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt I.2 odwołania);

b) art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA, pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym wskazaniu w podmiotowych środkach dowodowych – tłumaczeniu wykazu wykonanych dostaw nieprawdziwych informacji co do przedmiotu dostaw, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy wykazać wymagane doświadczenie i uzyskać przedmiot zamówienia, co jednocześnie świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji (pkt I.3 odwołania);

c) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z pkt 3.5.3 SWZ – przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy ZPA w związku z nieprzedłożeniem, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że podmiot udzielający zasobów Hengzhou Sunrise Technology Co. Ltd. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne (pkt I.4 odwołania);

oraz wniósł o:

1) umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionych zarzutów, a także zarzutów ewentualnych wskazanych pkt I.5 i I.6 odwołania, których rozstrzygnięcie – w rezultacie uwzględnienia zarzutu najdalej idącego – jest bezprzedmiotowe;

2) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutu sformułowanego w pkt I.1 odwołania, w których odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy oraz art. 97 ust. 7) pkt 2) ustawy – przez wniesienie w sposób nieprawidłowy wadium w formie gwarancji bankowych sporządzonych przez podmiot nieuprawniony, w języku obcym, w których zawarto warunek podpisania żądania zapłaty przez ZPA Smart Energy a.s. oraz składania żądania zapłaty w języku obcym;

a także – w przypadku przyjęcia do rozpoznania merytorycznego zarzutu ewentualnego z pkt I.7 – oddalenia zarzutu naruszenia

b) art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ i w zw. z art. 118 ust. 4 ustawy – przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów;

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie lub wskazanych bądź przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie lub w dacie powołania się na te okoliczności w postępowaniu przed Izbą;

4) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający uwzględnił najdalej idący zarzut dotyczący nieodrzużenia oferty ZPA uważając za merytorycznie uzasadniony zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem ZPA z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy, jak i odrzuceniem jego oferty jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. W świetle twierdzeń odwołania zamawiający uważa również za uzasadniony zarzut dotyczący nieuzupełnienia zaświadczenia o niezaleganiu w opłaceniu składek przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz ZPA

Ponieważ zarzuty z pkt I.5-8 petitum odwołania mają charakter ewentualny, zatem ich rozstrzygnięcie jest bezprzedmiotowe. Jeżeli jednak skutek sprzeciwu wniesionego przez ZPA rozstrzygane merytorycznie miałyby zostać zarzuty dotyczące zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób lub braku wymaganych zaświadczeń o niekaralności dla osób zasiadających w organach Hangzhou Sunrise, to zamawiający podkreślił, że również te zarzuty uwzględni w trybie art. 522 ust. 1 ustawy.

Odmienne stanowisko zamawiający zajął w zakresie skuteczności udostępnienia zasobów przez Hangzhou Sunrise na rzecz ZPA, których dotyczy zarzut ewentualny nr I.7. Jeżeli będzie on merytorycznie rozpatrywany, wówczas zamawiający wnosi o jego oddalenie.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów odwołania, w którym Odwołujący twierdzi, iż wystawca gwarancji bankowej - Československá obchodní banka, a. s. – nie jest podmiotem uprawnionym do wystawienia gwarancji bankowej, zamawiający wskazał, że jest on bezpodstawny, zaś przytoczone uzasadnienie podstawy prawnej zostało sformułowane w sposób wybiórczy.

Odwołujący pominął okoliczność, że w toku implementacji Dyrektywy 2006/48/WE wprowadzono do polskiego porządku prawnego pojęcie tzw. instytucji kredytowej. Pojęcie to zdefiniowano w art. 4 ust. 1 pkt 17) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowego, zgodnie z którym przez instytucję kredytową należy rozumieć instytucję, o której mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia nr 575/2013, mającą siedzibę na terytorium innego niż Rzeczpospolita Polska państwa członkowskiego. Z kolei zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia instytucja kredytowa oznacza przedsiębiorstwo, którego działalność obejmuje którąkolwiek z poniższych czynności:

a) przyjmowanie depozytów pieniężnych lub innych funduszy podlegających zwrotowi oraz udzielanie kredytów na swój własny rachunek;
b) prowadzenie któregośkolwiek z rodzajów działalności, o których mowa w sekcji A pkt 3 i 6 załącznika I do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE, w przypadku gdy spełniona jest jedna z następujących przesłanek, z zastrzeżeniem że przedsiębiorstwo nie jest podmiotem prowadzącym handel towarami i uprawnieniami do emisji, przedsiębiorstwem zbiorowego inwestowania, zakładem ubezpieczeń ani firmą inwestycyjną, którą zwolniono z wymogu uzyskania zezwolenia na prowadzenie działalności jako instytucja kredytowa zgodnie z art. 8a dyrektywy 2013/36/UE (...) Kierując się zasadą swobodnego przepływu usług w ramach Unii Europejskiej ustawodawca przyznał takim podmiotom możliwość szerokiego działania na krajowym rynku. Zgodnie z art. 48i Prawa bankowego instytucja kredytowa może prowadzić działalność na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej poprzez oddział lub w ramach działalności transgranicznej. Z kolei jak wynika z art. 48j Prawa bankowego, instytucja kredytowa może wykonywać na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej czynności określone w art. 5 ust. 1 i 2 oraz art. 6 ust. 1 pkt 1-4 i 6-8 w zakresie wynikającym z zezwolenia udzielonego przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Wśród wymienionego katalogu czynności, do wykonywania których uprawnione są instytucje kredytowe na terytorium Polski znajduje się również udzielanie i potwierdzanie gwarancji bankowych, które stanowią jedną z czynności bankowych wymienionych w art. 5 ust. 1 pkt 4) Prawa bankowego.

Co do zasady, podmiot zagraniczny mający siedzibę na terytorium Unii Europejskiej oraz będący instytucją kredytową w rozumieniu dyrektywy 2013/36/UE (uchylającej dyrektywę 2006/48/WE) może udzielić, w ramach działalności transgranicznej ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, jeśli uprawnienie do udzielania gwarancji wynika z zezwolenia udzielonego przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Odwołujący nie wykazał zaś okoliczności przeciwniej – tj. braku zezwolenia właściwych władz nadzorczych na udzielanie gwarancji bankowych przez Československá obchodní banka, a. s.

Ponadto w art. 48l Prawa bankowego wprowadzono procedurę weryfikacji zakresu działalności instytucji kredytowej zamierzającej świadczyć usługi transgraniczne, zgodnie z którym instytucja kredytowa może rozpocząć działalność transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po otrzymaniu przez Komisję Nadzoru Finansowego zawiadomienia od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego, które określa rodzaje czynności, jakie instytucja zamierza wykonywać.

Kwestię zgłoszenia instytucji kredytowej zweryfikować można w stosownym wykazie takich podmiotów prowadzonym przez KNF. Za pomocą wyszukiwarki dostępnej na stronie Internetowej KNF można z łatwością zweryfikować, że Československá obchodní banka, a.s. figuruje w rejestrze obejmującym swoim zakresem działalność transgraniczną podmiotów zagranicznych (z EOG) w zestawieniu pod nazwą: Notyfikacje zagranicznych instytucji kredytowych na terytorium RP.

Dowód: Wydruk ze strony Internetowej - wynik wyszukiwania podmiotu

Československá obchodní banka, a.s. w w wyszukiwarce podmiotów dostępnej na stronie Internetowej KNF.

Z załączonego dokumentu jasno wynika, że zakres przedmiotowy notyfikacji do KNF dokonany w odniesieniu do Československá obchodní banka, a.s. obejmuje m.in. gwarancje i zobowiązania.

Zamawiający nadmieniał, że powszechną praktyką wykonawców zagranicznych jest przedkładanie gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych wystawianych przez podmioty zagraniczne, nawet spoza terytorium Unii Europejskiej, co zwykle nie budzi wątpliwości zarówno zamawiających, jak i konkurentów.

Przechodząc do kolejnego argumentu postawienia w dokumentach wadliwych niedopuszczalnego warunku poprzez wymóg podpisania żądania wypłaty przez wykonawcę, zamawiający wskazał, że wynika on wyłącznie z omyłki w tłumaczeniu treści gwarancji bankowych na język polski.

Treść gwarancji bankowych została przetłumaczona w następujący sposób (zacytowany również przez odwołującego w pkt 6 odwołania): pisemny wniosek w języku czeskim lub angielskim musi być podpisany przez osoby upoważnione do działania w imieniu Oferenta (...). Jednak już tylko pobieżna weryfikacja oryginalnej wersji językowej pozwala stwierdzić,

że gwarancja w istocie nie zawiera w swojej treści wymogu podpisania żądania wypłaty wadium przez oferenta. W czeskiej wersji gwarancji bankowej cytowane zdanie zostało sformułowane w następujący sposób: Písemná žádost v českém nebo anglickém jazyce musí být podepsána osobami oprávněnými za Vás. Już proste tłumaczenie za pomocą powszechnie dostępnego narzędzia Google Translator prowadzi do wniosku, że poprawne tłumaczenie powinno brzmieć w następujący sposób: Pisemny wniosek w języku czeskim lub angielskim musi zostać podpisany przez upoważnione osoby w Twoim imieniu. Należy podkreślić, iż w treści gwarancji bankowej wystawca kilkakrotnie zwraca się do Zamawiającego właśnie w pierwszej osobie liczby mnogiej, np.: (...) neodvolatelně a bezpodmínečně zavazujeme zaplatit Vám bez námitek částku až do výše (...), co zostało przetłumaczone jako: (...) nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się do zapłaty na rzecz Państwa, bez sprzeciwu, kwoty do wysokości (...).

W świetle powyższego, poprawne tłumaczenie rozpatrywanego zdania powinno brzmieć: pisemny wniosek w języku czeskim lub angielskim musi być podpisany przez osoby upoważnione do działania w Państwa imieniu. Mając na uwadze powyższe, błąd w tłumaczeniu treści gwarancji nie może rzutować na poprawność i skuteczność poprawianie wystawionego dokumentu w języku obcym. Przywołane przez samego odwołującego orzecznictwo KIO, zgodnie z którym przy ustalaniu zakresu treściowego gwarancji wadialnej zamawiający nie jest zobowiązany do posiłkowania się oryginalną wersją dokumentu, nie wyklucza jednak takiej możliwości, z której w tym przypadku zamawiający skorzystał, biorąc pod uwagę w szczególności łatwość w ustaleniu źródła omyłki i jej nieznaczný charakter.

Następnie, odnosząc się do argumentacji związanej z wymogiem sformułowania żądania wypłaty w języku obcym, zamawiający wskazał, że zarzut ten jest bezpodstawny i nie znajduje oparcia w uzasadnieniu przedstawionym przez odwołującego. Powołany art. 20 ustawy dotyczy czynności dokonywanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a taką czynnością nie jest złożenie żądania wypłaty wadium, która ponadto dokonywana jest pomiędzy innymi podmiotami, niż biorące udział w postępowaniu.

Z kolei przytoczony w odwołaniu pkt 3.8.2 SWZ dotyczy dokumentów sporządzonych w języku obcym składanych wraz z tłumaczeniem przez wykonawcę, a nie przez zamawiającego. Na marginesie - wymóg ten został dochowany przez ZPA Smart Energy a.s. w postępowaniu.

Odnosząc się do kolejnego z zarzutów zamawiający wskazał, że złożone wraz ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia potwierdza w sposób dostateczny, że przystępujący realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. oraz że stosunek łączący przystępującego z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Przystępujący zawarł z Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. w dniu 5 września 2024 r. umowę nazwaną jako Zobowiązanie umowne dotyczące udostępnienia zasobów (dalej jako „Umowa”). W pierwszej kolejności treść Umowy precyzuje, zgodnie z wymogami art. 118 ust. 4 pkt 1) ustawy, zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby, tj. zdolność techniczną lub zawodową polegającą na zapewnieniu doświadczenia w realizacji dostaw.

Dalej, zgodnie z art. 118 ust. 4 pkt 2) ustawy, doprecyzowano również sposób i okres udostępnienia i wykorzystania przez przystępującego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia – w szczególności z Artykułu II ust. 2 Umowy, tj. Preambuły wynika zamiar uczestnictwa Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy – Umawiające się Strony niniejszym wspólnie potwierdzają swoje zainteresowanie udziałem w postępowaniu przetargowym w charakterze Wykonawcy wraz z Udostępniającym Zasoby oraz zawarciem Umowy dostawy. Jak wynika z orzecznictwa KIO, wskazanie na udział podmiotu trzeciego w realizacji prac, czy to w charakterze podwykonawcy, czy też przez skierowanie personelu do wykonania poszczególnych robót, pozwala uznać, że wykonawca, który sam nie może wykazać się koniecznym doświadczeniem, będzie realnie korzystał z zasobów podmiotu, który takie doświadczenie już zdobył.

Okres udostępnienia zasobów sprecyzowano jako czas od podpisania Umowy (Artykuł V ust. 9 Umowy) – na okres prowadzenia postępowania i ewentualnej realizacji zamówienia (Artykuł III ust. 5) – do momentu, gdy oferta przystępującego nie zostanie oceniona przez zamawiającego jako najkorzystniejsza (Artykuł V ust. 10 Umowy).

Przystępujący Foxytech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w piśmie z 23 stycznia 2025 r. w całości poparł odwołanie K., w tym sformułowane w nim zarzuty i wnioski.

W ramach pierwszego z wywiedzionych zarzutów, przystępujący podzielił argumentację K. odnoszącą się do niedopuszczalnego wymogu złożenia żądania wypłaty przez ZPA, jak również złożenia żądania wypłaty w języku obcym. Rację ma odwołujący K., że przedstawiona przez ZPA treść tłumaczenia na język polski dokumentu gwarancji bankowej nr PRAGGO0064530 (Załącznik nr 1 do odwołania K.) - mającej stanowić wadium w zakresie zadania nr 3 - zawiera zwrot wskazujący na nieuprawniony warunek w postaci pisemnego wniosku w języku czeskim lub angielskim, który musi być podpisany przez osoby upoważnione do działania w imieniu Oferenta. W ramach tłumaczenia dokumentu gwarancji bankowej jako Oferent została zdefiniowana ZPA.

Przyjęcie, że dla skorzystania przez zamawiającego z gwarancji bankowej niezbędne byłoby uzyskanie pisemnego wniosku samej zainteresowanej ZPA, pozostawałoby nie do pogodzenia zarówno z funkcją wadium, jak również z wymogami punktu 4.3.2.2 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”). Konsekwencją powyższego musiałby być uznanie, że ZPA wniosła wadium w sposób nieprawidłowy, co powinno prowadzić do odrzucenia oferty tego wykonawcy w myśl art. 226 ust. 1 pkt 4 ustawy.

W ten sam sposób należałoby ocenić brak możliwości złożenia żądania wypłaty gwarancji w języku polskim. Stanowi on bowiem naruszenie art. 20 ustawy oraz 1.4.1 SWZ. Należy zauważyć, że wbrew ustalonemu językowi postępowania, polskie tłumaczenie dokumentu gwarancji bankowej wskazuje, że wniosek o wypłatę sumy gwarancyjnej może być złożony jedynie w języku czeskim lub angielskim.

Zamawiający nie tylko zaniechał odrzucenia oferty ZPA na wskazanej wyżej podstawie, ale nawet nie wezwał ZPA do wyjaśnienia treści oferty i załączonych do niej dokumentów w trybie art. 223 ust. 1 ustawy. W związku z powyższym zarzut K. jest w ocenie przystępującego zasadny.

W ramach 3.2 SWZ zamawiający przewidział wykluczenie z postępowania wykonawców na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy. Do katalogu fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania ustawodawca zaliczył między innymi wprowadzenie zamawiającego w błąd, w zakresie informacji istotnych z perspektywy udzielenia zamówienia publicznego.

Przystępujący przytoczył treść art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10. Zauważył, że zamawiający decydując o zastosowaniu pełnego katalogu podstaw z art. 109 ust. 1 ustawy, przyjął że każda postać wprowadzenia zamawiającego w błąd – tj. niezależnie od jej stopnia i umyślności działania – w zakresie informacji o niepodleganiu wykluczeniu, spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ramach punktu 3.1.1.4 SWZ zamawiający zastrzegł, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt 4 PZP) będzie uznawany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dostawę/dostawy w łącznej liczbie i nie mniejszej niż: c) 30.000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozdzielnikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na w zakresie liczników 3-fazowych (Zadanie nr 3);

W ramach Załącznika nr 3 do SWZ ZPA wskazało, że w okresie 06/2023-06/2024 zrealizowało zamówienie na Dostawę trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS na rzecz State Grid Corporation of China (Jinlin branch). W ramach załącznika do Załącznika nr 3 – tj. wymaganego przez zamawiającego dowodu należytego wykonania zamówienia, ZPA przedstawiła Certyfikat użytkownika końcowego, wystawiony przez State Grid Corporation of China na rzecz podmiotu udostępniającego zasób, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, rzekomo w trzech wersjach językowych (chińskiej, angielskiej i polskiej).

Przystępujący podniósł za K., że chińska treść dokumentu nie pokrywa się z jej „tłumaczeniami” na język angielski i polski. O ile bowiem z dwóch ostatnich dokumentów wynika, że przedmiotem zrealizowanego zamówienia była Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS (Supply of Three Phase Smart Energy Meters including GPRS modem), o tyle oryginalny chiński dokument traktuje o dostawie 43.000 trójfazowych liczników energii (w tym moduły komunikacyjne i wbudowane przekaźniki) oraz 5.038 modułów komunikacyjnych.

Co więcej, z informacji prezentowanych przez K. (akapit nr 23 odwołania), znajdujących potwierdzenie na stronie internetowej podmiotu, na rzecz którego zamówienie wskazane w Załączniku nr 3 miało być realizowane - State Grid Corporation of China, wynika że wbrew polskiej i angielskiej wersji dokumentu, przedmiotem zamówienia nie były trójfazowe inteligentne liczniki energii elektrycznej z modemem GPRS, ale trójfazowe inteligentne liczniki energii elektrycznej z koncentratorami danych, kolektorami danych i modemami.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w wersji polskiej przekazanego dokumentu przekazano informacje nieodpowiadające rzeczywistości, które z całą pewnością wprowadziły zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez ZPA wymogu udziału w postępowaniu. Mając na uwadze charakter rozbieżności treściowej zachodzącej pomiędzy wersją oryginalną - chińską, a wersjami angielską i polską, należy przyjąć, że jej wprowadzenie stanowiło działanie celowe, nakierowane na uzyskanie zamówienia pomimo braku spełnienia wymaganego przez zamawiającego kryterium.

W tym stanie rzeczy zarzut Kaify zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powinien był bowiem wykluczyć wykonawcę ZPA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy.

Przystępujący zgodził się z odwołującym K., że zachowania ZPA opisane w ramach omówionego wyżej zarzutu spełniają znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, zdefiniowanego w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. Nr 47, poz. 211 ze zm.), który zacytował.

W wyroku z 2 kwietnia 2024 r. Krajowa Izba Odwoławcza wyjaśniła, że wykonawca, który oświadcza nieprawdę celem potwierdzenia spełniania wymagań postępowania, dopuszcza się działania sprzecznego z dobrymi obyczajami, które wymagają kierowania się prawdą. Działanie takie narusza interes innych przedsiębiorców, którzy konkurując z

niezależnym wykonawcą tracą szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia. W takiej sytuacji narażony jest również interes zamawiającego, który wybrał do realizacji zamówienia wykonawcę, który nie posiada odpowiednich zdolności i kompetencji do jego zrealizowania².

Przystępujący zauważył, że przedstawiając zamawiającemu nieprawdziwie informacje w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ZPA naruszył zarówno interes zamawiającego, jak również pozostałych przedsiębiorców – uczestników biorących udział w postępowaniu. Z jednej strony ZPA uniemożliwiła zamawiającemu poprawną weryfikację, która w normalnych warunkach skutkowałaby odrzuceniem jej oferty w trybie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy, z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, w wyniku tych sprzecznych z dobrymi obyczajami działań, pozostali uczestnicy postępowania (w tym K. i przystępujący) utracili szansę na uczciwe uzyskanie zamówienia w zakresie zadania nr 3.

Również w przypadku kolejnego zarzutu przystępujący w całości poparł stanowisko odwołującego. K. na swój własny przykład wykazała, że przedstawienie zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, było możliwe – w Prowincji Zheijng Chińskiej Republiki Ludowej wydaje się bowiem zaświadczenia o braku zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych.

Nie było zatem podstaw do skorzystania przez ZPA z wyjątku, w zakresie podmiotu udostępniającego jej zasoby – Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd. – i zastąpienia zaświadczenia o braku zaległości należności publicznoprawnych, oświadczeniem przedstawiciela prawnego podmiotu udostępniającego zasób ZPA.

Wobec faktu uprzedniego wezwania ZPA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (dotyczących braku podstaw wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby – Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd.) w trybie art. 128 ust. 1 PZP, zamawiający nie miał możliwości ponownego wezwania ZPA uzupełnienia dokumentacji w tożsamym przedmiocie. W tym stanie rzeczy zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty ZPA, czemu zaniechał. W przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy lub art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy (omówionego wcześniej), tj. stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia ZPA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy, przystępujący podzielił stanowisko K. o konieczności wezwania ZPA przez zamawiającego do uzupełnienia wykazu z Załącznika nr 3 SWZ, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tj. wykazu dostaw liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należycie).

Przystępujący w całości poparł zarzut zaniechania wezwania ZPA do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności osób wchodzących w skład organów podmiotów udostępniających zasoby, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd.

24 stycznia 2025 r. przystępujący Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. uznał za prawidłowe stanowisko odwołującego K., tj. zamawiający bezzasadnie dokonał wyboru oferty ZPA Smart Energy a.s. (dalej jako: „ZPA”) jako najkorzystniejszej oraz zaniechał odrzucenia oferty ZPA.

Przystępujący przychylił się do zarzutu odwołania dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy lub art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty podlegającego wykluczeniu wykonawcy ZPA, który przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.

Przystępujący przytoczył treść pkt. 3.1.1.4 SWZ. Wskazał, że konieczne było wykazanie się dostawą określonej ilości liczników wraz z wbudowanym modemem GPRS/UMTS.

ZPA na potwierdzenie spełniania tego wymogu złożyła Wykaz Usług, w którym w poz. 1 wskazano: Dostawę trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS 43000 06/2023 – 06/2024 State Grid Corporation of China (Jinlin branch).

Do Wykazu Dostaw załączone także referencje (w języku chińskim oraz przetłumaczone na język angielski i polski).

Wykaz Dostaw zawiera nieprawdziwe informacje, albowiem choć faktycznie dostarczono 43.000 trójfazowych inteligentnych liczników, to nie miały one wbudowanego modułu komunikacji, albowiem te dostarczono osobno (w ilości 5.058 szt.).

Powyższy wniosek oparty jest o następujące ustalenia:

- 1) Oferta o numerze przetargu: 0711-230TL04922004, o której mowa w referencji, została złożona do State Grid Corporation of China w dniu 26.04.2023 r. Ogłoszenie o przetargu można znaleźć na platformie ECommercial State Grid Corporation of China (link do strony internetowej: [tu](#) przystępujący wkleił zrzut ekranu dla tej sprawy w języku chińskim. Tłumaczenie na język polski:

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (Pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Ogłoszenie o przetargu

[State Grid Corporation of China]2023-04-26

Status przetargu zamknięte Nr postępowania 0711-23OTL04922004

Nazwa projektu 35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zakup liczników energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Rodzaj zamówienia: dostawy

Termin uzyskania dokumentacji przetargowej 2023-05-12 17:00:00

Czas otwarcia (zamknięcia) ofert 2023-05-22 08:30:00

Miejsce otwarcia ofert Szczegóły w dokumentacji przetargowej

Zamawiający State Grid Corporation of China

Wprowadzenie do projektu Dokumenty ogłoszenia Pobierz ogłoszenie Uzyskaj dokumenty przetargowe

W chińskiej wersji referencji napisano, że: "...已成功完成执行国家电网有限公司

2023年第十三批电能表（含用电信息采集）招标采购”，co po polsku oznacza:

pomyślnie zrealizowała umowę na przetarg i dostawę 135. partii inteligentnych liczników energii.

W polskiej wersji językowej tej referencji napisano: *Pomyślnie wdrożyliśmy umowę na przetarg i zakup 13 partii inteligentnych liczników energii.*

Tymczasem zgodnie z ogłoszeniem o przetargu, publicznie dostępnym na platformie E-Commercial State Grid, omawiany projekt jest 35 partią zamówień publicznych (a nie 13tą) State Grid Corporation of China w 2023 r. Opis referencji nie jest zatem zgodny ze stanem faktycznym.

Nazwa procedury przetargowej brzmi: 35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (Pierwszy przetarg i zamówienie liczników energii elektrycznej (w tym zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)), ale w chińskiej wersji certyfikatu referencyjnego nazwa projektu brzmi: 三相智能电表（含用电信息采集, w tłumaczeniu na polski:

Trójfazowy licznik inteligentny (obejmujący również zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)

Ale już w złożonym Zamawiającemu tłumaczeniu referencji na język angielski i polski napisano: *Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS.*

Tak więc opis ten (w tłumaczeniach) nie jest zgodny z prawdą. Co więcej, „w tym zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej” nie oznacza modemu GPRS. Oznacza to, że w tej procedurze przetargowej zakres oferty obejmuje koncentratory danych, kolektory danych, modemy. Tłumaczenie całkowicie zmieniło znaczenie tekstu. ZPA w konsekwencji wprowadza zamawiającego w błąd, aby uznał że dostarczone inteligentne liczniki są wyposażone w modem GPRS (choć tak nie było).

6 czerwca 2023 r. opublikowano ogłoszenie o przetargu na platformie

E-Commercial chińskiej spółki State Grid Corporation – przystępujący wkleił zrzut ekranu dla wskazanej strony.

Tłumaczenie na język polski (wyciąg):

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

[State Grid Corporation of China]2023-06-06

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zakup liczników energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii

elektrycznej)) Lista zwycięskich oferentów

(Numer przetargu: 0711-23OTL04922004)

Zabrania się powielania lub ponownego publikowania poniższych treści bez upoważnienia, w przeciwnym razie osoba naruszająca prawa autorskie zostanie pociągnięta do odpowiedzialności prawnej za naruszenie praw autorskich.

Zakończyło się publiczne ogłoszenie oferentów, którzy wygrali wstępnie 35. partię zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej)) (nr oferty: 0711-23OTL04922004). Lista zwycięskich oferentów została ogłoszona w następujący sposób:

Numer podzadania

Numer zadania

Status oferty

Zamawiający

Zwycięski oferent

SG2327-1307-23001

Zadania nr 1

Wygrywająca

State Grid Corporation of China Shanxi company

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

Zgodnie z powyższym ogłoszeniem, Hangzhou Sunrise wygrał 13 zadań, w tym 2 zadania (Zadanie 9 i Zadanie 49) dla State Grid Corporation of China (Jilin Branch), jak na poniższej liście (publicznie dostępnej w Internecie):

SG2327-130723002 Task No. 1 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Tibet Branch and Gansu branch) Hangzhou

Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 2 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Fujian branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723003 Task No. 2 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Liao Ning branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-110823006 Task No. 4 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Sichuan branch and Shanxi Branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-1108-Task No. 9 Wygrywająca State Grid Hangzhou 23005 Corporation of Sunrise China (Jilin Technology branch) Co.,Ltd.

SG2327-130723003 Task No. 16 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Shanghai branch, Hebei branch, Shangdong branch, Shanxi branch, Chongqing branch) Hangzhou

Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-110823006 Task No. 26 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Hubei branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-110823006 Task No. 36 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Gansu branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-1307-Task No. 49 Wygrywająca State Grid Hangzhou 23002 Corporation of Sunrise China (Jilin Technology branch and Co.,Ltd. Shanxi Branch)

SG2327-110823005 Task No. 50 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Sichuan branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 69 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Shanghai branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723002 Task No. 69 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Fujian branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 116 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Anhui branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

Ponadto, sprawdzając zakres dostaw załączony do dokumentacji przetargowej, zamówienie na produkty w ramach Zadania 9 i Zadania 49 należące do State Grid Corporation of China (oddział Jilin i oddział Shanxi) udzielone Hangzhou Sunrise

Technology Co., Ltd. jest następujące – tu przystępujący wkleił tabelę w języku chińskim.

W tłumaczeniu na język polski:

Zadanie 9:

Moduł komunikacyjny do koncentratora danych: 11000 szt - koncentrator danych: 11000 szt.

Zadanie 49:

-Moduł komunikacyjny do licznika trójfazowego: 5058 szt.

-Licznik trójfazowy (bez komunikacji), 5A:23000 szt.

-Licznik trójfazowy (bez komunikacji), 10A: 20000 szt.

Co więcej, zgodnie z wymogiem zawartym w sekcji 5 specyfikacji przetargowej, inteligentne liczniki będą dostarczane bez modułu komunikacyjnego, tu wkleił pkt 5 w języku chińskim.

Tłumaczenie na język polski:

„5. Inne wymagania:

5.1 Zakres dostawy inteligentnych liczników energii, liczników energii IoT, liczników energii typu szynowego, koncentratorów, kolektora typu I, dedykowanego transformatorowego terminala zbiorczego typu I i dedykowanego transformatorowego terminala zbiorczego typu III urządzeń z interfejsami modułów komunikacyjnych nie obejmuje modułów komunikacyjnych. Dostawa modułów komunikacyjnych podlega informacjom o jednostce komunikacyjnej w opakowaniu.”

Powyższe według przystępującego potwierdza, że Hangzhou Sunrise dostarczyła 43000 trójfazowych inteligentnych liczników (bez modułu komunikacyjnego GPRS) i 5058 modemów GPRS, co nie jest spełnieniem warunku doświadczenia wskazanego w SWZ.

ZPA składając Wykaz Usług wraz z referencjami (w tym ich tłumaczeniami na język angielski, jak i język polski), podała nieprawdziwe informacje, które zmierzały do celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku doświadczenia.

Nie ma przy tym znaczenia, że informacje te dotyczą podmiotu udostępniającego zasób, albowiem to ZPA podała zamawiającemu te informacje, które z całą pewnością przy zachowaniu choćby minimum należytej staranności powinna była zweryfikować. Zresztą, skoro dał radę to uczynić odwołujący, to także ZPA miała taką możliwość. W konsekwencji bez znaczenia jest stan świadomości podmiotu udostępniającego zasób, choć wydaje się to wręcz nieprawdopodobne, aby ZPA nie miała świadomości nieprawdziwych informacji.

Tym samym spełniła się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) ustawy, powodująca konieczność wykluczenia wykonawcy ZPA z postępowania, bez możliwości zastąpienia nieprawdziwych informacji prawdziwymi, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy.

Przystępujący zgodził się także z zarzutem odwołania dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Przystępujący w całości poparł zarzut odwołania dot. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. w zw. z pkt 3.5.3 SWZ, przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA w związku z nieprzedłożeniem, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że podmiot udzielający zasobów - Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, że brak jest podstaw do ponownego wzywania wykonawcy ZPA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, *wykonawca jest wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może je uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego w wezwaniu informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, aby zamawiający nie wzywał „do skutku”, dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego, dokumentu lub oświadczenia w odniesieniu do tej samej okoliczności* (A. Gawrońska-Baran [w.] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2024, art. 128).

Chociaż treść przepisu nie zawiera wprost ograniczenia liczby wezwań wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, to zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy jednokrotnie. Nie jest przy tym istotna liczba wystąpień zamawiającego, lecz zakres kierowanego wezwania. Wykonawca ma szansę na uzupełnienie lub poprawienie złożonych dokumentów jeden raz w zakresie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu” (M. Stachowiak [w.] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 128.).

Ponadto, zgodnie ze stanowiskiem zaprezentowanym w wyroku KIO z dnia 18.02.2022 r. (KIO 282/22): *Nie sposób przy tym przyjąć możliwości jeszcze jednego wezwania odwołującego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w sytuacji gdy już raz on je uzupełnił. Niedopuszczalne jest wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tych*

samych dokumentów. Przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, pozwalając na dowolność zamawiających w decydowaniu o tym, ile razy dać poszczególnym wykonawcom szansę na poprawienie braków.

Za w pełni zasadny przystępujący uznał również zarzut odwołania dot. naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należycie.

Zdaniem przystępującego na uwzględnienie zasługuje także zarzut odwołania dot. naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy w zw. z pkt. 3.3.8 SWZ w zw. z pkt. 3.6.1.1 SWZ, przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków organu zarządzającego i nadzorczego podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd.

Jak słusznie wskazał odwołujący, zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, pozyskanymi z chińskiego Krajowego Systemu Informacji Kredytowej Przedsiębiorstw, w organach spółki Hangzhou Sunrise (podmiot udostępniający zasoby ZPA) zasiada łącznie 13 osób. Tu przystępujący wkleił fragment strony Krajowego Systemu Informacji Kredytowej Przedsiębiorstw.

źródło:

Są to następujące osoby:

- 1 M.X. Zastępca Dyrektora Generalnego
- 2 C.F. Nadzorca
- 3 Y.G. Prezes i Dyrektor Generalny
- 4 D.X. Sekretarz Rady Dyrektorów Spółek Notowanych
- 5 Wang Jian Dyrektor i zastępca dyrektora generalnego
- 6 Bao Junming Zastępca Dyrektora Generalnego
- 7 Guo Haoyang Nadzorca
- 8 Chen Bo Niezależny Dyrektor
- 9 Gao Yihua Dyrektor
- 10 Wang Youzhao Dyrektor
- 11 Ding Jiahe Zastępca Dyrektora Generalnego i Wiceprezes
- 12 Ding Guomao Przewodniczący Rady Nadzorczej
- 13 Wu Liyun Dyrektor

Tymczasem Hangzhou Sunrise przedłożyło podmiotowe środki dowodowe celem wykazania niekaralności osób zasiadających w organach ww. spółki jedynie w odniesieniu do p. Y.G. (Prezes i Dyrektor Generalny).

W świetle powyższego zamawiający powinien był wezwać ZPA do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania, że podmiot udostępniający zasób (Hangzhou Sunrise) nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Przystępujący zgodził się również z zarzutem odwołania dot. naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt. 3.4.1 SWZ i w zw. art. 118 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Przystępujący przytoczył treść przepisu art. 118 ust. 3 i 4 ustawy.

W orzecznictwie KIO wskazuje się natomiast, że skuteczne udostępnienie zasobów innemu wykonawcy wymaga wykazania, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie realny oraz faktyczny. Jako reprezentatywne wskazać można orzeczenia Izby wydane w następujących sprawach: KIO/KU 65/14, KIO 192/16, KIO 792/14

Szczególne wątpliwości zamawiającego powinien wzbudzać następujący punkt zobowiązania: *Wyżej opisane zasoby i potencjał techniczny zostaną udostępnione*

w formie pisemnego zobowiązania do ich udostępnienia na okres prowadzenia postępowania i ewentualnej realizacji zamówienia. Wynika z niego, że na dzień składania ofert nie doszło do faktycznego udostępnienia zasobów (a dopiero może dojść do takiego udostępnienia w przyszłości).

Zatem należy zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że zobowiązanie podmiotu trzeciego (Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd.) w żadnym stopniu nie potwierdza rzeczywistego (realnego) dostępu do zasobów ww. podmiotu.

24 stycznia 2025 r. ZPA a.s. wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu oraz przedstawił stanowisko przystępującego w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu wraz z dowodami istotnymi dla rozstrzygnięcia odwołania.

Odwołujący podniósł w odwołaniu zarzut zasadniczy, dotyczący rzekomego wprowadzenia zamawiającego w błąd przez przystępującego co do spełnienia warunków ubiegania się o zamówienia w postaci posiadanego doświadczenia, przez co w konsekwencji odwołujący wniósł o odrzucenie oferty przystępującego oraz wykluczenie przystępującego w zakresie Zadania nr 3. Jako zarzuty ewentualne odwołujący podniósł w odwołaniu, że w zakresie Zadania nr 3, zamawiający zaniechał

wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu Dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, oraz kolejny zarzut ewentualny, iż w zakresie Zadania nr 3, zamawiający zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób na rzecz przystępującego, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.

Przystępujący przedłożył Wykaz Dostaw na potwierdzenie posiadanych zdolności technicznych i zawodowych w przedmiocie dostawy trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS, w tym wskazując wszelkie niezbędne dane, a także przedkładając załączniki (w języku chińskim, angielskim oraz polskim) do Wykazu Dostaw, które potwierdzają ich należyte wykonanie lub wykonywanie.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że dostarczony przez przystępującego Wykaz Dostaw zawiera nieprawdziwe informacje, ponieważ wg jego opinii, trójfazowe inteligentne liczniki nie miały wbudowanego modułu komunikacji. Powyższe wnioskowanie oparł na tekście dokumentacji przetargowej z Chin, a także na rozbieżnościach w wersjach językowych załączników przedłożonych przez przystępującego.

Przystępujący oświadczył, że na poczet postępowania omyłkowo przedłożył wadliwy dokument opisujący referencje dla dokonanych dostaw w języku chińskim. Tym samym, dokument oryginalny, na bazie którego przedłożono tłumaczenia w języku polskim i angielskim przystępujący załączył do tego pisma jako dowód. Ewentualna rozbieżność pomiędzy referencjami może być rozpatrywana wyłącznie w perspektywie omyłki w tłumaczeniu, a nie zaś braku doświadczenia przystępującego. Jeżeli omyłka ta wymagałaby dodatkowych wyjaśnień – zamawiający mógł o takie wnosić. Przystępujący zaznaczył, że tego typu uchybienie nie może prowadzić do odrzucenia oferty.

Przystępujący zaznaczył, że przedmiotem wykazania zdolności technicznej i zawodowej jest zapewnienie określonego poziomu bezpieczeństwa dla zamawiającego. Przez wymagania w zakresie doświadczenia, zamawiający może przypuszczać, że wykonawca posiada wiedzę i doświadczenie dające zamawiającemu rękojmię, że realizacja zamówienia będzie przebiegała sprawnie, terminowo, a efekt spełni jego wymagania. Tym samym, ocena doświadczenia wykonawcy nie powinna być rozpatrywana wyłącznie abstrakcyjnie. Powyższe oznacza, że dla prawidłowej oceny zdolności technicznej i zawodowej wykonawcy nie można opierać się wyłącznie na brzmieniu dokumentacji zagranicznego postępowania o udzielenie zamówienia, lecz należy mieć na względzie rzeczywisty stan rzeczy oraz faktyczne doświadczenie wykonawcy. Celem wykazania doświadczenia jest bowiem zapewnienie posiadania doświadczenia wynikającego z faktycznych dostaw, nie zaś potencjalnego i hipotetycznego doświadczenia bazującego na domniemanym zakresie stosunku prawnego. Tym samym wnioskowania i opinie odwołującego są nieprawidłowe wobec stanu faktycznego w sprawie.

Przystępujący współpracuje z podmiotem udostępniającym zasoby, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, który występował w postępowaniu przetargowym zorganizowanym w 2023 r. przez State Grid Corporation of China Limited (nr postępowania: 0711-230TL04922004), uzyskując zamówienie publiczne na trójfazowe inteligentne liczniki wraz z modułem komunikacyjnym. Zgodnie z dostarczonymi załącznikami do Wykazu Dostaw, przedmiotem dostawy jest towar o modelu: DTZY1296-G. Na potrzeby tego postępowania przystępujący wyjaśnia, iż odnośnik "-G" w nazwie modelu producenta oznacza, iż produkt posiada moduł komunikacyjny GPRS. Jednocześnie, informacja ta jest łatwo identyfikowalna w powszechnie dostępnych źródłach informacji, co potwierdzają m.in. następujące strony internetowe oferujące możliwość zakupu ww. licznika:

- <http://fukukitaganka.com/139.html> - gdzie zawarto fragment w języku chińskim: "主要功能：监测参数功能、防窃电功能、RS485通讯、费控预付费、GPRS", w tłumaczeniu na język polski:

"Główne funkcje: Funkcja parametrów monitorowania, funkcja antykradzieżowa, komunikacja RS485, przedpłata za kontrolę kosztów, GPRS";

- <https://www.yunjichaobiao.com/chanpin/70.html> - gdzie zawarto fragment w języku chińskim: "电表内置4G/GPRS无线模块，无需额外配置采集设备", w tłumaczeniu na język polski: "Licznik posiada wbudowany moduł bezprzewodowy 4G/GPRS, dzięki czemu nie ma potrzeby konfiguracji dodatkowego sprzętu do zbierania danych".

Przystępujący podkreślił, że wymagania w zakresie doświadczenia ustanowione przez zamawiającego w postępowaniu nie odnoszą się do tego, aby dostawy wykazane w Wykazie Dostaw dokonywane były wyłącznie na podstawie wcześniej uzyskanego zamówienia publicznego. Tym samym, każdy z wykonawców mógł przedstawić posiadane doświadczenie zdobyte na rynku, w dowolny sposób. Nie ma zatem żadnej przesłanki, która sugerowałaby, aby dokumentacji przetargowej chińskiego podmiotu (która mogła się zmieniać w stosunku do ostatecznie zawartej umowy i wiążącego stosunku prawnego, a także która abstrakcyjnie odnosi się do przedmiotu sprawy) nadawać większe znaczenie dowodowe, aniżeli referencjom, które złożył (i które może uzupełnić bądź wyjaśnić) Przystępujący, a które potwierdzają rzeczywisty stan rzeczy.

Odwołujący odniósł się ponadto w odwołaniu do rozbieżności w zakresie tekstu załączników przedłożonych przez przystępującego do Wykazu Dostaw sugerując, iż było to działanie zmierzające do celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku doświadczenia.

Przystępujący poinformował, że załączniki, które przedłożył do Wykazu Dostaw celem potwierdzenia należytego wykonania bądź wykonywania dostawy posiadają nieznaczne rozbieżności, w tym dot. nazwy postępowania przetargowego oraz przedmiotu dostawy. Jak powyższej wskazano, rozbieżności te wynikają z faktu przedłożenia nieprawidłowego dokumentu

referencji w chińskiej wersji językowej, tj. omyłki, a nie celowego działania przystępującego. Przystępujący zaznacza jednocześnie, że nawet rozbieżności w przedłożonych w postępowaniu referencjach nie mają żadnego wpływu na zakres przekazywanych zamawiającemu istotnych informacji, w szczególności nie mogły wprowadzić go w błąd. Nawet przy założeniu rozbieżności w wersjach językowych referencji, zamawiający wciąż otrzymał informację zgodną z rzeczywistym stanem rzeczy, ponieważ przedmiotem dostaw były trójfazowe inteligentne liczniki z modemem GPRS i rozłącznikiem, gdyż takim właśnie typem licznika jest produkt model: DTZY1296-G. Tym samym treść referencji nie jest wewnętrznie sprzeczna i nie prowadzi do rozbieżnych rezultatów w odniesieniu do stanu rzeczywistego.

Wskazana rozbieżność pomiędzy przekazanymi referencjami nie miała zatem zdolności do wprowadzenia zamawiającego w błąd, wciąż poświadczając dane zgodne z prawdą. Jeżeli natomiast powyższe generowałyby dla zamawiającego wątpliwości, to mógł on wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień dot. ww. różnic pomiędzy załącznikami do Wykazu Dostaw.

Co więcej, powołując się na wyrok z dnia 5 grudnia 2014 r., XII Ga 659/14, Sąd Okręgowy w Krakowie stwierdził, że "złożenie nieprawdziwych informacji polega na rozbieżności pomiędzy treścią dokumentu złożonego przez Odwołującego, a rzeczywistym stanem rzeczy", co jednoznacznie przesądza o tym, że przedłożone referencje, a także stan rzeczywisty dotyczący realizowanej dostawy są spójne w każdej z wersji językowych referencji, a także poświadczają prawidłowe informacje dla zamawiającego.

Jednocześnie rozbieżność pomiędzy nazwą postępowania przetargowego w elektronicznym portalu zamówień chińskiego podmiotu, a nazwą wskazaną w referencji, jest oczywistą omyłką pisarską.

Zarzut ewentualny dot. złożenia poprawionego Wykazu Dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w przypadku, w którym zarzut opisany w pkt 2.2 powyżej nie zostanie uwzględniony, zamawiający wciąż powinien wezwać przystępującego do złożenia poprawionego Wykazu Dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, co potwierdzać ma spełnienie wymogu doświadczenia.

Przystępujący zaznaczył, że charakter oraz źródło omyłek wskazanych w dokumentach, o których mowa w zdaniu wyżej, nie mogły wprowadzić zamawiającego w błąd oraz spowodować u niego istotnych wątpliwości co do zakresu i przedmiotu Wykazu Dostaw. Wskazane omyłki pisarskie, a także wykazanie faktu dostaw, zgodne ze stanem rzeczywistym, nie posiadają bowiem zdolności do wywołania uzasadnionych wątpliwości u zamawiającego, czego wyrazem było brak wezwania do wyjaśnień w zakresie złożonych przez przystępującego dowodów. Tym samym, zdaniem przystępującego, zamawiający prawidłowo uznał, że nie ma konieczności doprecyzowania oraz składania dalszych uzupełnień bądź wyjaśnień w przedmiocie Wykazu Dostaw, które poświadczają o posiadanym doświadczeniu wykonawcy.

Przystępujący zaznaczył, że posiada możliwość uzyskania korekty tychże dokumentów oraz nie był wzywany uprzednio do korekty takiej czynności przez zamawiającego.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że w skład organów podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz przystępującego, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, wchodzi więcej osób, dla których to nie przedłożono wymaganych podmiotowych środków dowodowych celem wykazania niekaralności osób zasiadających w organach ww. spółki.

Przystępujący wskazał, że nie był wzywany do uzupełnienia tego podmiotowego środka dowodowego przez zamawiającego, a na jego wezwanie przedłożył wymagane dokumenty. Nawet jeśli uznać, że w skład organów podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz przystępującego wchodzi więcej osób, to należałoby oczekiwać od zamawiającego wezwania przystępującego przez zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, nie zaś do odrzucenia oferty. W celu wykazania oryginalnego brzmienia referencji dot. dostaw, będącej podstawą dla przedłożonych referencji w języku polskim i angielskim, przystępujący przedłożył referencję w języku chińskim dot. Wykazu Dostaw wraz z tłumaczeniem na język polski.

Dowód: referencja w chińskiej wersji językowej wraz z tłumaczeniem na język polski (Załącznik 1)

W celu wykazania, że właściwości trójfazowego inteligentnego licznika dostarczonego w ramach dostaw wykazanych w Wykazie Dostaw przez przyjmującego, model DTZY1296-G, obejmują moduł komunikacji GPRS, przystępujący przedłożył następujące wydruki ze stron internetowych opisujących właściwości ww. licznika:

Dowód: wydruk ze strony internetowej <http://fukukitaganka.com/139.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G (Załącznik 2),

Dowód: wydruk ze strony internetowej <https://www.yunjichaobiao.com/chanpin/70.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G (Załącznik 3).

Przystępujący stanął na stanowisku, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie są zasadne w części dotyczącej oferty przystępującego w zakresie zarzutu wprowadzania zamawiającego w błąd przez przystępującego, wraz z zastrzeżeniami zgłoszonymi wobec Wykazu Dostaw i jego załączników. Przystępujący podkreślił, że w jego opinii ewentualne rozbieżności w przekazanych informacjach nie mogły wywołać obiektywnych wątpliwości, a tym samym nie uzasadniały wezwania do wyjaśnień bądź uzupełnienia tego środka dowodowego.

Odwołujący K. dodatkowo złożył stanowisko pisemne, w którym oświadczył, że

1)cofa zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy oraz art. 97 ust. 7 pkt 2) ustawy przez złożenie sprzecznego z ustawą wadium w formie gwarancji bankowych sporządzonych przez podmiot nieuprawniony, w

języku obcym, w których zawarto warunek podpisania żądania zapłaty przez ZPA Smart Energy a.s. oraz składania żądania zapłaty w języku obcym;

2)cofa zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. w zw. z pkt 3.5.3 SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. w związku z nieprzedłożeniem, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że podmiot udzielający zasobów Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne;

3)w pozostałym zakresie podtrzymał wszystkie zarzuty odwołania.

Wykonawca - ZPA Smart Energy a.s. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia przedstawił wykaz dostaw wykonanych przez Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. Jako przedmiot zamówienia wskazano: dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS w ilości 43.000 sztuk dla State Grid Corporation of China. Do wykazu dołączona została poświadczona przez wykonawcę kopia dokumentu w języku chińskim, podpisany przez wykonawcę dokument w języku angielskim oraz podpisany przez wykonawcę dokument w języku polskim.

Z dokumentu w języku chińskim wynika, że przedmiotem dostawy było 43.000 trójfazowych inteligentnych liczników energii (w tym jednostki komunikacyjne i wbudowane przekaźniki) oraz 5.038 jednostek komunikacyjnych.

Dowód: tłumaczenie przysięgłe referencji z języka chińskiego.

Z tłumaczenia wykonanego przez tłumacza przysięgłego wprost wynika, że po pierwsze ZPA Smart Energy a.s. nie spełnia warunku doświadczenia, a po drugie – składając błędne tłumaczenie wprowadził zamawiającego w błąd, jakoby spełniała warunek udziału w postępowaniu.

W piśmie z 24 stycznia 2025r. ZPA Smart Energy a.s. oświadczył, że na „poczet Postępowania omyłkowo przedłożył wadliwy dokument opisujący referencje dla dokonanych dostaw w języku chińskim”, a „dokument oryginalny, na bazie którego przedłożono tłumaczenia w języku polskim i angielskim przystępujący załącza do niniejszego pisma jako dowód”. Ewentualna rozbieżność pomiędzy referencjami może być w ocenie ZPA Smart Energy a.s. rozpatrywana „wyłącznie w perspektywie omyłki w tłumaczeniu, a nie zaś braku doświadczenia przystępującego, czy wprowadzenia zamawiającego w błąd”.

Odwołujący podnosi, że wyjaśnienia przystępującego ZPA są niejasne i nieprzekonujące, a w ich kontekście, przedłożony kolejny dokument budzi uzasadnione wątpliwości co do swojej wiarygodności. Przystępujący ZPA próbuje wykazać, że pierwsza referencja nie była właściwie przetłumaczona, co samo w sobie jest prawdą, jak wykazał odwołujący. Niemniej w odpowiedzi na odwołanie przystępujący ZPA składa jako oryginał inny dokument referencyjny, który teoretycznie ma być prawidłowy.

Zupełnie niezrozumiałe jest posługiwanie się przez przystępującego ZPA pojęciem „wadliwego” i „oryginalnego” dokumentu w języku chińskim. Z obu dokumentów wynika, że są wystawione przez ten sam podmiot, w tej samej dacie, dotyczą tego samego przetargu, a jedyna różnica to taka, że w opisie dostaw – jedna wskazuje, że liczniki posiadają wbudowany moduł telekomunikacyjny GPRS, a druga, czyli ta złożona na wezwanie zamawiającego, iż dostarczone liczniki nie posiadają wbudowanego modułu telekomunikacyjnego GPRS.

Samo istnienie dwóch takich dokumentów budzi poważne wątpliwości o źródło ich pochodzenia i wiarygodność, których to wątpliwości przystępujący ZPA w najmniejszym stopniu nie wyjaśnia.

Przeciwie przystępujący ZPA twierdzi, że rozbieżność pomiędzy referencjami może być rozpatrywana wyłącznie w perspektywie omyłki w tłumaczeniu, co jest o tyle zastanawiające, że rozbieżność nie dotyczy tłumaczeń, ale samych dokumentów źródłowych.

W świetle powyższych okoliczności K. wniosła o uznanie przedłożonego przez ZPA Smart Energy a.s. dokumentu stanowiącego załącznik do pisma z dnia 24 stycznia 2025r. (referencja w chińskiej wersji językowej z tłumaczeniem na język polski (Załącznik 1), na podstawie art. 542 ust. 1 ustawy jako niewiarygodnego i nie posiadającego mocy dowodowej w zakresie okoliczności, które przystępujący ZPA zamierza wykazać, tj. że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Niezależnie od oceny mocy dowodowej dokumentu załączonego do pisma przystępującego ZPA odwołujący K. podtrzymał, że załączając do wykazu wykonanych dostaw referencje wraz z tłumaczeniami wykonawca wprowadził w błąd zamawiającego (co najmniej na skutek lekkomyślności lub nawet rażącego niedbalstwa), co miało wymierny wpływ na decyzje podjęte przez zamawiającego (tj. wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów oraz zasad ustawy).

Oznacza to, że oferta złożona przez ZPA Smart Energy a.s. winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy bez możliwości jakiegokolwiek uzupełniania lub poprawiania podmiotowych środków dowodowych. Przez uzupełnienie lub poprawienie podmiotowych środków dowodowych zamawiający nie może „unieważnić” uprzedniego wprowadzenia w błąd.

W tej sytuacji nie budzi jakichkolwiek wątpliwości fakt, że wobec ZPA Smart Energy a.s. wystąpiły podstawy wykluczenia opisane w treści art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy.

ZPA Smart Energy a.s. wprowadził bowiem zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a błąd ten miał bezpośredni wpływ na wynik postępowania. Przystępujący ZPA wykazał co najmniej brak należytej staranności przy weryfikacji doświadczenia podmiotu, którego zasoby zamierza wykorzystać przy realizacji zamówienia w stopniu co najmniej lekkomyślności lub rażącego niedbalstwa, co nie wyklucza, że informacja ta mogła być również podana w wyniku zamierzonego działania w celu uzyskania konkretnej korzyści. Odwołujący K. wskazał, że na wystąpienie zamierzonego działania, wskazuje fakt, załączenia do pisma procesowego drugiej, rzekomo „oryginalnej” referencji, choć pierwotnie złożony dokument też nosi znamiona „oryginału”.

Wyjaśnienia ZPA Smart Energy a.s. z 24 stycznia 2024 roku dowodzą jedynie, że wykonawca nie dochował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty. Próby sanowania złożonego wykazu dostaw i zmiany dokumentu referencyjnego są bezprzedmiotowe wobec faktu wprowadzenia zamawiającego w błąd, czego dowodzi wprost próba „zamiany” dokumentu stanowiącego potwierdzenie należytego wykonania dostawy.

Przystępujący jako profesjonalista zaniechał podania informacji odpowiadających prawdzie co najmniej w wyniku braku weryfikacji wiarygodności dokumentów mających potwierdzić spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Przejawem należytej staranności jest obowiązek przedstawiania zamawiającemu informacji opartych na prawdzie, rzetelnych i znajdujących odzwierciedlenie w faktach. Tylko w takim przypadku możliwe jest bowiem zadośćuczynienie podstawowemu celowi, jaki przyświeca regulacjom ustawy, jakim jest wybór oferty złożonej przez wykonawcę gwarantującego prawidłowe wykonanie zamówienia finansowanego ze środków publicznych. Powołał wyrok KIO z 13 lutego 2018r. sygn. akt KIO 185/18, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, w wyroku z 24 października 2017 roku, wyrok KIO z 20 lipca 2018 r. w sprawie KIO 1319/18.

W analizowanym stanie faktycznym zaistniał również skutek w postaci wprowadzenia Zamawiającego w błąd w wyniku podania nieprawdziwych informacji. Przepis art. 109 ust. 1 pkt 8) ustawy wprost wskazuje na nieprawidłowość polegającą na zatajeniu informacji, a więc stan, z którym mamy do czynienia w przypadku. Tym bardziej zaistniał również skutek o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10) ustawy - ten przepis nie wymaga bowiem wprowadzenia w błąd/zatajenia, a jedynie przedstawienia informacji „wprowadzających w błąd”, mogących mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego (stan hipotetyczny). Potwierdza to orzecznictwo Izby np. wyrok z 2 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2007/17; KIO 2014/17)

Z powyższego wynika, że po stronie zamawiającego nie musi powstać mylne wyobrażenie o faktach, na skutek przedstawionych przez wykonawcę informacji, wystarczającym jest, iż takie wyobrażenie mogło powstać. Istotna jest sama treść informacji i to, jaki skutek mogły one wywołać w świadomości zamawiającego, niezależnie od okoliczności czy wprowadzenie w błąd rzeczywiście nastąpiło.

Odwołujący podkreślił, że wprowadzenie w błąd co do spełnienia warunków udziału było zatem ewidentne i miało wpływ na wynik postępowania, co aktywuje konieczność wykluczenia wykonawcy w oparciu o przesłankę z art. 109 ust. pkt. 8) i 10) ustawy. Wprowadzenie w błąd jest okolicznością pierwotną, prowadzącą do odrzucenia tej oferty i wyłączającą możliwość poprawienia lub uzupełniania podmiotowych środków dowodowych.

Wyjaśnienia przystępującego ZPA i dowody załączone do pisma z 24 stycznia 2025r. w najmniejszym stopniu nie zmieniają oceny odwołującego K., a wręcz utwierdzają go w przekonaniu, że wykonawca ten celowo przedłożył dokumenty o treści niezgodnej z rzeczywistym stanem faktycznym (dokument w j. chińskim), oraz dokumenty wprowadzające w błąd co do treści dokumentu chińskiego (dokumenty w j. angielskim i j. polskim).

W ocenie odwołującego działania przystępującego ZPA, a w szczególności złożenie oferty i powiązanych z niego dokumentów, czyli podmiotowych środków dowodowych mających wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odbyły się w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk. Powyższe powinno skutkować także odrzuceniem oferty ww. podmiotu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i pkt 7) ustawy.

Art. 1 uznk stanowi, że ustawa reguluje zapobieganie i zwalczanie nieuczciwej konkurencji w działalności gospodarczej, w szczególności produkcji przemysłowej i rolniej, budownictwie, handlu i usługach - w interesie publicznym, przedsiębiorców oraz klientów, a zatem ustawa służy zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwości w konkurowaniu na rynku, w tym zwalczaniu i zapobieganiu nieuczciwemu konkurowaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wyeliminowanie nieuczciwej rywalizacji w postępowaniu służy wszystkim – interesowi publicznemu, przedsiębiorcom oraz klientom. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego interes publiczny łączy się z interesem klienta, ponieważ zamawiający posiadają oba te interesy. Także przedsiębiorca kwestionujący postępowanie innego przedsiębiorcy, zarzucając mu czyn nieuczciwej konkurencji działa nie tylko w interesie własnym, ale i publicznym, który wyraża się w domaganiu się sprawiedliwych reguł gry na rynku.

Przedstawienie przez przystępującego ZPA zamawiającemu nieprawdziwych informacji w zakresie zrealizowanych dostaw, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy złożone w tym zakresie

dokumenty nie są zgodne z rzeczywistością, w ocenie odwołującego K. wypełnia przesłanki czynów, o których mowa w art. 3 ust. 1 uznk oraz art. 14 ust. 1 i 2 uznk, których treść zacytował.

Powołał wyrok z 17 września 2020 r., sygn. KIO 2048/20.

Odwołujący wskazał, że przystępujący ZPA swym działaniem polegającym na prezentowaniu niezgodnych z rzeczywistością informacji dotyczących doświadczenia w wykonaniu dostaw przez podmiot udostępniający mu zasoby wypełnił wszystkie elementy czynu z art. 3 ust. 1 ustawy, którymi są:

- 1) działanie podejmowane w związku z działalnością gospodarczą;
- 2) sprzeczność czynu z prawem lub dobrymi obyczajami;
- 3) działanie zagrażające lub naruszające interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

KIO wielokrotnie wypowiadała się co do standardów profesjonalnego zachowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mając na uwadze w szczególności wyartykułowane zasady rządzące tym postępowaniem oraz art. 355 § 2 KC, które wskazywały, że właściwym wzorcem postępowania wykonawcy jest przedstawienie w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy. W tym kontekście odwołujący podniósł, że sposób w jaki przystępujący ZPA rywalizował o udzielenie zamówienia, przedstawiając nieprawdziwy wykaz dostaw i referencje, które formalnie wykazywały spełnienie warunku udziału, jest nie do pogodzenia z wzorcem postępowania przedstawienia w składanych przez siebie oświadczeniach informacji rzetelnych, wyczerpujących i zgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy, czyli takich na których zamawiający mogą po prostu polegać.

Podkreślił, że dla bytu czynu nieuczciwej konkurencji z art. 3 ust. 1 uznk znaczenie ma wyłącznie obiektywna sprzeczność z prawem, czy dobrymi obyczajami. Nie ma znaczenia wina sprawcy, jego świadomość, czy też wyrządzenie swym czynem szkody.

Co więcej działania przystępującego ZPA kwalifikują się do czynu z art. 14 uznk gdyż: przystępujący ZPA składając ofertę dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji bowiem podał nieprawdziwe informacje o przedsiębiorstwie podmiotu udostępniającego mu zasoby (jego zasobach i doświadczeniu którymi się legitymuje), w celu przysporzenia sobie korzyści, a więc pozyskania zamówienia.

Składając ofertę i poświadczając w niej nieprawdę (w następstwie złożonego do niej wykazu dostaw), wykreował błędną rzeczywistość, na podstawie której kosztem innych wykonawców, posiadających wymagane doświadczenie, zdobył bezprawnie zamówienie.

Wprowadzając zamawiającego w błąd w celu pozyskania zamówienia naraził go na szkodę bowiem realizacja zamówienia odbywała by się przez niedoświadczonego wykonawcę. Tym sposobem działanie przystępującego wypełnia znamiona czynu z art. 3 ust. 1 i art. 14 ust. 1 i 2 ustawy uznk i również z tego powodu ofertą winna zostać odrzucona.

Postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty przystępującego ZPA, nie może uznać jako przeprowadzonego z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasady przejrzystości.

Na potwierdzenie zasadności zarzutu naruszenia przywołanych przepisów Odwołujący przedkłada jako dowód:

- 1) Raport kredytowy NECIPS dla Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. (strony 1-3) CN.
- 2) Wyciąg z NECIPS Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. – „Kluczowy personel” z tłumaczeniem.

Z których to dokumentów w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że przystępujący nie przedłożył dokumentów o niekaralności dla wszystkich osób wchodzących w skład organów zarządzających i nadzorczych Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd.

Odwołujący podkreślił, że zarówno w piśmiennictwie, jak i w orzecznictwie KIO wskazuje się, że skuteczne udostępnienie zasobów innemu wykonawcy wymaga wykazania, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia będzie realny oraz faktyczny, czyli rzeczywisty.

Natomiast z treści umowy złożonej wraz z ofertą umowy, która według Przystępującego ZPA i zamawiającego winna być traktowana jako zobowiązanie do udostępnienia zasobów, wynika wprost, iż: „Wyżej opisane zasoby i potencjał techniczny zostaną udostępnione w formie pisemnego zobowiązania do ich udostępnienia na okres prowadzenia postępowania i ewentualnej realizacji zamówienia.”

Przytoczona treść wskazuje, że do udostępnienia zasobów może dojść w przyszłości i dowodzi, że na dzień składania ofert nie doszło do faktycznego ich udostępnienia.

Podniósł, że sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 22 stycznia 2025r., wskazał, że z: „Artykułu II ust. 2 Umowy, tj. Preambuły wynika zamiar uczestnictwa Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.”

Zamiar to chęć zrobienia czegoś, coś, co się zamierza, planuje, a więc dotyczy przyszłości i nie jest pewne. Dowodzi to, że w dniu zawarcia tej umowy, a w konsekwencji z chwilą złożenia oferty, nie doszło do faktycznego i rzeczywistego udostępnienia zasobów.

Odwołujący podtrzymał, że załączona do oferty umowa, mająca stanowić zobowiązanie podmiotu trzeciego (Hangzhou

Sunrise Technology Co. Ltd.), w żadnym stopniu nie potwierdza rzeczywistego (realnego), dostępu do zasobów tego podmiotu na dzień jego złożenia, a tym bardziej faktycznego ich udostępnienia.

KIO 4969/24

27 grudnia 2024 r. Shenzhen Star Instrument Company Limited z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, District, Shenzhen, Guangdong Community, Baolong Street, Longgang Office Building 101, Star Industry Park No.4, Baolong 2nd Road, Baolong (dalej odwołujący 2) wniósł odwołanie przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 20 grudnia 2024 r. udzielonego przez pełnomocnika działającego w oparciu o pełnomocnictwo z 10 września 2024 przedstawiciela prawnego odwołującego. Do odwołania dołączono dowód jego opłacenia, oraz dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

- 1.1.art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „znku”) przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Shenzhen K., w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 16.12.2024 r. (załączników do wyjaśnień);
- 1.2.art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania, w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, Shenzhen K. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy,
- 1.3.art. 226 ust. 1 ustawy pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA, w Zakresie Zadania nr 3, wskutek wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku ubiegania się o zamówienia w postaci posiadanego doświadczenia,
- 1.4.ewentualnie wobec pkt 2.3 art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania ZPA, w zakresie Zadania nr 3, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu Dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie,
- 1.5.ewentualnie wobec pkt 2.3 art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania, w zakresie Zadania nr 3, ZPA do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób tj. Hangzhou Sunrise,

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny i badania ofert wraz z wyborem najkorzystniejszej oferty w Zadaniu nr 1, Zadaniu nr 2 i Zadaniu nr 3,
- odtajnienia i udostępnieniu odwołującemu 2 złożonych przez Shenzhen K. całości wyjaśnień rażąco niskiej ceny z 16.12.2024 r. (załączników do wyjaśnień) w Zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2;
- wezwania Shenzhen K., w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, do złożenia prawidłowego podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, w odniesieniu do p. L.K., w tym także prawidłowego tłumaczenia,
- odrzucenia oferty ZPA oraz wykluczenia wykonawcy ZPA, w Zakresie Zadania nr 3, na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy wskutek wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku ubiegania się o zamówienia w postaci posiadanego doświadczenia,
- ewentualnie wobec pkt 3.1.4 wezwania wykonawcy ZPA, na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy do uzupełnienia poprawionego Wykazu Dostaw wraz z dowodami potwierdzającymi należyte ich wykonanie,
- ewentualnie wobec pkt 3.1.4 wezwania ZPA do złożenia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób tj. Hangzhou Sunrise zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego 2 kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

Odwołujący 2 wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty, odwołujący 2 złożył drugą najkorzystniejszą ofertę w Zadaniu nr 1 i jak i Zadaniu nr 2, a w Zadaniu nr 3 trzecią ofertę. W przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania odwołujący 2 uzyska dostęp do informacji zawartych w rażąco niskiej ceny złożonych przez Shenzhen K., co potencjalnie umożliwi mu złożenie kolejnego odwołania dążącego do odrzucenia oferty konkurenta. Ponadto w zakresie Zadania nr 3 skutkować będzie odrzuceniem oferty ZPA. Także oferta Shenzhen K. może zostać odrzucona, szczególnie gdy wykonawca ten nie złoży prawidłowych podmiotowych środków dowodowych.

Doprowadzenie do takiej sytuacji może zatem spowodować, że to oferta odwołującego 2 będzie najkorzystniejsza w zakresie wszystkich zadań.

Niewniesienie zaś odwołania i utrzymanie w mocy czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spowoduje poniesienie przez odwołującego 2 szkody. Utrata możliwości uzyskania pozytywnego dla niego rozstrzygnięcia postępowania przez wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, a tym samym osiągnięcia przychodu i zysku z realizacji zamówienia,

stanowi potencjalną szkodę odwołującego 2, uzasadniającą złożenie tego odwołania

[zarzut naruszenia art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 znku (Zadania nr 1 i 2 Shenzhen K.)]

Zamawiający pismem z 7 października 2024 r. wezwał Shenzhen K. do złożenia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Wezwanie dotyczyło oferty złożonej w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2.

Pismem z 16 października 2024 r. Shenzhen K. złożył wyjaśnienia w zakresie wyliczenia ceny (dalej: „Wyjaśnienia rnc”). Wyjaśnienia rnc składały się z ogólnej części o charakterze opisowym (ok. 1,5 s. objętości) oraz załączników:

- 1.kopie certyfikatów ISO 27001 wydanych dla KAIFA i ZSK – załącznik jawny
- 2.kalkulacja ceny oferty – tajemnica przedsiębiorstwa,
- 3.kalkulacja wewnętrzna kosztów produkcji – tajemnica przedsiębiorstwa
 - a)zał. 1 oferta KFHK na podzespoły do produkcji – tajemnica przedsiębiorstwa
 - b)zał. 2 informacja o płacy minimalnej w prowincji Syczuan, ChRL – załącznik jawny
 - c)zał.3 – koszt firm transportowych – tajemnica przedsiębiorstwa
 - d)zał. 4 – faktura z banku (koszt wadium) – tajemnica przedsiębiorstwa
 - e)zał. 5 – oferta podwykonawcy na realizację usług – tajemnica przedsiębiorstwa

(dalej: „Załączniki rnc”).

O ile ogólna część Wyjaśnień rnc jest jawna, o tyle znaczna część załączników (zgodnie z ww. specyfikacją) została utajniona.

Shenzhen K. wraz z wyjaśnieniami rnc przedstawiła uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa (dalej: „Uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa”).

Całe to uzasadnienie przedstawia się następująco: w tym miejscu odwołujący 2 wkleił print screen z treści uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa nie zostały załączone opisane w nim procedury (a jedynie certyfikat ISO).

Odwołujący przytoczył art. 18 ust. 3 oraz powołał wyrok z 29 marca 2021 r. (KIO 720/21), wyrok z 14 marca 2016 r. (KIO 297/16).

Dla skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa istotne jest wykazanie statusu (rodzaju) informacji, objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, ich wartości gospodarczej, jak również ich poufnego charakteru. Wykonawcy powinni zatem wykazać, że w celu zachowania poufności danych informacji podjęli szereg działań, mających na celu zapewnienie odpowiedniej ochrony tym informacjom – zarówno o charakterze fizycznym jak i prawnym.

Tymczasem na gruncie tego postępowania Shenzhen K. nie podołało obowiązkowi takiego wykazania, a w konsekwencji należy stwierdzić nieskuteczność takiego zastrzeżenia. Przede wszystkim zwrócił uwagę na skrajną wręcz lakoniczność uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa, zawartego na ledwie nieco ponad 1 stronie. Oczywiście rzecz nie jest w tym, aby zastrzeżenie takiego zawarte było na jakiejś określonej minimalnej ilości stron, ale w tym, żeby zawierało ono wszystkie wymagane argumenty przemawiające za koniecznością utrzymania tych informacji w tajemnicy. W tej sprawie tak się z pewnością nie stało. Pierwszą kluczową kwestią, jaka podlega wykazaniu to wartość gospodarcza zastrzeganych informacji. Inaczej rzecz ujmując opisanie dlaczego te informacje są cenne dla wykonawcy, a ich ujawnienie może grozić negatywnymi konsekwencjami dla utajniającego. Co ważne, wartość powinna być wskazana nie abstrakcyjnie, tylko w odniesieniu do konkretnego wykonawcy je utajniającego oraz tego konkretnego postępowania. Trudno w uzasadnieniu tajemnicy przedsiębiorstwa znaleźć jakiekolwiek informacje na temat wartości gospodarczej, które byłyby skonkretyzowane. Całe wyjaśnienie owej rzekomej wartości zawarte jest poniższym fragmencie: „co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich w poufności. Oczywiście jest, że szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty jest informacją mającą dla przedsiębiorcy kluczową wartość gospodarczą. Obrazuje ona bowiem tak istotne dane z punktu widzenia prowadzenia działalności konkurencyjnej, jak zakładany przez przedsiębiorcę zysk, koszty jakie ponosi on z tytułu wykonania zamówienia, w tym wskazuje ona ceny do jakich ma dostęp wykonawca na rynku. Zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacji automatycznie pociąga za sobą konieczność uznania, że również oferta od podwykonawcy przewidzianego do udziału w realizacji zamówienia potwierdzająca wiarygodność ceny wskazanych w kalkulacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak podstaw do ujawnienia tych informacji wynika nie tylko z tego, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale również ich ujawnienie stanowiłoby złamanie zobowiązań co do poufności tych informacji złożonych wobec podwykonawcy, dla którego te informacje również posiadają wartość gospodarczą i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Powyższy fragment jest całkowicie abstrakcyjny, nie odnosi się do tego wykonawcy (Shenzhen K.), branży w jakiej działa, ani Zamówienia. W praktyce tego rodzaju stwierdzenie mogłoby odnosić się do jakiegokolwiek wykonawcy, bez względu na branżę czy konkretne zamówienia.

Gdyby zatem taki opis wartości gospodarczej uznać za skuteczny, to art. 18 ust. 3 ustawy, w zw. z art. 11 ust. 2 znku,

a także orzecznictwo KIO dotyczące konieczności wykazania istnienia przesłanek tajemnicy przedsiębiorstwa straciłoby rację bytu. Każdy mógłby bowiem ograniczyć się do tak uniwersalnego stwierdzenia i potraktować utajnienie jako „oczywistość”.

Co ważne, wbrew temu co napisał Shenzhen K., nie jest żadną oczywistością, że szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty jest informacją mającą dla przedsiębiorcy kluczową wartość gospodarczą, szczególnie już po jej złożeniu. Praktyka, szczególnie rynku zamówień publicznych, pokazuje, że wielu przedsiębiorców ujawniało (niekiedy dobrowolnie, niekiedy w wyniku działań zamawiających, a niekiedy po wyrokach KIO), tego rodzaju informacje. Nie jest znany żaden przypadek, aby wskutek takiego ujawnienia wykonawca nie mógł dalej prowadzić działalności.

Z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa nie wynika także jakie ewentualne negatywne skutki łączyłyby się z ujawnieniem pełnych wyjaśnień rażąco niskiej ceny, a nie jest rolą zamawiającego ich domyślanie się.

Shenzhen K. nie pokusił się także o określenie jaką, choćby potencjalnie, wartość wyrażoną w środkach pieniężnych ma owa wartość gospodarcza.

W żaden sposób nie ma też przełożenia początkowy fragment uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa na ofertę podwykonawcy. Oferty podwykonawców, w zależności od warunków współpracy są różne, albowiem wpływają na nie takie kwestie jak m.in.:

- i) bezpośredni odbiorca dostawy,
- ii) końcowy odbiorca dostawy,
- iii) warunki płatności (w tym terminy),
- iv) udzielone zabezpieczenia,
- v) terminy dostawy,
- vi) odpowiedzialność dostawcy,
- vii) zastrzeżone kary umowne,
- viii) warunki gwarancji, itp.

W konsekwencji zastrzeżenie kalkulacji własnej (bez względu na jego skuteczność), nie powoduje żadnego automatyzmu w zastrzeganiu oferty od podwykonawcy.

Nie wiadomo też czy i z jakiego powodu oferta podwykonawcy faktycznie została zastrzeżona przez podwykonawcę jako zawierająca tajemnicę przedsiębiorstwa. Nawet jeżeli jest takie zastrzeżenie poczynione na ofercie podwykonawczej to i tak z pewnością nie wykazano, aby przesłanki takiego zastrzeżenia dotyczyły także podwykonawcy. Wysoce wątpliwe jest także, aby Shenzhen K. załączyła do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jakąkolwiek umowę o zachowaniu poufności zawartą z podwykonawcą, a zatem twierdzenie o jakiegokolwiek odpowiedzialności Shenzhen K. jest zwykłym pustostowiem. Przede wszystkim, co zupełnie dyskwalifikuje skuteczność tego zastrzeżenia, należy podkreślić jakkolwiek brak dowodów na potwierdzenie przedstawianych informacji w zakresie podjętych działań mających na celu zachowanie informacji w poufności.

Z pewnością, wbrew twierdzeniom Shenzhen K. (Na potwierdzenie powyższego [zachowania informacji w poufności – przyp. TS] załączany do tego pisma certyfikat ISO/IEC 27001) jakim dowodem nie jest certyfikat ISO/IEC 27001. Certyfikat ten nie określa jakie konkretnie informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa i jakich się nie ujawnia.

Dodatkowo Shenzhen K. powołał się na rzekomo obowiązujące procedury wewnętrzne w tym miejscu odwołujący ponownie wkleił fragment uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa. Podniósł, że wykonawca nie załączył (nawet choćby wyciągów) z powołanych dokumentów. Nie wiadomo zatem: i) czego te procedury dotyczą, ii) jakie stawiają wymagania, iii) jakie informacje traktowane są jako tajemnica przedsiębiorstwa, iv) jak się postępuje z takimi informacjami. Z tego co napisał Shenzhen K. zasadniczo nic nie wynika i nawet nie uprawdopodobniono, że takowe procedury faktycznie zostały wdrożone u tego wykonawcy. Shenzhen K. wskazuje także, że: „w tym piśmie jako tajemnice przedsiębiorstwa. Również nasi lokalni partnerzy (podwykonawcy) zostali zobowiązani do zachowania poufności odnośnie wszelkich informacji uzyskanych w procesie przygotowania oferty, jak również przekazywanych na etapie ewentualnej realizacji zamówienia” tyle, że poza głośnym twierdzeniem nie ma żadnego dowodu, na tę okoliczność (np. w postaci umów typu NDA). Odwołujący 2 zaznaczył, że wspomniany art. 18 ust. 3 ustawy nakazuje wykonawcy wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Jak wskazał TSUE w wyroku z 17.11.2022 r. (C-54/21), instytucja zamawiająca nie może być związana samym twierdzeniem wykonawcy, że przekazane informacje są poufne, lecz musi od niego wymagać wykazania, że informacje, których ujawnieniu wykonawca ten się sprzeciwia, mają rzeczywiście poufny charakter. Ponadto powołał Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 24.02.2022 r. (XXIII Zs 133/21), wyrok KIO z 18 stycznia 2018 r. (KIO 55/18). Głośny charakter opisanych rzekomo środków podjętych w celu zachowania poufności (gdy wykonawca powołuje się na dokumenty, które mógł spokojnie przedłożyć w zanonimizowanej formie lub w postaci wyciągu) nie zasługuje na ochronę przy primacie zasady jawności postępowania. Odwołujący 2 stwierdził, że informacje utajnione uzasadnieniem tajemnicy

przedsiębiorstwa tj. załączniki do wyjaśnień rażąco niskiej ceny winny zostać odtajnione i udostępnione odwołującemu 2.

Wraz z wnioskiem o odtajnienie informacji Odwołujący 2 wniósł o unieważnienie czynności oceny ofert przez zamawiającego (także w przypadku uwzględnienia jedynie tego zarzutu).

Czynność oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty jest zwieńczeniem wszystkich innych czynności w postępowaniu i żadna czynność zamawiającego nie powinna wykraczać poza tę ostatnią z wszystkich czynności, tym bardziej, że ocena zasadności skuteczności zastrzeżenia tajemnicy oferty (tak samo jak też wyjaśnień rażąco niskiej ceny), jest elementem oceny ofert. Zatem zamawiający powinien dokonać czynności oceny skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i ewentualnego odtajnienia zastrzeżonych informacji w ramach procedury oceny ofert, a nie poza nią. W konsekwencji, zamawiający – odtajniasz informacje – powinien jednocześnie unieważnić czynności wyboru oferty oraz oceny ofert zgodnie z żądaniem odwołującego 2, aby umożliwić mu przeanalizowanie przesłanych dokumentów oraz ewentualne wniesienie odwołania dotyczącego bezpodstawnie utajnionych wcześniej dokumentów. Powołał wyrok z 17 listopada 2022 r. w sprawie – Antea Polska S.A., Pectore-Eco sp. z o.o., Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy/Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie o sygn. akt C-54/21. W tym stanie postępowania przywrócenie jego zgodności z wymogami ustawy jest możliwe tylko przez unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 16.12.2024 r. Przyjęcie przeciwnego poglądu byłoby sprzeczne z zasadą państwa prawa jak i przepisami unijnymi. Podkreślenia wymaga, że państwo polskie zobowiązane jest do zapewnienia wykonawcom realnych środków ochrony prawnej i możliwości ich składania w odpowiednich terminach (por. wyrok TS z 28.01.2010 w sprawie Uniplex C-406/08 oraz wyrok TS z 12.01.2002 r. ws. Universale – Bau C47). Oznaczałoby to bowiem, że nawet bezpodstawne zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa – jak w tym przypadku, de facto skutkuje pozbawieniem możliwości skutecznego składania odwołania skierowanego przeciwko ofercie podmiotu utajniaszającego swoją ofertę (jej część). Nie da się bowiem składać skutecznego odwołania niejako „w ciemno”. W tej kwestii w podobnych sprawach KIO jednoznacznie opowiada się za koniecznością unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Powołał wyrok z 11 grudnia 2014 r. (KIO 2498/14), wyrok z 10 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1377/15).

IV. [zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy

(Zadania nr 1 i 2 Shenzhen K.)]

Shenzhen K. na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy przedłożyła m.in. zaświadczenia o braku karalności dla p. L.K..

Dokumenty te nie są jednak wystarczające, aby wykazać, że p. L.K. nie jest osobą karaną, a Shenzhen K. nie podlega wykluczeniu. Odwołujący 2 zauważył, że dokumenty te potwierdzają niekaralność ww. osoby, ale tylko w okresie od 13.02.2017 r. do 5.11.2024 r. Powyższa okoliczność wynika z następującej części złożonych dokumentów: w tym miejscu odwołujący 2 wkleił print screeny jakiegoś dokumentu w języku obcym, które dodatkowo nie są czytelne. Nie można zatem zdaniem odwołującego 2 wykluczyć, że p. L.K. był karany przed 13.02.2017 r. Z tego powodu zamawiający powinien był wezwać Shenzhen K. do uzupełnienia tego dokumentu.

V. [zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy (Zadanie nr 3) wprowadzenie w błąd przez ZPA]

W ocenie odwołującego 2 oferta ZPA powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy, w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy, albowiem w wykazie dostaw z 8.11.2014 r. (dalej: „Wykaz Dostaw”) podał nieprawdziwe informacje, wprowadzającego w błąd w zakresie spełnienia warunku doświadczenia.

Zgodnie z treścią SWZ (pkt 3.1.14 c)) zamawiający wykazał, aby wykonawcy ubiegający się o Zadanie nr 3 wykazali się następującą zdolnością techniczną: w tym miejscu odwołujący wkleił print screen z pkt. 3.1.14c SWZ. Stwierdził, że jak wynika z warunku konieczne było wykazanie się dostawą określonej ilości liczników wraz z wbudowanym modemem GPRS/UMTS.

ZPA na potwierdzenie spełniania tego wymogu złożyła Wykaz Usług, w którym w poz. 1 wskazano:

1. Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS 43 000 – 06/2023-06/2024 State Grid Corporation of China (Jinlin branch) No 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun Jinlin province, China 1

Do Wykazu Dostaw załączone także referencje (w języku chińskim oraz przetłumaczone na język angielski i polski). Wykaz Dostaw zawiera nieprawdziwe informacje, albowiem choć faktycznie dostarczono 43.000 trójfazowych inteligentnych liczników, to nie miały one wbudowanego modułu komunikacji, albowiem te dostarczono osobno (w ilości 5.058 szt.).

Powyższy wniosek oparty jest o następujące ustalenia:

- 1) Oferta o numerze przetargu: 0711-230TL04922004, o której mowa w referencji, została złożona do State Grid Corporation of China w dniu 26.04.2023 r. Ogłoszenie o przetargu można znaleźć na platformie ECommercial State Grid Corporation of China (link do strony internetowej: https://ecp.sgcc.com.cn/ecp2.0/portal/#/doc/docibid/2023042644715785_2018032700291334), jak poniżej: w tym miejscu odwołujący wkleił zrzut ekranu strony otwierającej się pod wskazanym linkiem.

Tłumaczenie na język polski:

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (Pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Ogłoszenie o przetargu

[State Grid Corporation of China]2023-04-26

Statuszamknięte Nr 0711-

przetargupostępowania 23OTL04922004

Nazwa35. partia zamówień State Grid Rodzaj Dostawy

projektuCorporation of China w 2023 r. zamówienia

(pierwszy przetarg i zakup liczników energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Termin2023-05-12 17:00:00

Czas otwarcia 2023-05-22

uzyskania (zamknięcia) 08:30:00 dokumentacji ofert przetargowej

Miejsce Szczegóły w dokumentacji Zamawiający State Grid otwarcia ofert przetargowej Zamawiający Corporation of China

Wprowadzenie do projektu

Dokumenty Pobierz ogłoszenie ogłoszenia Uzyskaj dokumenty przetargowe

- 2)W chińskiej wersji referencji napisano, że: “...已成功完成执行国家电网有限公司

2023年第十三批电能表（含用电信息采集）招标采购”, co po polsku oznacza:

pomyślnie zrealizowała umowę na przetarg i dostawę 135. partii inteligentnych liczników energii.

W polskiej wersji językowej tej referencji napisano: Pomyślnie wdrożyliśmy umowę na przetarg i zakup 13 partii inteligentnych liczników energii.

Tymczasem zgodnie z ogłoszeniem o przetargu, publicznie dostępnym na platformie E-Commercial State Grid, że omawiany projekt jest 35 partią zamówień publicznych (a nie 13tą) State Grid Corporation of China w 2023 r. Opis referencji nie jest zatem zgodny ze stanem faktycznym.

- 3)Nazwa procedury przetargowej brzmi: 35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (Pierwszy przetarg i zamówienie liczników energii elektrycznej (w tym zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)), ale w chińskiej wersji certyfikatu referencyjnego nazwa projektu brzmi: 三相智能电表（含用电信息采集, w tłumaczeniu na polski: Trójfazowy licznik inteligentny (obejmujący również zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)

Ale już w złożonym zamawiającemu tłumaczeniu referencji na język angielski i polski napisano: Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS.

Tak więc opis ten (w tłumaczeniach) nie jest zgodny z prawdą. Co więcej, „w tym zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej” nie oznacza modemu GPRS, oznacza to, że w tej procedurze przetargowej zakres oferty obejmuje koncentratory danych, kolektory danych, modemy). Tłumaczenie całkowicie zmieniło znaczenie tekstu. ZPA w konsekwencji wprowadza zamawiającego w błąd, aby uznał że dostarczone inteligentne liczniki są wyposażone w modem GPRS (choć tak nie było).

- 4)Dnia 6.06.2023 r. opublikowano ogłoszenie o przetargu na platformie ECommercial chińskiej spółki State Grid Corporation (https://ecp.sgcc.com.cn/ecp2.0/portal/#/doc/dociwin/2023060610956496_2018060501171111): w tym miejscu odwołujący 2 wkleił zrzut ekranu strony znajdującej się pod wskazanym linkiem

Tłumaczenie na język polski (wyciąg):

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

[State Grid Corporation of China]2023-06-06

Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia

35. partia zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zakup liczników energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej)) Lista zwycięskich oferentów (Numer przetargu: 0711-23OTL04922004)

Zabrania się powielania lub ponownego publikowania poniższych treści bez upoważnienia, w przeciwnym razie osoba naruszająca prawa autorskie zostanie pociągnięta do odpowiedzialności prawnej za naruszenie praw autorskich.

Zakończyło się publiczne ogłoszenie oferentów, którzy wygrali wstępnie 35. partię zamówień State Grid Corporation of China w 2023 r. (pierwszy przetarg i zamówienie na liczniki energii elektrycznej (w tym gromadzenie informacji o zużyciu energii elektrycznej) (nr oferty: 0711-230TL0492204). Lista zwycięskich oferentów została ogłoszona w następujący sposób:

Numer podzadania

Numer

zadania

Status oferty

Zamawiający

Zwycięski oferent

SG2327-

1307-23001

Zadania nr 1

Wygrywająca

State Grid Corporation of China Shanxi company

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

XXXXXX

Zgodnie z powyższym ogłoszeniem, Hangzhou Sunrise wygrał 13 zadań, w tym 2 zadania (Zadanie 9 i Zadanie 49) dla State Grid Corporation of China (Jilin Branch), jak na poniższej liście (publicznie dostępnej w Internecie):

https://ecp.sgcc.com.cn/ecp2.0/portal/#/doc/dociwin/2023060610956496_2018060501171111:

Numer podzadania Numer zadania Status oferty Zamawiający Zwycięski oferent

SG2327-130723002 Task No. 1 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Tibet Branch and Gansu branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 2 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Fujian branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723003 Task No. 2 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Liao Ni branch) ng Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-110823006 Task No. 4 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Sichua branch and Shanxi Branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-1108- Task No. 9 Wygrywająca State Grid Hangzhou

SG2327-130723003 Task No. 16 Wygrywająca State Grid

Corporation of China (Shang branch, Hebei hai Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

branch, Shangdong branch, Shan branch, Chongqing branch) xi

SG2327-110823006 Task No. 26 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Hubei branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-110823006 Task No. 36 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Gansu branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-1307- Task No. 49 Wygrywająca State Grid Hangzhou 23002 Corporation of Sunrise China (Jilin Technology branch and Co.,Ltd. Shanxi Branch)

SG2327-110823005 Task No. 50 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Sichua branch) n Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 69 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Shang branch) hai Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723002 Task No. 69 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Fujian branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

SG2327-130723001 Task No. 11 6 Wygrywająca State Grid Corporation of China (Anhui branch) Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd.

5) Ponadto, sprawdzając zakres dostaw załączony do dokumentacji przetargowej, zamówienie na produkty w ramach Zadania 9 i Zadania 49 należące do State Grid Corporation of China (oddział Jilin i oddział Shanxi) udzielone Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd. jest następujące: tu odwołujący 2 wkleił tabelę nie określając jej pochodzenia i w języku obcym.

W tłumaczeniu na język polski:

Zadanie 9:

Moduł komunikacyjny do koncentratora danych: 11000 szt - koncentrator danych: 11000 szt.

Zadanie 49:

Moduł komunikacyjny do licznika trójfazowego: 5058 szt.

Licznik trójfazowy (bez komunikacji), 5A: 23000 szt.

Licznik trójfazowy (bez komunikacji), 10A: 20000 szt.

Co więcej, zgodnie z wymogiem zawartym w sekcji 5 specyfikacji przetargowej, inteligentne liczniki będą dostarczane bez modułu komunikacyjnego: ponownie wklejono fragment niewiadomego pochodzenia w języku obcym.

Tłumaczenie na język polski:

„5. Inne wymagania:

5.1 Zakres dostawy inteligentnych liczników energii, liczników energii IoT, liczników energii typu szynowego, koncentratorów, kolektora typu I, dedykowanego transformatorowego terminala zbiorczego typu I i dedykowanego transformatorowego terminala zbiorczego typu III urządzeń z interfejsami modułów komunikacyjnych nie obejmuje modułów komunikacyjnych. Dostawa modułów komunikacyjnych podlega informacjom o jednostce komunikacyjnej w opakowaniu.”

Powyższe zdaniem odwołującego 2 jednoznacznie potwierdza, że Hangzhou Sunrise dostarczyła 43000 trójfazowych inteligentnych liczników (bez modułu komunikacyjnego GPRS) i 5058 modemów GPRS, co nie jest spełnieniem warunku doświadczenia wskazanego w SWZ.

Oczywiste jest zatem to, że ZPA składając Wykaz Usług wraz z referencjami w tym ich tłumaczeniami (na język angielski, jak i polski) podała nieprawdziwe informacje, które zmierzały do celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełniania warunku doświadczenia.

Nie ma przy tym znaczenia, że informacje te dotyczą podmiotu udostępniającego zasób, albowiem to ZPA podała zamawiającemu te informacje, które z całą pewnością przy zachowaniu choćby minimum należytej staranności powinna była zweryfikować. Zresztą, skoro dał radę to uczynić odwołujący 2, to także ZPA miała taką możliwość. W konsekwencji bez znaczenia jest stan świadomości podmiotu udostępniającego zasób, choć wydaje się to wręcz nieprawdopodobne, aby ZPA nie miała świadomości nieprawdziwych informacji.

Tym samym spełniła się przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy powodująca konieczność wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania, bez możliwości zastąpienia nieprawdziwych informacji prawdziwymi, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

VI. [zarzut ewentualny naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy (Zadanie nr 3 ZPA i Hangzhou Sunrise)]

W zakresie argumentacji merytorycznej dotyczącej niespełnienia wymogu doświadczenia Odwołujący 2 w całości powołuje się na opis stanu faktycznego zawartego powyżej.

Zgodnie z powszechnie dostępnymi informacjami, pozyskanymi z chińskiego Krajowego Systemu Informacji Kredytowej Przedsiębiorstw, w organach spółki Hangzhou Sunrise (podmiot udostępniający zasoby ZPA) zasiada łącznie 13 osób. Tu odwołując 2 wkleił fragment z National Enterprise Credit Information Publicity System w języku obcym.

<https://shiming.gsxt.gov.cn/%7B6D71F9905C99DFE69BF286433E935498F1BBE895503777378A27941CD9522F5B97EA83D058F5A5E5A518B5068E4B003CDC04B9C511E69A7A85720E6C32E0329E329E32E0329E329E329E329E329EAD E34F7C4F665C9B0E4EE59835F21367ABD6CD1735019897444%7D?&provinceid=100000>

1M.X.	Zastępca Dyrektora Generalnego
2C.F.	Nadzorca
3Y.G.	Prezes i Dyrektor Generalny
4D.X.	Sekretarz Rady Dyrektorów Spółek Notowanych
5Wang Jian	Dyrektor i zastępca dyrektora generalnego
6Bao Junming	Zastępca Dyrektora Generalnego
7Guo Haoyang	Nadzorca
8Chen Bo	Niezależny Dyrektor
9Gao Yíhua	Dyrektor
10Wang Youzhao	Dyrektor
11Ding Jiahe	Zastępca Dyrektora Generalnego i Wiceprezes
12Ding Guomao	Przewodniczący Rady Nadzorczej
13Wu Livun	Dyrektor

W świetle powyższego zamawiający powinien był wezwać (w zakresie Zadania nr 3) ZPA do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych celem wykazania, że podmiot udostępniający zasób (Hangzhou Sunrise) nie podlega wykluczeniu z postępowania.

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego KIO 4969/24 zgłosił swój udział po stronie odwołującego 2 FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Stanisława Wokulskiego 11. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 30 grudnia 2024 r. udzielonego przez wiceprezesa zarządu i prokurenta samoistnego. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Argumentację merytoryczną wraz z ewentualnymi wnioskami dowodowymi w sprawie, przystępujący przedstawi w odrębnym piśmie procesowym, jednak już na tym etapie przystępujący wskazał, że zamawiający w sposób oczywiste

wadliwy przeprowadził postępowanie przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. niejawniej części wyjaśnień odnoszących się do rażąco niskiej ceny w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2. Przystępujący wskazał, że z analizy dokumentów historycznych wynika, że oferta złożona przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. jest o 25,6% niższa od ostatniej oferty przetargowej tego wykonawcy, a co więcej aż o 46% niższa od budżetu Zamawiającego. Powyższe budzi uzasadnione wątpliwości co do rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez wykonawcę.

W ocenie przystępującego, wykonawcy powinni wykonać dla zamawiającego liczniki dobrej jakości w rozsądnej cenie i w ramach pozytywnego kręgu konkurencji — bez szkody dla zamawiającego i innych podmiotów gospodarczych, które występowały w przetargu.

Zamawiający nie wezwał Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z zaniechaniem przedłożenia prawidłowego dokumentu o niekaralności p.L..

Przystępujący wskazał, że zamawiający winien wezwać Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. do przedłożenia dokumentu poświadczającego autentyczność zaświadczenia o niekaralności p.L., który to dokument wystawić może Ambasada Chin w Polsce. Organ ten posiada odpowiedni zakres kompetencji w zakresie poświadczania autentyczności zaświadczeń, wobec czego — jeśli dokument jest autentyczny — wykonawca uzyska stosowne poświadczenie.

Przystępujący, w ramach wewnętrznej analizy, dokonał sprawdzenia przedłożonych przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. dokumentów za pomocą aplikacji ochrony publicznej, jednakże nie podlegają one pozytywnej weryfikacji.

zdjęcie nr 1

Przystępujący wskazał, że w Chińskiej Republice Ludowej dostępne są dwa sposoby uzyskania zaświadczeń o niekaralności. W przypadku złożenia wniosku drogą elektroniczną — wnioskodawca uzyskuje dokument wraz z kodem QR (oznaczony jako nr 2 kolorem niebieskim). Zaświadczenia uzyskane drogą elektroniczną winny być spójne pod względem przejrzystości zaś przedłożone przez wykonawcę dokumenty zawierają miejsca niewyraźne i niejasne.

Nadany kod QR pełni bardzo ważną funkcję, ponieważ umożliwia weryfikację danych wskazanych na zaświadczeniu za pomocą aplikacji „Użyj usługi One-stop Police Public Security” (ang. „Use the police Public security One-stop service”).

Przystępujący dokonał stosownej weryfikacji — podczas skanowania kodu ze zdjęć nr 1 i 2 — nie wyświetlają się żadne informacje.

Z analizy szaty graficznej i kolorystycznej zaświadczeń wynikają znaczne różnice. Zasadą jest, że wszystkie elektroniczne pieczęcie internetowego Biura Bezpieczeństwa Publicznego, które wystawia tego typu dokumenty są w jednolitym kolorze (jasnoczerwonym) i w tej samej jednolitej czcionce, podczas gdy na zdjęciu nr 1 i zdjęciu nr 2 kolor pieczęci jest ciemnoczerwony, a czcionka ewidentnie cięsza.

Zamawiający winien również zwrócić uwagę na układ numeryczny dokumentów, bowiem dokument na zdjęciu nr 2 został oznaczony jako 34330 (oznaczony jako nr 5 kolorem niebieskim), dokument na zdjęciu nr 1 to 34329, co oznacza, że dokument ze zdjęcia nr 1 został wystawiony wcześniej niż dokument ze zdjęcia nr 2. Wątpliwości budzi również seria cyfr arabskich (oznaczonych jako nr 4 kolorem niebieskim), bowiem na zdjęciu nr 1 seria cyfr to 02015101002024110513531553098820, natomiast na zdjęciu nr 2 seria cyfr to 02015101002024110513481007843260. Powyższe budzi wątpliwości przystępującego, ponieważ numer seryjny dokumentu powinien być tożsamy z numerem certyfikatu.

W oparciu o powyższe stanowisko, zdaniem przystępującego istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że dokument o niekaralności przedłożony przez wykonawcę nie jest autentyczny lub został sporządzony w sposób wadliwy, wobec czego zamawiający winien wezwać oferenta do przedłożenia autoryzacji autentyczności przedłożonego zaświadczenia.

Nadto, zamawiający winien odrzucić ofertę ZPA Smart Energy a.s. i wykluczyć wykonawcę z postępowania w zakresie Zadania nr 3 z uwagi na wprowadzenie zamawiającego przez ZPA Smart Energy a.s. w błąd w zakresie rzekomego spełnienia warunku posiadania doświadczenia.

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego KIO 4969/24 po stronie odwołującego 2 w zakresie zadania nr 3 oraz po stronie zamawiającego w zakresie zadań 1 i 2 zgłosił się Shenzhen K. Technology (Chengdu) Company Limited siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu. Zgłoszenie zostało wniesione tak jak odwołanie w sprawie KIO 4962/24. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

W świetle zarzutów i wniosków odwołującego w zadaniach 1 i 2, zgłoszenie przez przystępującego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest konieczne.

Przepis nie zawęża pojęcia interesu do pojęcia interesu prawnego czy pojęcia interesu w uzyskaniu zamówienia, a zatem należy interpretować go szeroko. W literaturze wskazuje się, że interes przystępującego sprowadza się do możliwości uzyskania jakichkolwiek korzyści, które przystępujący uzyska, jeśli strona, do której przystępuje wygra postępowanie odwoławcze. Jeśli przystępujący zgłasza przystąpienie po stronie zamawiającego, oczekuje, że

odwołanie zostanie oddalone, a on sam pozyska z tego tytułu jakiś pożytek (por. A. Matusiak [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Warszawa 2021, wyd. 2, kom. do art. 525, nb. C.1.).

Wnoszący przystąpienie do postępowania odwoławczego wskazał, że jego oferta w zadaniach 1 i 2 zamówienia została uznana za najkorzystniejszą.

Przystępujący zatem posiada interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, a w konsekwencji w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Natomiast na skutek wniesionego odwołania, w przypadku jego uwzględnienia przystępujący może utracić możliwość uzyskania zamówienia, a tym samym ponieść szkodę, gdyż nie osiągnie zamierzonych korzyści.

Wystąpienie w tym postępowaniu z przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, leży z całą pewnością w interesie wykonawcy wnoszącego przystąpienie, gdyż ewentualne uwzględnienie odwołania może uniemożliwić mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Przystępujący ma zatem interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść zamawiającego.

Przystąpienie przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego jest w pełni uzasadnione, a interes przystępującego został wykazany w sposób bezsporny.

Przystępujący wskazał, że zarzuty odwołującego podniesione w treści odwołania w zakresie zadań nr 1 i 2 są bezzasadne, gdyż złożona przez niego oferta jest prawidłowa, a ponadto wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia, co potwierdza dokumentacja zebrana w toku postępowania.

Dlatego też należy uznać, że zamawiający prawidłowo dokonał rozstrzygnięcia postępowania w zadaniach nr 1 i 2 zamówienia.

Szerszą argumentację wraz z ewentualnymi wnioskami dowodowymi w sprawie, przystępujący przedstawi w odrębnym piśmie procesowym.

Wnoszący przystąpienie do postępowania odwoławczego w odniesieniu do zadania 3 wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy interes przystępującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż oferta wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. w sposób niezgodny z prawem została wybrana jako najkorzystniejsza w Zadaniu 3 pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych. Zamawiający pozbawił przystępującego możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Czynności zamawiającego zostały dokonane wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy, bowiem oferta wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. powinna zostać odrzucona w postępowaniu, a jako najkorzystniejsza, powinna zostać wybrana oferta przystępującego. Gdyby zamawiający dokonał czynności zgodnie z przepisami ustawy, prawidłowo ocenił przesłanki odrzucenia oferty, przystępujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Szkoda przystępującego sprowadza się zatem do wymiernej straty wynikającej z nieuzyskania zamówienia.

2 stycznia 2025 r. do postępowania odwoławczego KIO 4969/24 po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z 2 stycznia 2025r. udzielonego przez członka zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, tj. w odrzuceniu bądź merytorycznym rozpatrzeniu i oddaleniu odwołania w zakresie przedstawionych zarzutów i wniosków Odwołującego 1 w całości, ponieważ w wyniku uwzględnienia odwołania, oferta złożona przez przystępującego względem zadania nr 3 postępowania będzie ofertą odrzuconą.

Zdaniem przystępującego, zamawiający w sposób prawidłowy przeprowadził postępowanie względem zadania nr 3 postępowania, w wyniku którego wybrano jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego, zaś odwołujący zarzuca zamawiającemu jak we wniesionym odwołaniu, w sposób niesłuszny i nieprawidłowy.

22 stycznia 2025 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że

1) uwzględnia odwołanie w części, tj. w zakresie zarzutu sformułowanego w pkt 1.3. odwołania, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu zaniechanie odrzucenia oferty ZPA Smart Energy a.s. (dalej jako „ZPA”) oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA, w zakresie zadania nr 3, na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy (Zadanie nr 3), tj. wskutek wprowadzenia zamawiającego w błąd przez ZPA co do spełnienia warunku ubiegania się o zamówienie w postaci posiadanego doświadczenia; oraz wniósł o:

2) umorzenie postępowania w zakresie uwzględnionego zarzutu, a także zarzutów ewentualnych wskazanych pkt 1.4 i 1.5, których rozstrzygnięcie – w rezultacie uwzględnienia zarzutu najdalej idącego – jest bezprzedmiotowe;

3) oddalenie odwołania w pozostałym zakresie, tj. co do zarzutów sformułowanych w pkt 1.1. oraz 1.2. odwołania, w których odwołujący zarzucił zamawiającemu:

a) zaniechanie odtajnienia złożonej przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. niejawniej części wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 16.12.2024 r. (załączników do wyjaśnień) złożonych w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2

(pkt 1.1. odwołania);

b) zaniechanie wezwania, w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy, w związku z brakiem prawidłowego dokumentu w odniesieniu do p. L.K. (pkt 1.2. odwołania);

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszej odpowiedzi na odwołanie lub wskazanych bądź przedłożonych w toku postępowania przed Izbą na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie lub w dacie powołania się na te okoliczności w postępowaniu przed Izbą;

5) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Zamawiający uwzględnił najdalej idący zarzut dotyczący nieodrzczenia oferty ZPA uważając za merytorycznie uzasadniony zarzut dotyczący wprowadzenia zamawiającego w błąd, co powinno skutkować wykluczeniem ZPA z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 włącznie 10 PZP. Ponieważ pozostałe dwa zarzuty mają charakter ewentualny, zatem ich rozstrzygnięcie jest bezprzedmiotowe.

Jeżeli jednak wskutek sprzeciwu wniesionego przez ZPA rozstrzygane merytorycznie miałyby zostać zarzuty dotyczące zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wykazu osób lub braku wymaganych zaświadczeń o niekaralności dla osób zasiadających w organach Hangzhou Sunrise, to zamawiający podkreślił, że również te zarzuty uwzględnia w trybie art. 522 ust. 1 ustawy.

Co do nieuwzględnionych zarzutów:

K., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył w dniu 16 października 2024 r. wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny (dalej jako „wyjaśnienia RNC”), jednocześnie zastrzegając część załączników do wyjaśnień RNC jako tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2022 r. poz. 1233), jeżeli wykonawca, wraz z przekazaniem takich informacji, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5.

Nie ulega wątpliwości, że K. skutecznie zastrzegła kalkulację ceny oferty oraz kalkulację wewnętrzną kosztów produkcji - wraz z enumeratywnie wymienionymi załącznikami - jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, bowiem wraz z przekazaniem ww. informacji poinformował zamawiającego, że nie mogą być one udostępniane: w tym miejscu zastrzegamy, że kalkulacja ta wraz ze złożonymi dowodami nie może być udostępniana jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa (...) uzasadnienie w tym zakresie znajduje się w dalszej części niniejszego pisma

Następnie K. wykazała, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 2 UZNK. Zgodnie z art. 11 ust. 2 UZNK, przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, które jako całość lub w szczególnym zestawieniu i zbiorze ich elementów nie są powszechnie znane osobom zwykle zajmującym się tym rodzajem informacji albo nie są łatwo dostępne dla takich osób, o ile uprawniony do korzystania z informacji lub rozporządzania nimi podjął, przy zachowaniu należytej staranności, działania w celu utrzymania ich w poufności.

W treści uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wykonawca wskazał, że przekazywane informacje posiadają wartość gospodarczą, bowiem obrazują istotne dane z punktu widzenia działalności konkurencyjnej, takie jak zakładany zysk, koszty ponoszone z tytułu wykonania zamówienia, w tym wskazują ceny do jakich ma dostęp K. na rynku. Wbrew twierdzeniom odwołującego, które wielu miejscach sprowadzają się do cytowania krótkich fragmentów uzasadnienia w sposób oderwany od kontekstu całego wyводу, wartość gospodarcza zastrzeganych informacji nie została wykazana jedynie abstrakcyjnie, lecz K. wskazała konkretne argumenty, wskazując m.in., że zastrzegane informacje obrazują istotne dane z punktu widzenia prowadzenia działalności konkurencyjnej, jak zakładany przez przedsiębiorcę zysk, koszty jakie ponosi on z tytułu wykonania zamówienia, w tym wskazuje ona [kalkulacja] ceny do jakich ma dostęp wykonawca na rynku.

Odwołujący podniósł, że wartość gospodarcza informacji zastrzeganych jako tajemnica przedsiębiorstwa powinna być wykazana w odniesieniu do konkretnego wykonawcy je utajniającego oraz tego konkretnego postępowania. Takie wymogi nie wynikają z przepisów prawa – brak jest bowiem obowiązku wykazywania wartości gospodarczej informacji w odniesieniu do konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ jeśli określonej informacji można przypisać wartość gospodarczą to zachowuje ona swój walor w każdym postępowaniu i żadna norma nie wymaga by tę okoliczność każdorazowo, dodatkowo udowadniać.

Wbrew twierdzeniu odwołującego odnośnie braku dowodów na potwierdzenie podjętych działań mających na celu zachowanie informacji w poufności, zamawiający podkreślił, że K. przedłożyła adekwatne dowody w celu wykazania, że podjął stosowne działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności. Załączony certyfikat ISO 27001

potwierdza, iż wykonawca wdrożył system zarządzania bezpieczeństwem informacji, co uwiarygadnia dostatecznie, że zapewnia on adekwatne środki w celu zachowania wrażliwych informacji w poufności. Odnosząc się do twierdzeń odwołującego, jakoby Certyfikat ISO 27001 nie był dowodem na potwierdzenie zachowania informacji w poufności, ponieważ certyfikat nie określa jakie konkretnie informacje są tajemnicą przedsiębiorstwa i jakich się nie ujawnia – zamawiający wskazał, że nie taki jest cel przedkładanego dowodu. Załączony Certyfikat ISO 27001 dowodzi, że K. podjęła stosowne działania w celu utrzymania zastrzeganych informacji w poufności, nie zaś – jakie informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa oraz jakich informacji nie ujawnia się.

Dowód: kopie certyfikatów ISO 27001 wydanych dla KAIFA i ZSK (w dokumentacji Postępowania).

Poczynione przez K. zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nie obejmuje informacji, o których mowa w art. 222 ust. 5 ustawy. Zamawiający uznał, że zastrzeżenie przez K. tajemnicy przedsiębiorstwa zostało dokonane skutecznie oraz informacje przekazane wraz z Wyjaśnieniami RNC zasługują na ochronę jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, co zostało przez K. dostatecznie wykazane.

Zarzut zaniechania wezwania K. do uzupełnienia nie został przez odwołującego udowodniony. Zamawiający zwrócił uwagę, że tak jak różnią się systemy prawne, tak jeszcze bardziej różnią się dokumenty wystawiane przez administrację publiczną w poszczególnych państwach. Sam fakt, że przedłożony przez K. dokument potwierdza niekaralność Pana L.K. w okresie od 13 lutego 2017 r. do 5 listopada 2024 r. nie oznacza, że ta osoba była karana we wcześniejszym okresie.

Przeciwnie, zamawiający przyjął, że skoro w ogóle wydano zaświadczenie potwierdzające niekaralność Pana L.K., to oznacza, że jest on osobą niekaraną (a przez co należy rozumieć również zatarcie skazania za popełnione w przeszłości przestępstwa, co odwołujący zdaje się całkowicie pomijać – oczekując, że dana osoba w całej swojej przeszłości nie została skazana za przestępstwo określone w ustawie).

Odwołującemu może nie być to wiadome, lecz Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała już kwestię zaświadczeń o niekaralności dla Pana L.K. w sposób pomyślny dla K.. Mianowicie w sprawie toczącej się z odwołania FOXYTECH sp. z o.o. pod sygn. akt KIO 3466/24 ustalono, na podstawie dokumentów przedłożonych przez K., że:

„Jednocześnie przystępujący przedstawił opinię chińskiego doradcy prawnego, w której okresy dochodzenia wskazane w obu certyfikatach (zaświadczeniach) zostały zestawione z okresem ważności paszportów i obejmują pobyt osoby lub zamieszkania w Chinach do dnia złożenia zapytania. Zdjęcia paszportu złożone w stanowisku przystępującego potwierdzają informację o dacie wjazdu do Chin, tj. 13.02.2021 r. która to data jako początkowa dla okresu wydanego zaświadczenia została wskazana w dokumencie nr 23978. Jednocześnie izba przyjęła jako wiarygodną informację dotyczącą zasad na jakich wydawane są zaświadczenia dla obcokrajowców przebywających na terenie Chin, które nie mogą obejmować okresu wcześniejszego, niż czas pobytu liczony od pierwszego wjazdu na terytorium Chin. Z przedłożonych kopii wiz wynika, iż wskazana osoba wielokrotnie wjeżdżała na terytorium Chin, a najwcześniejsza data to 13.02.2021 r. (stempel).”

Dowód: odwołanie Foxytech; pismo procesowe K. wraz z załącznikami; odpowiedź na odwołanie; odpis wyroku w sprawie KIO 3466/24

Zamawiający wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma procesowego przedstawionego wówczas przez K. (stanowiących załącznik do niniejszej odpowiedzi) na okoliczność przyczyn wskazania w zaświadczeniu jako datę początkową dnia 13 lutego 2017 r., a tym samym – na okoliczność prawidłowego wykazania niekaralności Pana L.K..

Zamawiający z innych postępowań posiadał już wiedzę o przyczynie, dla której zaświadczenie dla Pana L.K. dotyczyło okresu od wyżej wskazanej daty. Osoba ta – jako obywatel Malezji – dopiero wówczas znalazła się na obszarze Chińskiej Republiki Ludowej, zatem zgodnie z przyjętą praktyką właściwych organów tego państwa, zaświadczenie zostało wydane z powyższą datą.

Takie wytłumaczenie nie budziło ani wątpliwości zamawiającego ani Krajowej Izby Odwoławczej. Powinno być ono przyjęte również przez Izbę w tej sprawie i skutkować oddaleniem omawianego zarzutu.

24 stycznia 2025 r. Foxytech spółka z ograniczoną odpowiedzialnością złożył pisemne stanowisko. Przystępujący w całości poparł odwołanie Star, w tym sformułowane w nim zarzuty i wnioski.

Star zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 18 ust. 3 ustawy w postaci jego błędnego zastosowania, a w konsekwencji braku odtajnienia złożonej przez K. niejawną część wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 16 grudnia 2024 r. (załączników do wyjaśnień). W ocenie Star zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa sformułowane przez K. było nieskuteczne, gdyż nie wskazywało w sposób precyzyjny rodzaju informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, wartości tych informacji oraz ich poufnego charakteru.

Star powołał się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego w sposób jednoznaczny wynika, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa - jako wyjątek od generalnej zasady jawności postępowania (art. 18 ust. 1 ustawy) - nie może sprowadzać się do złożenia ogólnych wyjaśnień, bez wskazania konkretnych dowodów.

Uzupełniając, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 września 2024 r., przystępujący wskazał, że zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. jej ocena powinna być dokonywana na podstawie podanych przez wykonawcę argumentów, a nie samego charakteru zastrzeżonej informacji. Mając na względzie powyższe, zgodził się ze Star, że z lakonicznego stwierdzenia przez K., że „Oczywistym jest, że szczegółowy sposób kalkulacji ceny jest informacją mającą dla przedsiębiorcy kluczową wartość gospodarczą”, nie stanowi precyzyjnego i dostatecznego określenia poszczególnych elementów składowych sposobu kalkulacji ceny, jak również uzasadnienia zastrzeżenia ich niejawności. Z treści przywołanego wyroku wynika bowiem, że zamawiający podejmując decyzję o zastosowaniu art. 18 ust. 3 ustawy musi kierować się jedynie argumentacją wykonawcy, zawartą w treści jawnej zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Co istotne, w przytoczonym wyroku Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła, że jeżeli w zakresie niektórych twierdzeń (przesłanek zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa), wykonawca może z łatwością przedstawić dowody, to ma obowiązek to zrobić. W przeciwnym wypadku twierdzenia wykonawcy na o szczególnych charakterze zastrzeganych przez niego danych jest gołosłowne. W tym kontekście przystępujący zgodził się z odwołującym Star, że niezrozumiałym jest powoływanie się przez K. na stosowanie wewnętrznych procedur związanych z bezpieczeństwem informacji, bez przedstawienia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających ten fakt, jak również łączących zakres przedmiotowy wskazanych procedur z informacjami, które K. miała zamiar chronić w ramach zastrzeżenia (a których w sposób precyzyjny nie wyróżniła).

Racje ma również Star, że K. powołując się na poufność w zakresie warunków współpracy z podwykonawcami nie przedstawia dowodów w zakresie umów o zachowaniu poufności (NDA). W związku z powyższym, przystępujący poparł zarzut odwołującego Star, a w konsekwencji jego wniosek o odtajnienie informacji i unieważnienie czynności oceny ofert przez zamawiającego.

Kolejny zarzut sformułowany przez Star dotyczy braku wezwania przez zamawiającego, wykonawcy K. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie zaświadczeń o niekaralności członka jej organu – L.K..

Przystępujący zgodził się, że załączone przez K. zaświadczenia potwierdzają jedynie, że L.K. nie był karany w okresie 13 lutego 2017 r. - listopada 2024 r. Wykonawca nie przedstawił zatem żadnego dokumentu potwierdzającego, że osoba ta nie była karana przed dniem 13 lutego 2017 r.

W ramach 3.2 SWZ zamawiający przewidział wykluczenie z postępowania wykonawców na podstawie art. 109 ust. 1 ustawy. Do katalogu fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania ustawodawca zaliczył między innymi wprowadzenie zamawiającego w błąd, w zakresie informacji istotnych z perspektywy udzielenia zamówienia publicznego. Przytoczył art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy. Zauważył, że w ramach przedmiotowego postępowania zamawiający decydując o zastosowaniu pełnego katalogu podstaw z art. 109 ust. 1 ustawy, przyjął że każda postać wprowadzenia zamawiającego w błąd – tj. niezależnie od jej stopnia i umyślności działania – w zakresie informacji o niepodleganiu wykluczeniu, spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W ramach punktu 3.1.1.4 SWZ zamawiający zastrzegł, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy) będzie uznawany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie dostawę/dostawy w łącznej liczbie i nie mniejszej niż: c) 30.000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozdzielnikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na w zakresie liczników 3-fazowych (Zadanie nr 3);

W ramach Załącznika nr 3 do SWZ ZPA wskazało, że w okresie 06/2023-06/2024 zrealizowało zamówienie na Dostawę trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS na rzecz State Grid Corporation of China (Jinlin branch). W ramach załącznika do Załącznika nr 3 – tj. wymaganego przez Zamawiającego dowodu należytego wykonania zamówienia, ZPA przedstawiła Certyfikat użytkownika końcowego, wystawiony przez State Grid Corporation of China na rzecz podmiotu udostępniającego zasób, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, rzekomo w trzech wersjach językowych (chińskiej, angielskiej i polskiej).

Przystępujący podniósł za Star, że chińska treść dokumentu nie pokrywa się z jej „tłumaczeniami” na język angielski i polski. O ile bowiem z dwóch ostatnich dokumentów wynika, że przedmiotem zrealizowanego zamówienia była Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS (Supply of Three Phase Smart Energy Meters including GPRS modem), o tyle oryginalny chiński dokument traktuje o dostawie 43.000 trójfazowych liczników energii (w tym moduły komunikacyjne i wbudowane przekaźniki) oraz 5.038 modułów komunikacyjnych.

Co więcej, z informacji prezentowanych przez Star, znajdujących potwierdzenie na stronie internetowej podmiotu, na rzecz którego zamówienie wskazane w Załączniku nr 3 miało być realizowane - State Grid Corporation of China, wynika że wbrew polskiej i angielskiej wersji dokumentu, przedmiotem zamówienia nie były trójfazowe inteligentne liczniki energii elektrycznej z modemem GPRS, ale trójfazowe inteligentne liczniki energii elektrycznej z koncentratorami danych, kolektorami danych i modemami.

Nie ulega zatem wątpliwości, że w wersji polskiej przekazanego dokumentu przekazano informacje nieodpowiadające rzeczywistości, które z całą pewnością wprowadziły zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez ZPA wymogu udziału w postępowaniu. Mając na uwadze charakter rozbieżności treściowej zachodzącej pomiędzy wersją oryginalną - chińską, a wersjami angielską i polską, należy przyjąć, że jej wprowadzenie stanowiło działanie celowe, nakierowane na uzyskanie zamówienia pomimo braku spełnienia wymaganego przez zamawiającego kryterium.

W tym stanie rzeczy zarzut Star zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający powinien był bowiem wykluczyć wykonawcę ZPA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy.

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 ustawy w zw. z art. 109 ust.

1 pkt 8 i pkt 10 ustawy (omówionego wcześniej), tj. stwierdzenia braku podstaw do wykluczenia ZPA na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy, przystępujący podzielił stanowisko Star o konieczności wezwania ZPA przez zamawiającego do uzupełnienia wykazu z Załącznika nr 3 SWZ, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu (tj. wykazu dostaw liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należycie).

Przystępujący w całości poparł zarzut zaniechania wezwania ZPA do uzupełnienia zaświadczeń o niekaralności osób wchodzących w skład organów podmiotów udostępniających zasoby, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd.

24 stycznia 2025 r. ZPA a.s. złożył sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów w części oraz przedstawił pisemne stanowisko. Przystępujący przedstawił tożsame stanowisko do stanowiska wyrażonego w sprawie KIO 4962/24, jeśli chodzi o zarzuty zaniechania wykluczenia przystępującego i odrzucenia jego oferty mimo wprowadzenia zamawiającego w błąd, co do informacji zawartych w Wykazie Dostaw oraz zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych podmiotu udostępniającego przystępującemu zasoby w odniesieniu celu wykazania braku podstawy wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy do wszystkich osób zarządzających i nadzorujących oraz prokurentów podmiotu trzeciego.

Ponad argumentację przedstawioną w piśmie do sprawy KIO 4962/24 przystępujący podniósł, co następuje:

Odwolujący podniósł w odwołaniu zarzut dotyczący przedłożonej przez przystępującego gwarancji bankowej na poczet wadium. Zarzut ten dotyczy dwóch zasadniczych kwestii, tj. faktu, że niektóre z czynności w ramach gwarancji bankowej dokonywane powinny być w języku obcym, a także, że gwarancji bankowej udzielił podmiot nieuprawniony.

Zarzuty odwołującego skierowane wobec składowych gwarancji bankowej nie odnoszą się do takich elementów tej gwarancji, które ograniczałyby prawa zamawiającego do korzystania z gwarancji bankowej, w tym czyniąc gwarancję nieskuteczną. Zarzucane składowe gwarancji bankowej stanowią wyłącznie formalno-wykonawczą część techniczną realizacji prawa wynikającego z gwarancji bankowej. Co więcej, gwarancje bankowe skonstruowane w sposób analogiczny jak gwarancja bankowa przedstawiona przez przystępującego są standardem rynkowym w obrocie międzynarodowym, w tym w ramach stosowania na poczet polskich zamówień publicznych. Dokument gwarancyjny nie zawiera tym samym żadnych nieznanych i nietypowych dla standardowego obrotu postanowień bądź ograniczeń, które obniżałyby poziom zabezpieczenia dla zamawiającego.

Zarzut odwołującego dotyczący niedopuszczalnego warunku gwarancji bankowej przez wprowadzenie wymogu żądania wypłaty przez przystępującego wynika wyłącznie z omyłki w tłumaczeniu treści gwarancji bankowej na język polski. Gwarancja bankowa będzie realizowana za pomocą oryginału dokumentu gwarancji bankowej, i to właśnie z perspektywy treści tego oryginalnego dokumentu należy rozstrzygać o prawach wynikających z gwarancji. Czeska wersja gwarancji bankowej nie wprowadza wymogu, o którym mowa w zarzucie odwołującego. Błąd tłumaczenia treści gwarancji nie może natomiast stanowić o relewantności dokumentu gwarancji. Tym samym dokument uprawniający gwarancji bankowej nie ogranicza praw zamawiającego.

Przystępujący zaznaczył, że realizowanie uprawnień wynikających z gwarancji bankowej na poczet postępowania, nie jest stricte etapem prowadzenia postępowania, lecz etapem pobocznym, związanym z realizacją celu, dla którego ustanowiono gwarancję bankową. Dokument wadialny, a tym bardziej dalsze dokumenty tworzone na poczet ewentualnego wykonania praw wynikających z gwarancji bankowej, nie stanowią treści oferty, lecz są osobnymi dokumentami, wystawionymi w celu zabezpieczenia oferty. Nie można zatem do etapów wadliwych, pobocznych, stosować tych samych reguł co do zasadniczego postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Tym samym czynności wykonywane w ramach realizacji praw wynikających z gwarancji bankowej nie podlegają tym samym wymogom, co dokumenty składane w postępowaniu, w tym również w warstwie obowiązującego języka. Co więcej, czynności z zakresu realizacji prawa do gwarancji bankowej będą czynnościami zamawiającego, a nie wykonawcy – tym samym nie stosuje się do nich obowiązków dot. języka wynikających z postępowania.

Podkreślił również, że skorzystanie z praw wynikających z gwarancji bankowej nie ogranicza prawa do ewentualnego przedkładania tłumaczeń dokumentów. Tym samym przystępujący przedstawił tłumaczenia dla wszelkich wymaganych dokumentów związanych z ustanowieniem gwarancji bankowej na poczet postanowienia, gdyż żadnych innych tłumaczeń w chwili przedkładania dokumentacji dostarczyć nie mógł (gdyż ich nie było).

Odnosząc się z kolei do zarzutu, jakoby gwarancję bankową wydał podmiot nieuprawniony, to jest on kompletnie niezasadny. Československá obchodní banka a.s., tj. instytucja, która wystawiła na rzecz przystępującego gwarancję bankową, jest podmiotem, który może prowadzić działalność transgraniczną na terenie Polski, w tym uzyskał niezbędną notyfikację zagranicznych instytucji kredytowych na terytorium RP. Wśród dopuszczalnych działań tego podmiotu znajduje się wydawanie gwarancji i zobowiązań. Powyższe informacje są również powszechnie dostępne na stronie internetowej Komisji Nadzoru Finansowego: https://www.knf.gov.pl/podmioty/wyszukiwarka_podmiotow#5778690.

Jednocześnie nie ulega żadnej wątpliwości, że podmiot zagraniczny, mający siedzibę na terenie Unii Europejskiej oraz będący instytucją kredytową w rozumieniu Dyrektywy 2006/48/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe może udzielić, w ramach działalności transgranicznej, ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego, gwarancji bankowej zabezpieczającej wadium, jeśli uprawnienie do udzielania gwarancji wynika z zezwolenia udzielonego przez właściwe władze nadzorcze państwa macierzystego. Co więcej, art. 48f ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe stanowi, że "Instytucja kredytowa może rozpocząć działalność transgraniczną na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej po otrzymaniu przez Komisję Nadzoru Finansowego zawiadomienia od właściwych władz nadzorczych państwa macierzystego, które określa rodzaje czynności, jakie instytucja zamierza wykonywać.". Československá obchodní banka a.s. uzyskała wymagane notyfikacje, co potwierdza powyższe.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że rzekomo uzasadnione wątpliwości w sposobie sporządzenia oferty przystępującego mogą prowadzić do uznania, że oferta przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. Wątpliwości te odnoszą się do rzeczywistego stanu faktycznego (referencja dot. Wykazu Dostaw w języku chińskim) oraz wprowadzających w błąd informacji wynikających z treści referencji dot. Wykazu Dostaw w języku angielskim i polskim.

Przystępujący opierał się w tłumaczeniu referencji (tj. w dokumencie angielskim i polskim) na oryginalnym dokumencie, który nie został przedłożony do oferty. W jego miejsce omyłkowo przedłożył dokument tożsamy, lecz zawierający pewne rozbieżności językowe.

Przystępujący zaznaczył, że każdy z przedłożonych dokumentów referencyjnych do Wykazu Dostaw potwierdza stan zgodny z rzeczywistym, zaś dokumenty te nie prowadzą do rozbieżnych/sprzecznych ustaleń. Każde wnioskowanie i interpretacja wynikająca z przekazanych referencji prowadzą do ustalenia, iż oświadczenie złożone zostało zgodnie z zastanym stanem faktycznym, nawet jeżeli w treści referencji pojawiły się drobne rozbieżności definicyjne/treściowe. Tym samym, przedłożenie oferty przez przystępującego nie może być rozpatrywane z perspektywy czynu nieuczciwej konkurencji, gdyż w szczególności przystępujący nie rozpowszechniał nieprawdziwych lub wprowadzających w błąd wiadomości o swoim przedsiębiorstwie, w celu przysporzenia korzyści lub wyrządzenia szkody. Dane przekazywane przez przystępującego w zakresie jego sytuacji gospodarczej były bowiem zgodne ze stanem rzeczywistym.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że pomimo wcześniejszego wezwania, przystępujący nie przedłożył wymaganych zaświadczeń dot. niezalegania z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne dla podmiotu udostępniającego zasoby Przystępującemu.

W dniu 30 października 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie Zadania nr 3 w postępowaniu. W związku z powyższym przystępujący przedłożył uzyskane przez podmiot udostępniający zasoby zaświadczenia uzyskane od Chińskiej Państwowej Administracji Podatkowej (oddział Yuhang) w zakresie braku stwierdzenia jakichkolwiek zaległości podatkowych. Zgodnie bowiem z treścią §4 ust. 1 pkt 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, jeżeli wykonawca ma siedzibę poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, zamawiający może żądać dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, które potwierdzają, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Przystępujący, przedkładając zaświadczenia dotyczące podmiotu udostępniającego mu zasoby przyjął, że zaświadczenie wydawane przez Chińską Państwową Administrację Podatkową (oddział Yuhang) jest wiążące w zakresie dotyczącym również opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

W dniu 26 listopada 2024 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia zaświadczenia lub innego dokumentu potwierdzającego, że podmiot udostępniający zasoby na rzecz przystępującego nie naruszył obowiązków dotyczących płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. Przyjmując, że zamawiający nie uznaje przedłożonych uprzednio podmiotowych środków dowodowych (tj. wymaga dokumentów innych), przystępujący ustalił, że na terenie Chińskiej Republiki Ludowej nie ma wydawanych dla podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz przystępującego innych zaświadczeń, niż uprzednio złożone w sprawie. Tym samym, stosując §4 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz

innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Przystępujący uznał, że wystąpiła przesłanka wskazana w tym przepisie, tj. jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę nie wydaje się właściwych dokumentów, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w przepisach ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsca zamieszkania ma osoba, której dokument miał dotyczyć, nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę wykonawcy.

Tym samym na wezwanie zamawiającego przystępujący przedłożył dokumenty zawierające historię wpłat na poczet zobowiązań z tytułu ubezpieczeń społecznych, a także dokumenty notarialne stanowiące oświadczenie wykonawcy w przedmiocie braku zaległości w płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne.

Odwolujący podkreślił w odwołaniu, że jego zdaniem dla podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz przystępującego możliwe jest uzyskanie wiążących urzędowych zaświadczeń o braku zaległości z tytułu ubezpieczeń społecznych, i tym samym brak było podstaw do składania oświadczenia przez wykonawcę. Na moment sporządzenia tego pisma odwołujący nie przekazał jednak stosownego dowodu w sprawie.

Przystępujący zaznaczył, że nie są mu znane żadne inne prawnie wiążące zaświadczenia właściwe dla podmiotu udostępniającego na jego rzecz zasoby. Podkreślił, że system prawny Chińskiej Republiki Ludowej jest w tym zakresie skomplikowany. Mając to na uwadze, wystąpiono do właściwego urzędu w celu uzyskania zaświadczenia, jakoby dowody przedłożone na pierwsze wezwanie w sprawie dotyczyły wymaganego zakresu potwierdzającego brak wykluczenia, tj., że na terenie Chińskiej Republiki Ludowej, dla podmiotu udostępniającego zasoby na rzecz przystępującego, nie ma żadnych innych właściwych zaświadczeń w zakresie opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne. Treść uzyskanego zaświadczenia wraz z tłumaczeniem na język polski przedłożono do niniejszego pisma jako dowód.

Przystępujący wypełnił stawiane mu obowiązki w zakresie przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w przedmiocie braku zalegania z płatnościami opłat na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne już w przypadku odpowiedzi na pierwsze z wezwań zamawiającego, natomiast wyłącznie z ostrożności, przedłożono dodatkowe oświadczenie wykonawcy, złożone przed notariuszem, w przedmiocie braku zaległości w ww. zakresie. Stąd też, a w szczególności ze względu na oświadczenia właściwych organów administracji publicznej Chińskiej Republiki Ludowej i brak przedłożenia dowodów przez odwołującego, przedmiotowy zarzut jest niezasadny.

Odwolujący podniósł w odwołaniu, że przystępujący korzysta w ramach postępowania z podmiotu udostępniającego zasoby. Odwołujący zarzuca, że z przekazanego przez przystępującego dokumentu zawierającego zobowiązanie Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd. nie wynika, jakby zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdzało stosunek łączący Przystępującego z podmiotem udostępniającym zasoby. W szczególności podkreślono, że z zobowiązania nie wynika, w jaki sposób zasoby będą przystępującemu udostępniane ani z jakich zasobów przystępujący będzie korzystał na etapie realizacji zamówienia.

Przystępujący stoi na stanowisko, że przepisy obowiązującego prawa nie przewidują sposobu ani wzoru umowy, która stanowiłaby zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby na poczet postępowań o zamówienia publiczne. Obowiązujące prawo, w szczególności art. 118 ust. 4 ustawy wskazuje natomiast na elementy składowe zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, stanowiąc wyłącznie wskazówkę interpretacyjną do wykonawców, którzy planują skorzystać ze zdolności lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, zobowiązanie umowne dotyczące udostępnianych zasobów zawarte pomiędzy przystępującym a Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd wskazuje oraz opisuje stosunek łączący strony, sposób udostępnienia zasobów oraz określa zasoby będące przedmiotem udostępniania.

Strony zobowiązania, już w preambule zobowiązania, określiły jakiego postępowania zamówieniowego zobowiązanie dotyczy, tym samym dalsze ustalenia należy rozpatrywać w perspektywie tego określonego postępowania. Jednocześnie w art. 3 ww. zobowiązania wskazuje się, że zakres zobowiązania kontraktowego dotyczy udostępnienia zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na zapewnieniu doświadczenia w realizacji dostaw dotyczących liczników energii, jak wskazane w tym artykule. W dalszych częściach zobowiązania opisano sposób udostępnienia zasobów oraz okres obowiązywania zobowiązania. Co więcej, strony potwierdziły, że zawierając zobowiązanie, uznają one wymogi zamawiającego wskazane w postępowaniu za spełnione w całości – co dodatkowo dookreśla zakres zobowiązania stron zobowiązania w sposób wymagany przez dokumentację przetargową postępowania.

Należy mieć na uwadze, że przedłożone przez przystępującego zobowiązanie podmiotu udostępniającego zapewnia rzeczywistą dostępność udostępnionych zasobów, w tym opisane jest na tyle precyzyjnie, że nie pozostawia wątpliwości, że celem zobowiązania jest wypełnienie wymagań wynikających z dokumentacji przetargowej

postępowania. Okoliczność ta była wiadoma stronom zobowiązania, co wykazuje również preambuła zobowiązania. Warto zaznaczyć, że żadne przepisy prawa nie określają, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma być dokumentem nadmiernie rozbudowanym bądź znacznie szczegółowym. Zobowiązanie takie powinno mieć przymiot konkretności uzasadniającej realną dostępność zasobów, czemu zadość czyni przekazany przez przystępującego dokument zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w postępowaniu.

Zarzut przeprowadzenia postępowania przez zamawiającego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości jest chybiony. Nie wystąpiły bowiem żadne przesłanki sugerujące wystąpieniu naruszenia, które przywołuje odwołujący.

W celu wykazania oryginalnego brzmienia referencji dot. dostaw, będącej podstawą dla przedłożonych referencji w języku polskim i angielskim, przystępujący przedłożył referencję w języku chińskim dot. Wykazu Dostaw wraz z tłumaczeniem na język polski:

Dowód: referencja w chińskiej wersji językowej z tłumaczeniem na język polski (Załącznik 1)

W celu wykazania, że właściwości trójfazowego inteligentnego licznika dostarczonego w ramach dostaw wykazanych w Wykazie Dostaw przez Przyjmującego, model DTZY1296-G, obejmują moduł komunikacji GPRS i rozłącznik, przystępujący przedłożył następujące wydruki ze stron internetowych opisujących właściwości ww. licznika:

Dowód: wydruk ze strony internetowej <http://fukukitaganka.com/139.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G (Załącznik 2),

Dowód: wydruk ze strony internetowej <https://www.yunjichaobiao.com/chanpin/70.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G (Załącznik 3),

Dowód: wydruk ze strony internetowej <http://www.sunrisemeter.com/product-detail/8.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G (Załącznik 4)

W celu wykazania zakresu przedłożonych podmiotowych środków dowodowych na pierwsze wezwanie zamawiającego w zakresie płatności i opłat składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne przystępujący przedłożył zaświadczenie uzyskane od Chińskiej Państwowej Administracji Skarbowej wraz z tłumaczeniem na język polski:

Dowód: zaświadczenie uzyskane od Chińskiej Państwowej Administracji Skarbowej wraz z tłumaczeniem na język polski (Załącznik 5)

Przystępujący stanął na stanowisku, że zarzuty wskazane w odwołaniu nie są zasadne w części dotyczącej oferty Przystępującego.

Zdaniem przystępującego, działanie zamawiającego w zakresie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej nie jest obciążone naruszeniami prawa, co uzasadniono powyżej.

Stan faktyczny:

W SWZ zawarto następujące wymagania:

3.1 Warunki udziału w Postępowaniu

3.1.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 109 ust. 1 PZP, z zastrzeżeniem art. 393 ust. 4 PZP, oraz spełniają warunki, określone na podstawie art. 112 ust. 1 PZP, które zgodnie z art. 112 ust. 2 PZP dotyczą:

3.1.1.4 Zdolności technicznej lub zawodowej

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie dostawę/ dostawy w łącznej liczbie i nie mniejszej niż:

c) 30 000 szt. bezpośrednich statycznych 3-fazowych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE w przypadku składania oferty na w zakresie liczników 3-fazowych (Zadanie nr 3);

z wyszczególnieniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania, odbiorców, oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należycie.

3.3.3 Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu, składa także JEDZ dotyczący tych podmiotów (zgodnie z art. 125 ust. 5 PZP).

3.3.6 Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na podstawie art. 118 ust. 1 PZP, składa Zamawiającemu dowód na to, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3.4 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.

a) wykazu dostaw bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE 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.

3.5 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,

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 PZP, 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 wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo 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;

3.6 Dokumenty i oświadczenia składane w przypadku Wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

3.6.1 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 3.5.6 – 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.

3.6.1.4 Jeżeli w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w pkt 3.5.1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 PZP, 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.

3.6.1.5 Dokument, o którym mowa w ust. 3.6.1.1, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem. Dokumenty, o których mowa w ust. 3.6.1.2, 3.6.1.3 powinny być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed ich złożeniem.

3.8.2 Wszelkie dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 12.09.2024r. o godz. 12:10.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 106 067 272,90 zł brutto, w tym w przypadku dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych, kwotę na sfinansowanie:

zadanie 1 - 38 006 106,53

zadanie 2 - 38 006 106,53

zadanie 3 - 30 055 059,84

Otwarcie ofert:

ZADANIE NR 1: Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich jednofazowych działających w technologii GSM/LTE

1.FOXYTECH sp. z o.o., I. Stanisława Wokulskiego 11 58-100, Świdnica – netto 23 333 761,00, brutto 28 700 526,03

2.Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. Tianquan Rd., Hi-Tech Development Zone No.99 611730 Chengdu netto 20 563 117,70 brutto 20 563 117,70

3.Konsorcjum firm: Holley Technology Ltd, Wuchang Avenue No. 181 31-023 Hangzhou

I Networked Energy Services Sp. z o.o. ul. Połęże 9 netto 21 211 507,10 brutto 26 090 153,73

4.Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. Baolong nr 2 518116 Shenzen netto 22 184 651,20

Brutto 22 184 651,20

5.ZPA Smart Energy a.s. Komenskeho 821 54101 Trutnow Sredni-Predmesti netto 20 983 727,00 brutto 20 983 727,00

ZADANIE NR 2: Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich jednofazowych działających w technologii GSM/LTE

1.FOXYTECH sp. z o.o., ul. Stanisława Wokulskiego 11 58-100, Świdnica netto 24 509 728,00 brutto 30 146 965,44

2.Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. Tianquan Rd., Hi-Tech Development Zone No.99 611730 Chengdu netto 20 012 270,00 brutto 20 012 270,00

3. Konsorcjum firm: Holley Technology Ltd, Wuchang Avenue No. 181 31-023 Hangzhou I Networked Energy Services Sp. z o.o. ul. Połęże 9 80-720 Gdańsk netto 21 211 507,10 brutto 26 090 153,73

4. Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. Baolong nr 2 518116 Shenzen netto 21 965 962,60 brutto 21 965 962,60

5. ZPA Smart Energy a.s. Komenskeho 821 54101 Trutnow Sredni-Predmesti netto 21 586 152,20 brutto 21 586 152,20

ZADANIE NR 3: Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich trójfazowych działających w technologii GSM/LTE

1.FOXYTECH sp. z o.o., ul. Stanisława Wokulskiego 11 58-100, Świdnica netto 21 033 100,00 brutto 25 870 713,00

2.Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. Tianquan Rd., Hi-Tech Development Zone No.99 611730 Chengdu netto 18 297 680,00 brutto 18 297 680,00

3.Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. Baolong nr 2 518116 Shenzen netto 19 364 860,00 brutto 19 364 860,00

4.ZPA Smart Energy a.s. Komenskeho 82154101 Trutnow Sredni-Predmesti netto 18 106 370,00 brutto 18 106 370,00

7 października 2024 r. zamawiający wezwał Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co. Ltd. do udzielenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących wyliczenia ceny, w celu ustalenia czy oferta wykonawcy złożona w przedmiotowym postępowaniu zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia (w zakresie zadania nr 1,2).

Zaoferowana przez wykonawcę cena oferty brutto wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, ponieważ jest niższa o ponad 30% od wartości zamówienia brutto ustalonej przed wszczęciem postępowania.

Zamawiający zwrócił się o udzielenie wyjaśnień wskazujących na to, że zaoferowana cena została skalkulowana prawidłowo, z uwzględnieniem wszelkich wymogów realizacji przedmiotu zamówienia, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny, w szczególności w zakresie określonym w art. 224 ust. 1 p.z.p.

Zgodnie z art. 224 ust. 6 p.z.p., zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Powyższe wyjaśnienia wraz z dowodami należy doręczyć zamawiającemu do dnia 22.10.2024 r., zgodnie ze sposobem określonym w punkcie 1.4 SWZ.

UWAGA: W przypadku, gdy składane wyjaśnienia lub uzupełniane dokumenty stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca powinien wyraźnie zastrzec niejawnosć tych informacji oraz zabezpieczyć dokumenty, których treść stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w sposób uniemożliwiający bezpośrednie odczytanie treści. Niezabezpieczenie w sposób właściwy dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa może spowodować niezamierzone ujawnienie ich treści.

16 października 2024 r. Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. wyjaśnił, że: złożona przez nas w niniejszym postępowaniu oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia. W celu potwierdzenia tego

faktu, w trybie art. 224 ustawy Prawo zamówień publicznych składamy niniejsze wyjaśnienia wraz z kalkulacją ceny oferty oraz stosownymi dowodami, zgodnie z treścią wezwania w zakresie zadania nr 1,2.

W tym miejscu zastrzegamy, że kalkulacja ta wraz ze złożonymi dowodami nie może być udostępniana jako stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 z późn. zm.).

Uzasadnienie w tym zakresie znajduje się w dalszej części niniejszego pisma.

Wskazuję, że treść załączonej kalkulacji wraz z dowodami potwierdza, że cena naszej oferty stanowi cenę rynkową uwzględniającą wszelkie koszty niezbędne do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez Zamawiającego w warunkach postępowania, a także uwzględniającą rzeczywiste koszty pracy, której wartość przyjęta do ustalenia ceny nie jest niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę (zgodnie z obowiązującymi w kraju producenta przepisami). Ze względu na przyjęty i realizowany konsekwentnie przez Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. (dalej KAIFA) biznesowy model prowadzenia działalności gospodarczej, w kalkulacji cenowej został uwzględniony także godziwy zysk Wykonawcy oraz została założona stosowna rezerwa finansowa na nieprzewidziane wydatki związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

Składając powyższe wyjaśnienia podkreślamy, że KAIFA jest producentem i dostawcą od wielu lat obecnym na rynku dostaw urządzeń pomiarowych, który realizował i realizuje szereg zamówień analogicznych do przedmiotowego na całym świecie, w tym na rynki Unii Europejskiej (m.in. na rzecz Zamawiającego). KAIFA obsługuje klientów na całym świecie w całym łańcuchu przemysłu elektronicznego, w tym w zakresie badań i rozwoju technologii, projektowania procesów, kontroli produkcji, zarządzania zaopatrzeniem i wsparcia logistycznego. Nasza działalność obejmuje badania i rozwój oraz produkcję półprzewodników, systemów pomiarowych i przemysłowego IoT, zaawansowane usługi produkcyjne różnych wysokiej klasy produktów elektronicznych, takich jak przechowywanie danych, urządzenia medyczne, produkty komercyjne i przemysłowe, elektronika samochodowa, elektronika użytkowa, nowa energia itp.

Nabyte doświadczenie i potencjał firmy pozwala nam na zorganizowanie sposobu wykonania zamówienia w sposób maksymalnie zoptymalizowany. Doświadczenie oraz duży wolumen produkowanego i dostarczanych urządzeń pomiarowych bazujący na wielkim potencjale firmy pozwalają nam na zapewnienie niskich kosztów produkcji, co przekłada się na możliwość zaoferowania klientom atrakcyjnych i bardzo konkurencyjnych warunków handlowych – czego przykładem jest także nasza oferta złożona w niniejszym postępowaniu przetargowym, jak również ceny oferowane na rynkach całego świata, w tym na rynkach Unii Europejskiej. Dodatkowym czynnikiem wpływającym na koszt produkcji jest nieustanne poszukiwanie i włączanie do łańcucha dostaw nowych dostawców materiałów do produkcji, oferujących korzystniejsze warunki cenowe, a także ciągłe prace rozwojowe działu R&D mające na celu optymalizację (również kosztową) konstrukcji produkowanych urządzeń, przy jednoczesnym zapewnieniu ich wysokiej jakości i niezawodności.

Należy podkreślić, że działalność KAIFA jest w pełni zgodna z przepisami z zakresu ochrony środowiska.

Współpraca z lokalnym partnerem na terenie Polski (podwykonawca Zakład Systemów Komputerowych ZSK Sp. z o.o. – dalej ZSK) pozwala z kolei na optymalizację kosztów związanych z logistyką dostaw, szkoleniami, serwisem gwarancyjnym, utylizacją i wszelkimi innymi niezbędnymi usługami realizowanymi w kraju docelowym. Jednocześnie oferta podwykonawcy ZSK została przygotowana w zgodności z przepisami z zakresu prawa pracy i zabezpieczenia społecznego, obowiązującymi w Polsce (tj. w miejscu, w którym realizowane jest zamówienie), natomiast KAIFA wypełnia wszelkie obowiązki związane z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy.

Uznajemy, że wskazane wyżej okoliczności, a w szczególności przedstawiona kalkulacja wraz z dowodami stanowią wystarczające wyjaśnienie wiarygodności ceny naszej oferty. Okoliczności te potwierdzają, że KAIFA ma dostęp do wyjątkowo sprzyjających warunków wykonania zamówienia.

Ponadto, założony zysk wraz z rezerwą dają dodatkową gwarancję, że cena oferty pokryje wszelkie koszty wykonania zamówienia.

Uzasadnienie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa W nawiązaniu do poczynionego na wstępie zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa wskazuję, że stosownie do treści art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Oczywistym jest, że szczegółowy sposób kalkulacji ceny oferty jest informacją mającą dla przedsiębiorcy kluczową wartość gospodarczą. Obrazuje ona bowiem tak istotne dane z punktu widzenia prowadzenia działalności konkurencyjnej, jak zakładany przez przedsiębiorcę zysk, koszty jakie ponosi on z tytułu wykonania zamówienia, w tym wskazuje ona ceny do jakich ma dostęp wykonawca na rynku.

Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa kalkulacji automatycznie pociąga za sobą konieczność uznania, że również oferta od podwykonawcy przewidzianego do udziału w realizacji zamówienia potwierdzająca wiarygodność cen

wskazanych w kalkulacji stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa. Brak podstaw do ujawnienia tych informacji wynika nie tylko z tego, że stanowią one tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawcy, ale również ujawnienie ich stanowiłoby złamanie zobowiązań co do poufności tych informacji złożonych wobec podwykonawcy, dla którego informacje te również posiadają wartość gospodarczą i stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Podkreślam, że w naszym przedsiębiorstwie z należytą starannością podchodzimy do zarządzania bezpieczeństwem informacji, w tym m. in. do zachowania poufności informacji, które zastrzegamy w tym piśmie jako tajemnicę przedsiębiorstwa. Również nasi lokalni partnerzy (podwykonawcy) zostali obowiązani do zachowania poufności odnośnie wszelkich informacji uzyskanych w procesie przygotowania oferty, jak również przekazywanych na etapie ewentualnej realizacji zamówienia.

Na potwierdzenie powyższego załączamy do niniejszego pisma certyfikaty ISO/IEC 27001

poświadczające wdrożenie w przedsiębiorstwach wykonawcy KAIFA i podwykonawcy ZSK systemów zarządzania bezpieczeństwem informacji. Certyfikaty te nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

Ponadto informujemy, że stosujemy następujące wewnętrzne procedury związane z bezpieczeństwem informacji:

- procedura MA-00002740 - Confidential Documents Information Security Management Operation Instruction (Instrukcja operacyjna zarządzania bezpieczeństwem informacji dotycząca dokumentów poufnych)
- procedura MSA-00002380 - Information Security Risk Management Operation Instruction (Instrukcja operacyjna zarządzania ryzykiem w zakresie bezpieczeństwa informacji)
- procedura MSA-00002631 – Information Security Management Process Instruction (Instrukcja procesu zarządzania bezpieczeństwem informacji)
- procedura MSA-00002324 – Information security and continuity planning Management Operation Instruction (Bezpieczeństwo informacji i planowanie ciągłości działania, Instrukcje dotyczące zarządzania operacjami)
- procedura MSA-00004375 – Information Security Control Policies Operation Instruction (Polityka kontroli bezpieczeństwa informacji, Instrukcja operacyjna)
- procedura MSA-00002741 – Information Security Event Management Process Instruction (Instrukcja procesu zarządzania zdarzeniami związanymi z bezpieczeństwem informacji)

W załączeniu:

1. kopie certyfikatów ISO 27001 wydanych dla KAIFA i ZSK – załącznik jawny
2. kalkulacja ceny oferty – tajemnica przedsiębiorstwa
3. kalkulacja wewnętrzna kosztów produkcji – tajemnica przedsiębiorstwa
 - a. zał. 1 – oferta KFHK na podzespoły do produkcji – tajemnica przedsiębiorstwa
 - b. zał. 2 – informacja o płacy minimalnej w prowincji Syczuan, ChRL – załącznik jawny
 - c. zał. 3 – koszty firm transportowych – tajemnica przedsiębiorstwa
 - d. zał. 4 – faktura z banku (koszt wadium) - tajemnica przedsiębiorstwa
 - e. zał. 5 - oferta podwykonawcy na realizację usług – tajemnica przedsiębiorstwa

Podmiotowy środek dowodowy Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd

Zaświadczenie o niekaralności

Seria Cheng Pi Gong (Chu) Zheng numer [2024] 34330

Po weryfikacji osoba: LIM KEE YING, obywatelstwo: malezyjskie, dokument tożsamości:

zwykły paszport, numer dokumentu: A38028866, nie stwierdzono by w okresie od 13 lutego 2017 r. do 22 marca 2021 r. był on notowany w rejestrze karnym.

Użyj aplikacji policyjnej "One-stop service", aby zeskanować kod QR

Sprawdź postęp Weryfikowanie certyfikatu Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego Chengdu, Oddział w Dystrykcie Pidu

Uwaga: 1. Niniejsze zaświadczenie odzwierciedla jedynie rejestr karny na platformie wyszukiwania informacji w momencie wystawienia zaświadczenia.

2. Jeżeli nie określono wyraźnego okresu czasu, domyślnie sprawdzany jest cały okres życia.
3. Certyfikat ważny 3 miesiące od daty wydania.
4. Zaświadczenie nie jest przeznaczone do celów sądowych.

30 października 2024 r. zamawiający wezwał ZPA do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a 26 listopada 2024 r. do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych w zakresie zaświadczenia albo innego dokumentu potwierdzającego, że podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy tj. Hangzhou Sunrise Technology Co. Ltd. nie naruszył obowiązków dotyczących płatności opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, tj. dokumentu wymaganego zgodnie z pkt. 3.3.9 w zw. z pkt. 3.5.3. SWZ, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed jego złożeniem.

Podmiotowe środki dowodowe ZPA:

Wykaz dostaw ZPA:

1.Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS 43000 06/2023-06/2024 State Grid Corporation of China (Jinlin branch) No. 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun, Jilin province, China. 1

Poświadczenie w języku chińskim:

供货证明

致：杭州炬华科技股份有限公司

我司，国网吉林省电力有限公司，地址中国长春市朝阳区人民大街10388号，证实杭州炬华科技股份有限公司·注册地址中国浙江省杭州市余杭区仓前街道仓兴街1099号，已成功完成执行国家电网有限公司2023年第十三批电能表（含用电信息采集）招标采购。（招标编号：0711-230TL04922004）。

招标项目：三相智能电表（含用电信息采集）。

招标编号：0711-230TL04922004。

合同编号：SGJLWZ00HTMM2301719 日期：15-06-2023。

合同数量：(1) 43000只三相智能电能表(含通信单元和内置继电器)

电能表型号：DTZY1296-G。

(2) 5058只通信单元。

供货期限：本合同供货期限为自合同生效之日起1年。

以上产品运行稳定可靠、服务周到！

订货单位：国网吉林省电力有限公司

地址：吉林省长春市朝阳区人民大街10388号

日期：20-09-2024

联系人：谢蓓欣

联系电话：1.

联系人职位：专责

Poświadczenie w języku angielskim

End User Certificate

To: Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd

We, State Grid Corporation of China (Jilin branch) has address: No. 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun, Jilin province, China. hereby declare and certify Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, Located at No.1099 Cangxing Jie, Cangqian Street, Yuhang District, Hangzhou, Zhejiang province, China. According to the law, Has successfully implemented its contract for the bidding and procurement of the 13th batch of smart energy meters (including GPRS modem) of China State Grid Corporation in 2023.

Tender Project: Supply of Three Phase Smart Energy Meters including GPRS modem.

Tender Number: 0711-230TL04922004.

Contract No. : SGJLWZ00HTMM2301719 Dated on: 15-06-2023

Contract Quantity: (1). 43000pcs Three Phase Smart Meters (with GPRS modem & Disconnecter).

Meter Type: DTZY1296-G.

(2). 5058pcs GPRS modem.

Delivery Period: The supply period of this contract is one year from the effective date of the contract.

Until now the meters are running well, We are satisfied with delivered meters from Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.

Stamp: State Grid Corporation of China (Jinlin branch)

Address: No. 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun, Jilin province, China.

Date: 20th Sep 2024

Contact Person: Xie Beixin

Tel: 1.

Title: Responsible person

Certyfikat użytkownika końcowego

Do: Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd

My, State Grid Corporation of China (oddział Jilin) mamy adres: No. 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun, Jilin province, China. niniejszym oświadczamy i poświadczamy, że Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, z siedzibą w No.1099 Cangxing Jie, Cangqian Street, Yuhang District, Hangzhou, Zhejiang province, China.Zgodnie z prawem, pomyślnie wdrożyliśmy umowę na przetarg i zakup 13. partii inteligentnych liczników energii (w tym modemem GPRS) China State Grid Corporation w 2023 r.

Projekt przetargowy: Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS.

Numer przetargu: 0711-230TL04922004.

Numer umowy: SGJLWZ00HTMM2301719 Data: 15-06-2023

Ilość w kontrakcie:

(1). 43000 szt. trójfazowych liczników inteligentnych (z modemem GPRS i rozłącznikiem).

Typ licznika: DTZY1296-G.

(2). 5058 sztuk modemów GPRS.

Okres dostawy: Okres dostawy w ramach niniejszej umowy wynosi jeden rok od daty wejścia umowy w życie .

Jak dotąd liczniki działają dobrze. Jesteśmy zadowoleni z dostarczonych liczników od Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.

Znaczek: State Grid Corporation of China (oddział Jinlin)

Adres: nr 10388 Renmin Street, dystrykt Chaoyang, Changchun, prowincja Jilin, Chiny.

Data: 20 września 2024 r.

Osoba kontaktowa: Xie Beixin

Telefon: 1.

Tytuł: Osoba odpowiedzialna

Wybór najkorzystniejszej oferty:

nr zadania 1

Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. - 20 563 117,70

Nr zadania 2

Shenzhen K. Technology (Chengdu) Co., Ltd. - 20 012 270,00

Nr zadania 3 ZPA Smart Energy a.s. Komenskeho 821 - 18 106 370,00

Dowody wnioskowane przez odwołującego K., to jest:

1)dokument „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064530” wraz z tłumaczeniem,

2)dokument „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064534” wraz z tłumaczeniem

3)dokument „gwarancja bankowa nr PRAGGO0064528” wraz z tłumaczeniem

4)dokument - wykaz dostaw,

5)dokument w j. chińskim

6)dokument w j. angielskim- End User Certificate

7)dokument w j. polskim – Certyfikat Użytkownika Końcowego

8) pismo zamawiającego z 30.10.2024r.

9)pismo zamawiającego z 26.11.2024r.

10)dokument w j. chińskim wraz z tłumaczeniem – „Zaświadczenie o ubezpieczeniu społecznym”

11)dokument w j. chińskim wraz z tłumaczeniem – „Certyfikat notarialny”

12)dokument w języku angielskim – „Contractual Obligation To Provide Performance” wraz z tłumaczeniem „Zobowiązanie umowne dotyczące udostępnienia zasobów

zostały przez KIO pominięte z uwagi na wycofanie zarzutów odwołania lub opisane w ramach dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego,

13) tłumaczenie przysięgłe referencji złożonej przez ZPA do postępowania :

Zaświadczenie o dostarczeniu towaru

Do: Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.

Nasza firma - Stałe Grid Jilin Electric Power Co., Ltd., adres: Zhongguo (ę Changchun Shi Chaoyang Qu Renmin Dajie 10388 Hao [Chiny, miasto Changchun, dystrykt Chaoyang, aleja Renmin numer 10388] potwierdza, że firma Hangzhou Sunrise Technology Co. , Ltd., zarejestrowana pod adresem Zhongguo Zhejiang Sheng Hangzhou Shi Yuhang Qu Cangqian Jiedao Cangxing Jie 1099 Hao [Chiny, prowincja Zhejiang, miasto Hangzhou, dystrykt Yuhang, poddystrykt Cangqian, ulica Cangxing numer 1099] pomyślnie zakończyła realizację przetargu organizowanego przez Stałe Grid Corporation of China w 2023 roku w ramach 13 Planu Pięcioletniego na zakup partii liczników energii elektrycznej (z pobieraniem .informacji dotyczących korzystania z energii elektrycznej). (Numer przetargu: 0711-23 OTL04922004).

Przedmiot przetargu: Trójfazowe inteligentne liczniki energii elektrycznej (z pobieraniem informacji dotyczących korzystania z energii elektrycznej).

Numer przetargu: 0711-230TL04922004.

Numer kontraktu: SGJLWZ00HTMM2301719 Data: 15-06-2023.

Ilości określone w kontrakcie:(I) 43000 sztuk trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej (zawierających moduły telekomunikacyjne oraz wbudowane przekaźniki)

model liczników energii elektrycznej: DTZY1 296-G.

(2) 5058 sztuk modułów telekomunikacyjnych.

Termin dostawy: Termin dostawy w ramach niniejszego kontraktu wynosił 1 rok od daty wejścia kontraktu w życie.

Powyższe produkty charakteryzują się stabilnym i niezawodnym działaniem a świadczone usługi były staranne i kompleksowe!

14) KRAJOWY SYTSEM INFORMACJI KREDYTOWEJ DLA PRZEDSIĘBIORSTW

Raport ujawniający informacje kredytowe przedsiębiorstwa

Nazwa firmy Hangzhou Sunrise Technology Co.

1 M.X. Zastępca Dyrektora Generalnego

2 C.F. Nadzorca

3 Y.G. Prezes Zarządu i Dyrektor

4 D.X. Sekretarz Zarządu Generalny

5 Wang Jian Członek Zarządu (Dyrektor)

6 Bao Junming Zastępca Dyrektora Generalnego

7 Guo Haoyang Nadzorca

8 Chen Bo Członek Zarządu (Dyrektor)

9 Gao Yihua Członek Zarządu (Dyrektor)

10 Wang Youzhao Członek Zarządu (Dyrektor Samodzielny)

11 D.X. Członek Zarządu (Dyrektor)

12 Ding Jiahe Zastępca Dyrektora Generalnego

13 Ding Guomao Przewodniczący Rady Nadzorczej

14 Wu Liyun Członek Zarządu (Dyrektor)

15 Wang Jian Zastępca Dyrektora Generalnego

16 Ding Jiahe Wiceprezes Zarządu

17 Liu Xiaosong Członek Zarządu (Dyrektor)

18 Liu Chao Zastępca Dyrektora Generalnego Samodzielny

19 Liu Meizhen Zastępca Dyrektora Generalnego

20 D.X. Zastępca Dyrektora Generalnego

Dowody odwołującego Star:

Tłumaczenia przysięgłe:

Guojia Dianwang Youxian Gongsi

[Krajowa Sieć Energetyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Stałe Grid Corporation China Dianzi Shangwu Pingtai (ECP) [Elektroniczna Platforma Handlowa] Wersja: VI.O

[Poniżej pasek z informacjami o podstronach na stronie internetowej.]

Strona główna > Zakupy na drodze przetargów> Ogłoszenie o przetargu oraz zaproszenie do uczestnictwa w przetargu

35 plan zakupowy 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsi [Krajowa Sieć Energetyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością I (Przetarg zakupowy na program marketingowy Pierwszy Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Ogłoszenie przetargowe

Guojia Dianwang Youxian Gongsi 2023-04-26

Status przetargu zakupowego: zakończony;

Nr programu zakupowego: 0711-230TL04922004;

Nazwa programu zakupowego: 35 plan zakupowy 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsi [Krajowa Sieć Energetyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością] (Przetarg zakupowy na program marketingowy Pierwszy Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej));

Typ zakupu: towary i materiały;

Data składania dokumentów przetargowych: 2023-05-12

Data otworzenia dokumentów przetargowych: 2023-05-22

Miejsce otworzenia dokumentów: Szczegółowe informacje w dokumentach przetargowych;

Organizator przetargu: Guojia Dianwang Youxian Gongsi

Informacje o programie:

Dokumenty: Pobierz dokumenty dot. ogłoszenia o przetargu; Pobierz dokumenty przetargowe.

„Przetarg zakupowy dotyczący 35 planu zakupowego 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsi Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej) został zakończony”

Nasza Spółka, Guowang Jilin Sheng Dianli Youxian Gongsi [Spółka Sieć Krajowa Prowincji

Jilin Energia Elektryczna], adres: Chiny, Changchun, Chaoyang qu, Renmin daje 10388 hao, oficjalna nazwa Spółki:

Hangzhou Juhua Keji Gufen Youxian Gongsi, siedziba Spółki: Chiny, prowincja Zhejiang, Hangzhou, Yuhang qu,

Cangqian jiedao, Cangxing jie 1099 hao, z sukcesem zakończyła wdrażanie przetargu zakupowego dotyczącego 35 planu zakupowego 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsu Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej). (Nr przetargu: 0711230TL04922004).

Sanxiang Zhineng Dianbiao [Inteligentny Licznik Trójfazowy] (obejmujący zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)

Nasza Spółka, Guowang Jilin Sheng Dianli Youxian Gongsu [Spółka Sieć Krajowa Prowincji Jilin Energia Elektryczna] adres: Chiny, Changchun, Chaoyang qu, Renmin dalje 10388 hao, oficjalna nazwa Spółki: Hangzhou Juhua Keji Gufen Youxian Gongsu, siedziba Spółki: Chiny, prowincja Zhejiang, Hangzhou, Yuhang qu, Cangqian jiedao, Cangxing jie 1099 hao, z sukcesem zakończyła wdrażanie przetargu zakupowego dotyczącego 35 planu zakupowego 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsu Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej). (Nr przetargu: 0711230TL04922004).

Program przetargowy: Sanxiang Zhineng Dianbiao [Inteligentny Licznik Trójfazowy] (obejmujący zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej).

(Nr przetargu: 0711-230TL04922004).

Ogłoszenie wyników przetargu na 35 plan zakupowy 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsu [Krajowa Sieć Energetyczna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością] (Przetarg zakupowy na program marketingowy Pierwszy Licznik Energii Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

Guojia Dianwang uxian Gongsu 2023-06-06

Ogłoszenie wyników przetargu

Lista zwycięzców przetargu na 35 plan zakupowy 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsu (Przetarg zakupowy na program marketingowy Pierwszy Licznik Energii

Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej))

(Nr przetargu: 0711-230TL04922004)

Zabronione jest powielanie lub modyfikowanie poniższych treści bez zezwolenia przed ich ponownym opublikowaniem, w przeciwnym razie sprawca naruszenia zgodnie z prawem zostanie pociągnięty do odpowiedzialności prawnej za naruszenie praw autorskich.

Ogłoszenie zwycięzców przetargu na 35 plan zakupowy 2024 Guojia Dianwang Youxian Gongsu (Przetarg zakupowy na program marketingowy Pierwszy Licznik Energii

Elektrycznej (obejmuje zbieranie informacji o zużyciu energii elektrycznej)) (Nr przetargu: 0711-230TL04922004) zostało zakończone. Poniżej znajduje się lista zwycięzców przetargu.

Nr oceny Nr dokumentacji Status oferty Jednostka Zwycięzca przetargu

SG2327-130723001 Koperta 1 Wygrana Zhongwang Shanxin Sheng Dianli Gon si Huali Keji Gufen Youxian Gongsu

SG2327-130723001 Koperta 2 Wygrana Zhongwang Fujian Sheng Dianli Youxian Gon si Hangzhou Juhua Keji Gufen Youxian Gon si

SG2327-130723001 Koperta 3 Wygrana Guowang Shanghai Shi Dianli Gongsu Anhui Nanrui Zhongtian Dianli Dianzi Youxian Gon si

SG2327-110823005 Koperta 9 Wygrana Guowang Jilin Sheng Dianli Youxian Gon si Hangzhou Juhua Keji Gufen Youxian Gon si

SG2327-130723002 Koperta 49 Wygrana Guowang Jilin Sheng Dianli Youxian Gongsu, Guowang Shaanxi Sheng Dianli Youxian Gon si Hangzhou Juhua Keji Gufen Youxian Gongsu

Nr oceny Nazwa dokumentacji Kod koperty Jednostka przetargowa Jednostka zgłaszająca zapotrzebowanie Nazwa programu Kategoria napięcia elektrycznego projektu Opis materiałów Jednostka Ilość dostarczenia pierwszej linii dostarczenia linii ostatnich Miejsce dostawy

SG2327-1108.23005 {oprerło 9 J18JL2 Guoweng jilln Sheng Dianli youxian Gongsu Guowang

Jilin sneng Diann Youxian Gongsu WOZI Gongsu (Guowang Jilin Zhaobiao Youxian Gongsu) brak kategorii napięcia elektrycznego 4G, terminal komunikacyjny dwu systemowy. dostępny. C3 Typ I, Komunikacja zdalna; AG. terminal komunikacyjny dwusystemowy,

Funkcja próbkowania krzyżowego: Tak, Temperatura Urządzenie 11000 30.08.2023 30.12 2023 prowincja Jilin

SG2327.23005 Koperta 9 Guowang Jilin Sheng Dianli youxian Gongsu Guowang Jilin Sneng

Dianli Youxian Gongsu Wuzi Gongsu' (Guowang Youxian Gongsu) Brak kategorii napięcia elektrycznego jednostka komunikacyjna zdalna bezprzewodowe koncentrator typu połączenie z siecią bezprzewodowe 4G, brak. brak. Jednostka komunikacyjna: kategoria jednostki komunikacyjnej zdalna, odpowiedni typ terminala/miernika, koncentrator typu I, strona komunikacji, szt. 11000 30.08.2023. 30.12.2023 prowincja Jilin

SG207.1307.23002 Koperta 49 5tCW4 Guowang Jilin Sheng Dianli Younan Gongsu Guowang

Jilin Shen Dianli youxian Gongsu Wozi Gongsu (Guowang Jilin Zhaobiao Youxian Gongsu) Brak kategorii napięcia

elektrycznego Jednostka komunikacyjna zdalna, trójfazowy licznik z poziomu, bezprzewodowe połączenie z siecią 4G, brak, brak, jednostka komunikacyjna: kategoria jednostki komunikacyjnej zdalna, odpowiedni typ terminala/miernika, metoda komunikacji bezprzewodowa sieć publiczna 4G, zakres częstotliwości, częstotliwość środkowa, brak, metoda modulacji brak szt. 5058 30.08.2023 30.12.2023 prowincja Jilin

SG2327. 1307.23002 Koperta 49 SIGW4 Guowang Jilin ShengDanb Youxian Gongsi Guowang Sheng Dianu Youkar Gongsi Wuzi Gongsi {Guowang Jilin Zhaobiao Youdam Gonsi} Brak kategorii napięcia elektrycznego Trójfazowy inteligentny licznik energii elektrycznej, 8 poziom, . Bezprzewodowy, instalacja zewnętrzna, tak, 3x220/380V, 5A trójfazowy inteligentny licznik energii elektrycznej 8 poziom precyzji pomiaru, możliwość ograniczenia zużycia: bezprzewodowa, wyłącznik napięcia: instalacja zewnętrzna, terminal komunikacyjny: tak, napięcie elektryczne szt. 23 000 30.08.2023 30.12.2023 perrowincja Jilin

SG2327-23002 Koperta 49 51GW4 Guowang Jilin Sheng Dianu Youxian Gongsi Guowang Jilin Sheng Dianii Gongs Guowang Jilin Zhaobiao Yousian Gongs brak kategorii napięcia elektrycznego, trójfazowy inteligentny licznik energii elektrycznej, 8 poziom, bezprzewodowy, instalacja zewnętrzna 3x220/380V 10A, trójfazowy inteligentny licznik energii elektrycznej 8 poziom precyzji pomiaru, możliwość ograniczenia zużycia: bezprzewodowa, wyłącznik napięcia: instalacja zewnętrzna, terminal komunikacyjny: tak, napięcie elektryczne 3x220/380 V 10A szt. 20000 30.08.2023 30.12.2023 prowincja Jilin

5. Pozostałe wymagania

5.1 Zakres dostawy inteligentnych liczników energii z interfejsami modułów komunikacyjnych, liczników energii IoT, liczników energii montowanych na szynie, koncentratorów, kolektora typu I, wyspecjalizowanego terminalu odbiorczego transformatora typu I oraz wyspecjalizowanego terminala odbioru transformatora typu III, nie obejmuje modułów komunikacyjnych. Dostawa modułów komunikacyjnych podlega wewnętrznej specyfikacji.

Publiczny System Informacji Wiarygodności Przedsiębiorstw Krajowych

[Pasek informacji, podkreślono:] Informacje o wiarygodności przedsiębiorstwa.

Informacje o kluczowych osobach:

[Informacje podano w prostokątnych polach.]

M.X.: Zastępca Dyrektora Generalnego;

C.F.: Członek Rady Nadzorczej;

Y.G.: Prezes Zarządu i Dyrektor Generalny;

D.X.: Prezes Zarządu Spółki Giełdowej;

Wang Jian: Członek Zarządu;

Bao Junming: Zastępca Dyrektora Generalnego;

Guo Haoying: Członek Rady Nadzorczej;

Chen Bo: Samodzielny Członek Zarządu;

Gao Yihua: Członek Zarządu;

Wang Youzhao: Członek Zarządu;

D.X.: Członek Zarządu;

Ding Jiahe: Zastępca Dyrektora Generalnego;

Ding Guomao: Prezes Rady Nadzorczej;

Wu Liyun: Członek Zarządu;

Wang Jian: Zastępca Dyrektora Generalnego;

Ding Jiahe: Zastępca Prezesa Zarządu;

Liu Xiaosong: Samodzielny Członek Zarządu;

Liu Zhao: Zastępca Dyrektora Generalnego;

Liu Meizhen: Zastępca Dyrektora Generalnego;

D.X.: Zastępca Dyrektora Generalnego;

Zaświadczenie o braku wpisu w rejestrze karnym

Cheng Pi (Chu) Zheng Zi (2024) 34330 hao

Osoba podlegająca weryfikacji: LIM KEE YING, obywatelstwo: malezyjskie,

Nazwa dowodu tożsamości: paszport, nr dowodu tożsamości: A38028866,

(w okresie od 13 lutego 2017 do 22 marca 2021), nie zarejestrowano wpisu w rejestrze karnym.

[Kod QR, pod kodem QR następujący numer:]

02015101002024110513481007843260

Korzystaj z aplikacji Biura Bezpieczeństwa Publicznego

Kod do skanowania w aplikacji

Weryfikacja etapu postępowania

Weryfikacja informacji przedstawionych w zaświadczeniu

[Okrągła pieczęć z gwiazdą w centrum, w otoku następująca informacja:] Chengdu Shi

Gong'an Ju, Pidū Qu Fenju, Chu Ru Jing Guanli Dadui [Wydział Imigracyjny, Oddział Pidū, Biuro Bezpieczeństwa Publicznego miasta Chengdu] [Niez czytelny numer.]

Chengdu Shi Gong'an Ju, Pidū Qu Fenju, Chu Ru Jing Guanli Dadui [Wydział Imigracyjny, Oddział Pidū, Biuro Bezpieczeństwa Publicznego miasta Chengdu]

5 listopada 2024

Uwagi:

1. Niniejsze zaświadczenie przedstawia jedynie informacje z rejestru w podanym przedziale czasowym.
2. Jeżeli nie ma wyznaczonych ram czasowych, zaświadczenie odnosi się do całego przedziału czasowego.
3. Niniejsze zaświadczenie jest ważne przez trzy miesiące od daty jego wystawienia.

Zaświadczenie o braku wpisu w rejestrze karnym

Cheng Pi (Chu) Zheng Zi (2024) 34329 hao

Osoba podlegająca weryfikacji: LIM KEE YING, obywatelstwo: malezyjskie,

Nazwa dowodu tożsamości: paszport, nr dowodu tożsamości: A55109730,

(w okresie od 22 marca 2021 do 5 listopada 2024), nie zarejestrowano wpisu w rejestrze karnym.

[Kod QR, pod kodem QR następujący numer:]

02015101002024110513531553098820

Korzystaj z aplikacji Biura Bezpieczeństwa Publicznego

Kod do skanowania w aplikacji

Weryfikacja etapu postępowania

Weryfikacja informacji przedstawionych w zaświadczeniu

[Okrągła pieczęć z gwiazdą w centrum, w otoku następująca informacja:] Chengdu Shi

Gong'an Ju, Pidū Qu Fenju, Chu Ru Jing Guanli Dadui [Wydział Imigracyjny, Oddział Pidū, Biuro Bezpieczeństwa Publicznego miasta Chengdu] [Niez czytelny numer.]

Chengdu Shi Gong'an Ju, Pidū Qu Fenju, Chu Ru Jing Guanli Dadui [Wydział Imigracyjny, Oddział Pidū, Biuro Bezpieczeństwa Publicznego miasta Chengdu]

5 listopada 2024

Uwagi:

1. Niniejsze zaświadczenie przedstawia jedynie informacje z rejestru w podanym przedziale czasowym.
2. Jeżeli nie ma wyznaczonych ram czasowych, zaświadczenie odnosi się do całego przedziału czasowego.
3. Niniejsze zaświadczenie jest ważne przez trzy miesiące od daty jego wystawienia.

Dowody zamawiającego:

1. Rejestr pośredników ubezpieczeniowych Wykaz ubezpieczeniowych pośredników notyfikowanych dowód pominięty z powodu cofnięcia odwołania w tym zakresie
2. odwołanie Foxytech z 23 września 2024 r. w postępowaniu zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych pn. „Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla TAURON Dystrybucja S.A. Oddział Wałbrzych na lata 2024 – 2025”, nr referencyjny: PZP/TD CN/06665/2023, w którym Foxytech wskazywał, że:

15.K. na wezwanie Zamawiającego przedstawiła środki dowodowe, w tym zaświadczenia o niekaralności dla p.L. (Załącznik nr 11):

(i)Wydane w dniu 1 sierpnia 2024 roku przez Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w Mieście Chengdu, Oddział w Dystrykcie Pidū wskazujące, że w odniesieniu do L.K. posiadającego paszport o numerze A38028866 (obywatelstwo malezyjskie) nie stwierdzono, by w okresie od dnia 13 lutego 2017 roku do 22 marca 2021 roku był on notowany jako osoba karana;

(ii)Wydane w dniu 1 sierpnia 2024 roku przez Wydział ds. Kontroli Ruchu

Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego w Mieście Chengdu, Oddział w Dystrykcie Pidū wskazujące, że w odniesieniu do L.K. posiadającego paszport o numerze A55109730 (obywatelstwo malezyjskie) nie stwierdzono, by w okresie od 22 marca 2021 roku do 01 sierpnia 2024 roku był on notowany jako osoba karana;

(iii)Oba zaświadczenia zawierają adnotację, zgodnie z którą: „W przypadku, gdy zakres czasowy wyszukiwania nie został wskazany, wyszukiwania danych dokonano w pełnym przedziale czasowym”;

(iv)Oba zaświadczenia zawierają adnotację, zgodnie z którą: „Niniejsze zaświadczenie nie może być wykorzystywane jako dowód w postępowaniu sądowym.”

Mając powyższe na uwadze, stwierdzić należy, że:

(i)Opisane wyżej zaświadczenia zostały wydane dla dwóch różnych osób, różnią się bowiem numerami paszportów, które zostały wskazane w ich treści;

(ii)Jedno z nich dotyczy jedynie wskazanego w treści okresu od dnia 13 lutego 2017 roku do 22 marca 2021 roku – podczas gdy Zamawiający wymagał przedłożenia odnośnego zaświadczenia bez ograniczenia czasowego; z przedłożonego zaświadczenia nie wynika, że L.K. nie był karany przed 13 lutego 2017 roku lub po 22 marca 2021 roku;

(iii)Drugie z nich (odnoszące się do innego L.K., posiadającego inny dokument tożsamości) dotyczy jedynie wskazanego w treści okresu od dnia 22 marca 2021 roku do dnia 01 sierpnia 2024 roku - podczas gdy Zamawiający wymagał przedłożenia odnośnego zaświadczenia bez ograniczenia

czasowego; z przedłożonego zaświadczenia nie wynika, że L.K. nie był karany przed 22 marca 2021 roku lub po 01 sierpnia 2024 roku;

(iv)Żadne z zaświadczeń (co zostało w nich wprost wskazane) nie może być wykorzystywane jako dowód w postępowaniu sądowym, co w istocie podważa ich wiarygodność i każe się zastanowić, w jakim właściwie celu zostały wydane; niewątpliwie zaświadczenia z taką adnotacją winny być uznane za nieprzydatne dla potwierdzenia niekaralności w zakresie wymaganym przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę treść ww. zaświadczeń należy uznać, że K. nie przedstawiła Zamawiającemu dokumentów i zaświadczeń spełniających kryteria wskazane w SWZ (pkt 3.6. i następne). Co więcej, działanie K., tj. przedstawienie dokumentów dotyczących dwóch różnych osób może nosić znamiona wprowadzenia Zamawiającego w błąd (art. 109 ust. 1 pkt 8 PZP).

16.Powyższej oceny nie zmienia fakt przedłożenia przez K. trzeciego dokumentu, tj. informacji z Konsulatu Generalnego Malezji stwierdzającego, że L.K. (tym razem numer paszportu A55109730) nie jest notowany w Rejestrze Karnym. Po pierwsze, nie wiadomo w ogóle do jakiego

Rejestru Karnego odnosi się autor zaświadczenia. Po drugie, nie wiadomo, czy zaświadczenie dotyczy „właściwego” L.K.. Po trzecie, Konsulat Generalny Malezji nie jest uprawniony do wydawania zaświadczeń o niekaralności. Przede wszystkim jednak zaświadczenie wydane przez Konsulat

Generalny Malezji nie jest dokumentem, o którym mowa w pkt. 3.6.1.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia, więc jest nieprzydatne dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z dokumentami przedłożonymi przez K. wraz z pismem z dnia 30 sierpnia 2024 roku (oraz wcześniej w toku postępowania o udzielenie zamówienia):

(i)L.K. nie jest obywatelem Chin,

(ii)L.K. jest obywatelem Malezji,

(iii)miejscem zamieszkania L.K. są Chiny.

Powyższe wynika wprost z treści przedstawionego zaświadczenia, a ponadto z treści pisma przewodniego K. z dnia 30 sierpnia 2024 roku.

Siedzibą Wykonawcy K. są Chiny, co jest okolicznością bezsporną, przyznaną przez K..

Dowód: Zaświadczenie o niekaralności wraz z tłumaczeniem przysięgłym; pismo z dnia 30 sierpnia 2024 roku (Załącznik nr 11).

Zgodnie z treścią pkt. 3.6.1.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia, jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, powinien złożyć dokument równoważny informacji z Krajowego Rejestru Karnego, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Zaświadczenie wydane przez Konsulat Generalny Malezji nie jest dokumentem, o którym mowa w pkt. 3.6.1.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia, a zatem jego treści nie ma żadnego znaczenia dla oceny spełnienia wymogów określonych przez Zamawiającego.

17.Zaświadczenie wydane przez Konsulat Generalny Malezji dla L.K. zostało wystawione przez niewłaściwy organ. K. była zobowiązana do przedstawienia dokumentu wystawionego przez organ bezpieczeństwa publicznego na poziomie powiatu lub wyższym Chin i tylko taki dokument może być wzięty pod uwagę przez Zamawiającego – co wynika z treści SWZ, jak i z treści wyroku KIO wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 2448/24.

18.Podsumowując powyższe, należy uznać, że K. nie przedstawiła Zamawiającemu dokumentów i zaświadczeń spełniających kryteria wskazane w SWZ (pkt 3.6. i następne), a zatem K. nie sprostала wymogom stawianym przez Zamawiającego w SWZ i nie udowodniła niewystąpienia przesłanki braku wykluczenia z Postępowania. Tym samym oferta złożona przez K. podlega odrzuceniu.

10 października 2024 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wskazał, że:

Zgodnie z chińskim prawem Administracja Wyjazdu i Wjazdu może wydać zaświadczenie o niekaralności tylko za okres pobytu lub zamieszkania w Chinach.

Zaświadczenia wydane przez Wydział ds. Kontroli Ruchu Granicznego Urzędu Bezpieczeństwa Publicznego dotyczą

okresu od 13.02.2017r. do 01.08.2024r., ponieważ L.K. przebywa w Chinach dopiero od 13 lutego 2017r., a więc, zgodnie z prawem chińskim, zaświadczenia obejmują cały okres jego pobytu w Chinach, od dnia 13 lutego 2013r. aż do dnia złożenia zapytania.

Dowód:

- 1)opinia prawna Kancelarii Prawnej Sundial
- 2)kopia wizy chińskiej L.K. wraz z tłumaczeniem
- 3)kopia pozwoleń na osiedlenie L.K. wraz z tłumaczeniem
- 4)oświadczenie p.L. wraz z tłumaczeniem

Nie można więc żadną miarą uznać, że Zamawiający wymagał przedłożenia zaświadczenia o niekaralności bez ograniczenia czasowego jak również, że mógł takiego zaświadczenia (o określonej treści) wymagać.

Biorąc pod uwagę, że okres, jakiego dotyczy zaświadczenie pokrywa się w całości z okresem zamieszkania p.L. w Chinach, nie ma żadnych wątpliwości, iż zaświadczenia te są wystarczającym dowodem na brak podstaw wykluczenia.

Z opinii Sundial Law Firm wynika, że:

Opinia prawna w sprawie okresów weryfikacji w sprawie dwóch zaświadczeń o niekaralności

Działaliśmy jako specjalny chiński doradca prawny w celu wydania opinii prawnej ("Opinia") zgodnie z instrukcjami Spółki w związku z dwoma zaświadczeniami o niekaralności o numerach dokumentów Cheng Pi Gong (Chu) Zheng Zi [2024] nr 23978 i Cheng Pi Gong (Chu) Zheng Zi [2024] nr 23985 ("Certyfikaty") wydanymi przez Wydział Administracji Wyjazdów i Wjazdów, Oddział w Pidu Biura Bezpieczeństwa Publicznego w Chengdu ("Administracja Wyjazdu i Wjazdu"), w dniu 1 sierpnia 2024 r., w odniesieniu do pracownika Spółki, który nazywa się Pan LIM KEE YING ("Pan LIM").

Opinia opiera się na regulacjach, przepisach i ustawach Chińskiej Republiki Ludowej obowiązujących w dniu jej sporządzenia ("Prawo Chińskie"). Nie wyrażamy opinii w sprawach regulowanych prawem innym niż prawo chińskie.

Wydając naszą opinię, przeanalizowaliśmy i, za Waszą zgodą, wyrażnie opieramy się na oświadczeniach faktycznych, oświadczeniach, zobowiązaniach i gwarancjach zawartych w (i) zeskanowanej kopii Certyfikatów i paszportach Pana LIM, (ii)

wszystkich oświadczeniach złożonych przez Administrację Wyjazdu i Wjazdu podczas rozmowy telefonicznej przeprowadzonej przez nas w dniu 30 września 2024 r. ("Rozmowa") oraz (iii) przepisami Prawa chińskiego, o których mowa w niniejszym dokumencie. Ponadto, za Państwa zgodą, przyjęliśmy: (i) autentyczność wszystkich podpisów i pieczęci w dokumentach, które otrzymaliśmy od Spółki, oraz (ii) autentyczność, kompletność i zgodność wszystkich dokumentów przekazanych nam jako kopie oryginałów, oraz (iii) że wszelkie oświadczenia złożone w którymkolwiek z dokumentów, o których mowa w niniejszym dokumencie, w tym posiadające kwalifikację "do wszystkich zainteresowanych" lub podobne kwalifikacje, są prawdziwe, kompletne i poprawne pod każdym względem bez jakiegokolwiek weryfikacji.

W związku z powyższym, naszym zdaniem

(i) Okresy Dochodzenia wskazane w certyfikatach, od 13 lutego 2017 r. do 22 marca 2021 r. oraz od 22 marca 2021 r. do 1 sierpnia 2024 r. ("Okresy zapytania"), przypadają na okresy ważności paszportów Pana LIM i obejmują jego pobyt lub zamieszkanie w Chinach do dnia złożenia zapytania, zgodnie z odpowiednim prawem chińskim.

(ii) Certyfikaty są uznawane za prawnie ważne, potwierdzające, że Pan LIM nie był karany w Chinach w Okresach Dochodzenia.

w oparciu o następujące kryteria:

(i) Na podstawie zeskanowanej kopii paszportów pana LIM, okres ważności paszportu pana LIM (nr A38028866) wynosi od 30 maja

2016 r. do 2 sierpnia 2021 r., co obejmuje okres dochodzenia w sprawie zaświadczenia o niekaralności o numerze dokumentu Cheng Pi Gong (Chu) Zheng Zi [2024] nr 23978. Okres ważności paszportu Pana LIM (nr A55109730) trwa od 23 marca 2021 r. do 2 sierpnia 2026 r., co obejmuje okres dochodzenia w sprawie zaświadczenia o niekaralności o numerze dokumentu Cheng Pi Gong (Chu) Zheng Zi [2024] nr 23985.

(ii) Na podstawie Poświadczenia Notarialnego wydanego przez DATO' AZMAN BIN JAACOB w dniu 21 lutego 2024 r. oraz zaświadczenia wydanego przez Ambasadę Chin w Malezji w dniu 22 marca 2024 r. o numerze dokumentu nr. (2024) M.L. nr 0001636, zeskanowane kopie nowego paszportu (nr A55109730) i starego paszportu (nr A38028866) są zweryfikowane jako prawdziwe i ważne.

(iii) Zgodnie z art. 25 ustawy o administracji wyjazdowej i wjazdowej Chińskiej Republiki Ludowej oraz innymi odpowiednimi przepisami ustawowymi i wykonawczymi, obcokrajowcy są zobowiązani do posiadania ważnego paszportu lub innych uznanych dokumentów podróży, a także wizy przy wjeździe do Chin oraz podczas pobytu lub pobytu w Chinach, dokumenty podróży muszą zachować ważność.

(iv) Podczas rozmowy oficer z Administracji Wyjazdów i Wjazdów złożył następujące oświadczenia:

Zgodnie z chińskim prawem Administracja Wyjazdu i Wjazdu może wydać zaświadczenie o niekaralności tylko za okres

pobytu lub zamieszkania w Chinach do dnia wszczęcia dochodzenia, a ponieważ pierwszy wjazd pana LIM do Chin miał miejsce 13 lutego 2017 r., zaświadczenie może obejmować tylko okres rozpoczynający się od 13 lutego 2017.

(v) Na podstawie zeskanowanej kopii certyfikatów, na których widnieje oficjalna pieczęć Administracji Wyjazdu i Wjazdu, Pan LIM nie był karany w Chinach w Okresach Dochodzenia.

Wyrażamy zgodę na złożenie niniejszej opinii, która może być wykorzystana wyłącznie jako dowód w konkretnym procesie sądowego rozstrzygania sporów w Rzeczypospolitej Polskiej.

Kserokopia poświadczona notarialnie i przetłumaczona przysięgle paszportów LIM KEE YING narodowości malezyjskiej nr A55109730 ważny 23.03.2021 do 02.08.2026 i A38028866 ważny 30.05.2016 do 02.08.2021.

Z kserokopii paszportu A38028866 wynika wiza chińska:

[wyłoczony numer 38028866]

[pieczęć owalna o treści KONTROLA GRANICZNA CHINY, 2017-02-16, Huanggang (wjazd)]

[pieczęć owalna o treści KONTROLA GRANICZNA CHINY, 2017-02-13, Huanggang (wjazd)]

[pieczęć prostokątna o treści KONTROLA GRANICZNA CHINY, 2017-02-16, Chengdu (wyjazd)]

[pieczęć prostokątna o treści KONTROLA GRANICZNA CHINY, 2017-02-19, Chengdu (wyjazd)]

[ponadto pieczęci kontroli granicznej Filipiny, Francja]

CHIŃSKA WIZA J9043474

KATEGORIA L WJAZDY 2

WJAZD PRZED 17 CZERWCA 2017 DŁUGOŚĆ KAŻDEGO POBYTU 030 DNI PO WJEŹDZIE

DATA WYDANIA 17 STYCZNIA 2017 WYDANO W KUALA LUMPUR

PEŁNE NAZWISKO K.Y.

[wyłoczony numer 38028866]

[na pierwszej stronie widoczne pieczęci kontroli granicznej z różnych krajów]

POZWOLENIE NA ZAMIESZKANIE DLA OBCOKRAJOWCÓW W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ

08156616

PEŁNE NAZWISKO LIM KEE YING

DATA URODZENIA 10 CZERWCA 1971 NR PASZPORTU A38028866

DATA WYDANIA 28 CZERWCA 2017 WAŻNE DO 24 MAJA 2018

WYDANE W CHENGDU, SYCZUAN CEL ZAMIESZKANIA PRACA

UWAGI BRAK

ANULOWANO 18.05.14 (R:M:D)

[wyłoczony]

[wyłoczony numer 38028866]

[na pierwszej stronie widoczne pieczęci kontroli granicznej z różnych krajów]

POZWOLENIE NA ZAMIESZKANIE DLA OBCOKRAJOWCÓW W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ

08943788

PEŁNE NAZWISKO LIM KEE YING

DATA URODZENIA 10 CZERWCA 1971 NR PASZPORTU A38028866

DATA WYDANIA 14 MAJA 2018 WAŻNE DO 30 KWIETNIA 2020

WYDANE W CHENGDU, SYCZUAN CEL ZAMIESZKANIA PRACA

POZWOLENIE NA ZAMIESZKANIE DLA OBCOKRAJOWCÓW W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ

100739768

CHINY

PEŁNE NAZWISKO LIM KEE YING

PŁEĆ M DATA URODZENIA 1971.06.10 NR PASZPORTU A38028866

CEL ZAMIESZKANIA PRACA WAŻNE DO 2021.08.02

DATA WYDANIA 2020.03.19 MIEJSCE WYDANIA CHENGDU

POZWOLENIE NA ZAMIESZKANIE DLA OBCOKRAJOWCÓW W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ

101323107

CHINY

PEŁNE NAZWISKO LIM KEE YING

PŁEĆ M DATA URODZENIA 1971.06.10 NR PASZPORTU A55109730

CEL ZAMIESZKANIA PRACA WAŻNE DO 2023.08.02

DATA WYDANIA 2021.07.06 MIEJSCE WYDANIA CHENGDU

[wyłoczony numer 55109730]

POZWOLENIE NA ZAMIESZKANIE DLA OBCOKRAJOWCÓW W CHIŃSKIEJ REPUBLICE LUDOWEJ

102379821

CHINY

PEŁNE NAZWISKO LIM KEE YING

PŁEĆ M DATA URODZENIA 1971.06.10 NR PASZPORTU A55109730

CEL ZAMIESZKANIA PRACA WAŻNE DO 2025.04.30

DATA WYDANIA 2023.06.19 MIEJSCE WYDANIA CHENGDU

Okólnik Ministerstwa Bezpieczeństwa Publicznego w sprawie wydawania przepisów dotyczących postępowania z zapytaniami do rejestrów karnych przez organy bezpieczeństwa publicznego Gongtong (2021) 19

Z art. 5 wynika, że cudzoziemiec zamieszkujący w Chinach powyżej 180 dni może uzyskać w wydziale administracji bezpieczeństwa publicznego prowincji, w której przebywa informację o swojej karalności. Zgodnie z art. 6 musi przedstawić swój dokument tożsamości i wniosek o rozpatrzenie sprawy. Zgodnie z art. 9 w przypadku zapytań indywidulanych, gdy osoba nie figuruje w rejestrze karnym wydawane jest zaświadczenie o niekaralności.

Oświadczenie LIM KEE YING:

Ja, niżej podpisany, LIM KEE YING, obywatel Malezji urodzony 10 czerwca 1971, posiadający paszport nr A55109730, niniejszym oświadczam że:

Mój pierwszy wjazd na teren Chin miał miejsce 13 lutego 2017, a pobyt w Chinach w celach zarobkowych rozpoczął się od 15 października 2017, co łącznie spełniło warunek ponad 180 dni zamieszkania w Chinach.

Niniejsze oświadczenie służy do celów urzędowej weryfikacji oraz do celów dowodowych w stosownych procedurach rozstrzygania sporów w sprawach zamówień publicznych w Polsce i nie może być wykorzystywane w żadnych innych celach bez zezwolenia.

Opinia prawna w sprawie zaświadczenia o niekaralności wydanego przez Konsulat Generalny Malezji w Kunming, Chińska Republika Ludowa z dnia 27 sierpnia 2024 r. o numerze referencyjnym SKB/2024/590101 na rzecz niejakiego L.K. (numer paszportu malezyjskiego: A55109730) HO-YONG Partnership Avocates & Solicitors

2. CGC definiuje się jako dokument używany do weryfikacji, czy dana osoba nie była karana za wykroczenia lub karalność w okresie pobytu w Malezji.1

3. Obywatel Malezji, mieszkaniec Malezji oraz obcokrajowiec, który wcześniej mieszkał w Malezji (co najmniej 6 miesięcy) mogą ubiegać się o wydanie CGC ("Wnioskodawca"). 2 Ministerstwo Spraw Zagranicznych Malezji ("MOFA") jest organem wydającym CGC, ponieważ CGC jest wydawany wyłącznie do celów użytkowania za granicą (tj. poza Malezją).3

4. Ministerstwo Spraw Zagranicznych zezwala Wnioskodawcy na odbiór CGC w swojej Ambasadzie Malezji/Wysokiej Komisji/Konsulacie Generalnym.4

5. Jesteśmy zdania, że CGC służy jako publicznie dostępna droga dla Wnioskodawcy w celu sprawdzenia swojego statusu wykroczenia lub przestępstwa popełnionego w Malezji w celu wykorzystania i przedłożenia go jakimkolwiek zagranicznemu organowi i/lub zagranicznemu rządowi. CGC służy zatem jako oficjalny rejestr rządu Malezji dotyczący dobrego postępowania Wnioskodawcy.

6. CGC nie jest wydawane Wnioskodawcy pochopnie. Przed wydaniem CGC weryfikacja bezpieczeństwa zostanie przeprowadzona przez Królewską Policję Malezji, co może potrwać od 30 do 90 dni roboczych, zanim będzie można uzyskać decyzję o zatwierdzeniu.5

7. W dniu 2 października 2018 r. Królewska Policja Malezyjska ogłosiła również na swoim oficjalnym kanale na Facebooku, że wniosek o CGC należy składać za pośrednictwem oficjalnej strony internetowej Ministerstwa Spraw Zagranicznych pod adresem <<https://ekonsular.kln.gov.my/en/>> ("Ogłoszenie o Służbie Publicznej" lub "PSA").6

8. W świetle powyższego jasne jest, że rząd Malezji weryfikuje dobre zachowanie Wnioskodawcy za pomocą CGC. Wydanie CGC podlega wcześniejszej weryfikacji Królewskiej Policji Malezji, a zatem jest dokumentem, który sam w sobie wyjaśnia dobre zachowanie Wnioskodawcy bez żadnego wykroczenia lub wpisu w rejestrze karnym w zakresie objętym nadzorem rządu Malezji.

9. W związku z tym w naszej opinii CGC wydane przez Konsulat Generalny Malezji w Kunming, Chińska Republika Ludowa, z dnia 27 sierpnia 2024 r., o numerze referencyjnym SKB/2024/590101 na rzecz p.L. (numer paszportu malezyjskiego: A55109730) („Konkretnie CGC”)7 jest dokumentem publicznym wydanym przez rząd Malezji za pośrednictwem Ministerstwa Spraw Zagranicznych w celu potwierdzenia, że pan L.K. (numer paszportu malezyjskiego: A55109730) nie popełnił żadnego wykroczenia ani nie ma wpisów w rejestrze karnym w zakresie objętym nadzorem rządu Malezji.

10. Do niniejszego pisma z opinią załączono następujące dokumenty:

(a) kopię Konkretnego CGC oznaczoną jako Załącznik "A";

(b) kopię Podręcznika Użytkownika Certyfikatu Dobrego Postępowania za pośrednictwem e-Konsular wydanego przez

Wydział Konsularny Ministerstwa Spraw Zagranicznych z maja 2024 r. oznaczoną jako "B"; i
(c) kopię PSA i jej uwierzytelnione tłumaczenie na język angielski oznaczone jako Załącznik "C".

11. Przedstawiamy niniejszą opinię w oparciu o naszą najlepszą wiedzę na temat stanu przepisów prawa i/lub zasad obowiązujących w dniu wydania niniejszej opinii prawnej.

Nie ponosimy odpowiedzialności za autentyczność Konkretnego CGC, a zainteresowana osoba może dokonać niezależnej weryfikacji autentyczności Konkretnego CGC w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i/lub Konsulacie Generalnym Malezji w Kunming, w Chińskiej Republice Ludowej.

KONSULAT GENERALNY MALEZJI, KUNMING, CHINY

SKB/2024/590101

2024-08-27

DO WSZYSTKICH ZAINTERESOWANYCH

Rząd Malezji niniejszym zaświadcza, że LIM KEE YING (nr paszportu: A55109730) nie jest notowany w Rejestrze Karnym.

[pieczęć okrągła w kolorze czerwonym o treści: KONSULAT GENERALNY MALEZJI * KUNMING

Dowody przystępującego ZPA a.s.:

Certyfikat użytkownika końcowego

Do: Hangzhou Sunrise Technology Co.,Ltd

My, State Grid Corporation of China (oddział Jilin) mamy adres: No. 10388 Renmin Street, Chaoyang District, Changchun, Jilin province, China. niniejszym oświadczamy i poświadczamy, że Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd, z siedzibą w No.1099 Cangxing Jie, Cangqian Street, Yuhang District, Hangzhou, Zhejiang province, ChinaZgodnie z prawem, pomyślnie wdrożyliśmy umowę na przetarg i zakup 35 partii inteligentnych liczników energii (w tym modemu GPRS) China State Grid Corporation w 2023 r.

Projekt przetargowy: Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej (wraz z modemem GPRS).

Numer przetargu: 0711-230TL04922004.

Numer umowy: SGJLWZ00HTMM2301719 Data: 15-06-2023

Ilość w kontrakcie: (1). 43000 szt. Trójfazowych liczników inteligentnych (z modemem GPRS i rozłącznikiem).

Typ licznika: DTZY1296-G.

(2). 5058 sztuk modemów GPRS.

Okres dostawy: Okres dostawy w ramach niniejszej umowy wynosi jeden rok od daty wejścia umowy w życie.

Jak dotąd liczniki działają dobrze. Jesteśmy zadowoleni z dostarczonych liczników od Hangzhou Sunrise Technology Co., Ltd.

- wydruk ze strony internetowej <http://fukukitaganka.com/139.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G w języku obcym, bez tłumaczenia można odnaleźć oznaczenie DTZY1296-G oraz oznaczenie GPRS

- wydruk ze strony internetowej <https://www.yunjichaobiao.com/chanpin/70.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G w języku obcym bez tłumaczenia można odnaleźć oznaczenie DTZY1296-G 4G/GPRS

- wydruk ze strony internetowej <http://www.sunrisemeter.com/product-detail/8.html> w zakresie licznika, model DTZY1296-G – w języku obcym bez tłumaczenia można znaleźć oznaczenie GPRS 4G/5G oraz oznaczenie DTZY1296 Z/-G/-J

Certyfikat Państwowej Administracji Podatkowej służby podatkowej okręgu Yuhang – dowód pominięty z uwagi na cofnięcie odwołania w tym zakresie.

Z Uwagi uzupełniającej dotyczącej dowodu dostawy wynika, że Hangzhou Sunrise Technology złożyła następujące oświadczenia:

Przedstawiła zrzuty ekranu materiałów przyznanych spółce przez Jilin Electric Power Company w języku angielskim , gdzie dla ilości 23 000 i 20 000 podkreślono frazę „Communication module interface: Yes i dla ilości 5058 podkreślono frazę Communication method:wireless public network 4G. Nie dokonano jednak tłumaczenia tych podkreśleń.

Pod tym zrzutem znajduje się komentarz Hangzhou Sunrise Technology: Nagrodzone materiały obejmują 43 000 trójfazowych inteligentnych liczników energii z interfejsem modułu komunikacyjnego (23 000 sztuk specyfikacji 5A i 20 000 sztuk specyfikacji 10A), odpowiadający modelowi dostaw naszej firmy to DTZY1296-G, zgodnie z GB/T28879-2022 Electrical Instrumentation Product Model Preparation Methods (więcej szczegółów w załączniku 2), - G wskazuje, że licznik z jednostką komunikacyjną GPRS. Pod spodem zamieszczono kolejny zrzut ekranu w języku angielskim gdzie zaznaczono G Communication channel GPRS nie dokonując tłumaczenia. Dalej przedstawiono zrzut ekranu powiadomienia o udzieleniu zamówienia przez State Grid Jilin Electric Power Company Limited w języku angielskim bez tłumaczenia, gdzie wyróżniono następujące frazy:

State Grid of China Jilin Electric Power Co. name of goods Three Phase Smart Electrometers PCS 23 000.0 total price 1 217 085710 Headquarters Procurement Request No. 300294692500010

State Grid of China Jilin Electric Power Co. name of goods Communication Unit PCS PCS 5058.0 total price 141 739676
Headquarters Procurement Request No. 300294691600010

State Grid of China Jilin Electric Power Co. name of goods Three Phase Smart Electrometers PCS 20 000.0 total price
1,058 335400 Headquarters Procurement Request No. 300294692300010

W nagłówku tego tekstu znajdują się frazy : 35th batch of procurement, No 0711-23OTL04922004, Class B Three -phase Smart Energy Meter Package 49.

Poniżej zamieszczono kolejny zrzut ekranu umowy z State Grid Jilin Electric Power Company limited (szczegóły w załączniku 4) ponownie w języku angielskim gdzie w annex 1 wymieniono listę produktów:

Communication Unit, Three Phase Smart Energy Meter I Three Phase Smart Energy Meter.

Poniżej wskazano, że: Partia 43 000 mierników mocy DTZY1296-G dostarczonych do State Grid Jilin Electric Power Company Limited charakteryzuje się stabilną i niezawodną pracą na miejscu oraz przemyślaną obsługą i została dobrze przyjęta przez klientów, patrz certyfikat użytkownika końcowego wydany przez State Grid Jilin Electric Power Company Limited (patrz załącznik nr 5)

Poniżej zamieszczono kolejny zrzut ekranu certyfikatu użytkownika końcowego w języku angielskim bez tłumaczenia, który różni się od tłumaczenia angielskiego załączonego do wykazu dostaw, bowiem tam wskazano 13th bath of smart energy metres (including GPRS modem), a w tym wskazanym w oświadczeniu Hangzhou Sunrise Technmology z 16 stycznia 2025 r. jest „35th bath of smart energy metres (including electricity information collection), dalej w tłumaczeniu załączonym do wykazu dostaw jest Tender project: Supply of Three Phase Smart Energy Meters including GPRS modem, a w zawartym w oświadczeniu z 16 stycznia 2025 Tender project: Supply of Three Phase Smart Energy Meter (including electricity information collection), w załączonym do wykazu dostaw tłumaczeniu jest „ Contract Quantity: (1). 43000pcs Three Phase Smart Meters (with GPRS modem & Disconnecter)”, w zawartym w oświadczeniu z 16 stycznia 2025 r. „

Contract Quantity: (1). 43000pcs Three Phase Smart Meter with a built in communication unit (GPRS modem) & Disconnecter.

Nadto to tłumaczenie w języku angielskim zawarte w oświadczeniu z 16 stycznia 2025 r. zawiera w opisie Contract Quantity informację „with a built communication unit, która nie występuje w tłumaczeniu polskim załączonym do wykazu dostaw: (1). 43000 szt. trójfazowych liczników inteligentnych (z modemem GPRS i rozłącznikiem). ani w załączonym do pisma procesowego z 24 stycznia 2025r. : „

Ilość w kontrakcie: (1). 43000 szt. Trójfazowych liczników inteligentnych (z modemem GPRS i rozłącznikiem).”

Ze specyfikacji Q/GDW Standardu Przedsiębiorstwa State Grid Corporation of China Q/GDW 10827-2020 Specyfikacja technicznej inteligentnych wielofazowych liczników energii elektrycznej z 29 stycznia 2021 wynika, że jest to norma określająca wymagania dotyczące typu trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej, w tym specyfikacje, warunki środowiskowe, wymagania dotyczące wyświetlania, wygląd strukturę, wymiary instalacyjne, materiały i procesy. W pkt. 4 Specyfikacje pkt. 4.2.Wartości znamionowe prądu Prąd znamionowy podany w tabeli 2

Tabela 2

Typ podłączenia Bezpośredni

Min. Imin A 0.2 Ir A 0.5 Max Imax A 60

Min. Imin A 0.4 Ir A 1 Max Imax A 100

6.Wygląd, struktura I wymiary montażowe

6.1Wymagania ogólne:

- wymiary 290mm wys x 170 mm szer x 85 mm gł

6.2 Moduł komunikacyjny

Wymiary, położenie i interfejsy modułu komunikacyjnego muszą być zgodne z dodatkami D i E.

Załącznik D

D.1 Wymagania strukturalne dla modułu komunikacyjnego

Zewnętrzne wymiary modułu komunikacyjnego to 94,8 mm długość x 65 mm szerokość x 24 mm wysokość. Moduł komunikacyjny powinien mieć identyfikację taką jak nazwa producenta, nazwa modułu, model specyfikacji, numer fabryczny

W D2 Modem GPRS znajdują się rysunki techniczne widok z przodu, z boku i z tyłu zawierające omówienia w języku chińskim oraz widok pierwszy zawiera symbole literowe RXD i GPRS

D.7 Schemat wymiarowy modułu komunikacyjnego i pozycji koordynacji licznika energii

Z instrukcji obsługi Trójfazowego czteroprzewodowego inteligentnego licznika energii DTZY1296-G wynika, że z pkt. I Przegląd wynika, że Ta seria mierników mocy wykorzystuje ultra-duży układ cyfrowego przetwarzania sygnału, w pełni izolowany standardowy interfejs komunikacyjny RS485 i komunikację w podczerwieni, konfigurowalny moduł komunikacyjny GPRS.

W pkt. 3.1. Zasada działania

Inteligentny procesor służy do rozliczania w czasie i przetwarzania różnych danych wejściowych i wyjściowych, danych specjalnego układu zasilania za pośrednictwem interfejsu szeregowego oraz uzupełniania funkcji pomiaru mocy czynnej z podziałem czasu i pomiaru maksymalnego zapotrzebowania zgodnie z ustalonym okresem czasu, wyświetlania różnych danych zgodnie z potrzebami i uzupełniania przetwarzania funkcji, takich jak uwierzytelnianie bezpieczeństwa, komunikacja na podczerwień, komunikacja modułu GPRS, wyświetlacz LCD, zamykanie wyzwalacza, i tak dalej.

IV Modele

DTZY1296-G Trójfazowy czteroprzewodowy inteligentny licznik energii 3x220/380V 0,2 – 0,5 (60A)/ 5(60)A Aktywny B, Reactive 2 (wbudowany przełącznik)

5.7 Pobór mocy: pod warunkiem trójfazowego przyłożenia prądu odniesienia i napięcia odniesienia, częstotliwości odniesienia, miernik mocy jest w bez komunikacji (magazyn modułu miernika mocy nie jest podłączony do modułu), podświetlenie jest wyłączone, a porób czynnej i pozornej każdej linii nie przekracza 1,5W, 6VA, miernik mocy jest w stanie modułu komunikacji GPRS lub komunikacji bezprzewodowej, a pobór mocy linii napięcia dodatkowo nie przekracza 8W.

6.9 Funkcja komunikacji

Licznik posiada jeden interfejs komunikacyjny na podczerwień, jeden (lub dwa) interfejsy komunikacyjne RS485 i jeden interfejs komunikacyjny GPRS. Warstwy fizyczne interfejsów komunikacyjnych są od siebie niezależne.

6.13 Funkcja komunikacji bezprzewodowej (-G)

Inteligentny licznik wykorzystuje schemat komunikacji modułu GPRS z funkcją bezprzewodowego przesyłania danych o zużyciu energii elektrycznej i dostarczania ich do zdalnego scentralizowanego systemu odczytu liczników. Funkcja bezprzewodowego modułu GPRS spełnia odpowiednie wymagania specyfikacji technicznych State Grid.

7.1.3 Lamka kontrolna

(4) na module komunikacyjnym GPRS znajdują się 2 wskaźniki stanu komunikacji.

7.2 Odczyt licznika

7.2.2. Miernik może być odczytany przez komputer PC za pośrednictwem modemu RS485 lub GPRS, a wszystkie dane w mierniku mogą być transkrybowane.

Dowody:

KIO dopuściła dowody z dokumentacji postępowania oraz dowody złożone przez strony i uczestników w toku postępowania odwoławczego. KIO nie pominęła żadnego z dowodów, ani nie uznała, że zostały one powołane jedynie dla zwłoki. Co do wiarygodności dowodów, to KIO wypowie się przy ocenie poszczególnych zarzutów odwołania. W szczególności KIO nie mogła pominąć kolejnych dokumentów przedkładanych przez strony dotyczących dostawy powołanej przez przystępującego ZPA a.s na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. KIO wzięła pod uwagę, że zarzutem głównym skierowanym wobec zamawiającego jest zaniechanie wykluczenia uczestnika ZPA z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd polegającego na przedstawianiu dokumentów oryginalnych i tłumaczeń mających wywołać u zamawiającego przekonanie, że uczestnik ZPA spełnia warunek udziału w postępowaniu. Z tego względu istotne było przeanalizowanie treści certyfikatów w języku chińskim załączonego do wykazu dostaw i przedstawionego przy piśmie z 24 stycznia 2025 przez ZPA, tłumaczeń certyfikatów w języku angielskim załączonego do wykazu dostaw i wklejonego do oświadczenia Hengzhou Sunrise Technology z 16 stycznia 2025 r., tłumaczenie na język polski załączonego do wykazu dostaw, złożonego przez przystępującego ZPA przy piśmie z 24 stycznia 2025 r. i przetłumaczonego przysięgle przez odwołującego KAIFA oraz skonfrontowanie zawartych w tych dokumentach informacji z informacjami przedstawionymi przez odwołującego STAR w postaci tłumaczeń wyciągu informacji o wyniku postępowania prowadzonego przez State Grid of China Jilin oraz wyciągu dokumentacji przetargowej tego postępowania, a także specyfikacji technicznej Q/GDW 10827-2020 i instrukcji obsługi miernika DTZY1296-G tylko bowiem tak szeroko przeanalizowany materiał dowodowy pozwalał na ustalenie czy informacje podane w wykazie dostaw przez ZPA były rzetelne, czy też miały na celu wprowadzenie w błąd zamawiającego. KIO uznała także za mające istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia dowody przekazane przez zamawiającego i będące w jego posiadaniu w związku z innymi postępowaniami przetargowymi, a dotyczące p.L., bowiem zamawiający miał prawo oceniać dokumenty złożone mu w tym postępowaniu, z uwzględnieniem informacji i dokumentów, które pozyskał w ramach innych postępowań, a które pozwalają mu na dokonanie oceny, czy dokument złożony mu w tym postępowaniu dostatecznie dowodzi braku podstaw wykluczenia.

Rozważania KIO:

KIO dopuściła w charakterze uczestników postępowania wykonawców:

Po stronie odwołującego FOXYTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świdnicy, ul. Stanisława Wokulskiego 11 zgłaszającego przystąpienie w sprawach KIO 4962/24 i KIO 4969/24 i Wykonawca Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. Baolong 2nd Road, Baolong Community Street, No.4 Longgang District Shenzhen, Guangdong

zgłaszającego przystąpienie w sprawie KIO 4962/24 i po stronie zamawiającego: ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821 zgłaszającego przystąpienie w sprawach KIO 4962/24 i KIO 4969/24. KIO postanowiła nie dopuścić Shenzhen K. Technology (Chengdu) Company Limited z siedzibą w Chińskiej Republice Ludowej, Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu w charakterze uczestnika postępowania z uwagi na niespełnienie wymagań formalnych przystąpienia określonych w art. 525 ust. 3 ustawy. Przepis ten zakreśla dwa warunki konieczne dla uzyskania statusu uczestnika postępowania. Są to posiadanie interesu oraz to, że ten interes musi polegać na tym, żeby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron. Przepis jest w tym miejscu klarowny i nie wymaga interpretacji. Ustawodawca wyraźnie wskazał, że ma to być interes na korzyść jednej strony. W przepisie jest mowa o rozstrzygnięciu odwołania, a nie poszczególnych zarzutów odwołania. Z tego względu przystępujący nie może określać strony, do której przystępuje przez określenie jej w stosunku do poszczególnych zarzutów odwołania. Zasada jest jedno odwołanie jako całość i przystąpienie do jednej strony. W tej sprawie przystępujący K. oświadczył w przystąpieniu i stanowiska tego nie wycofał na posiedzeniu, że dokonuje przystąpienia w zakresie zadań 1 i 2 po stronie zamawiającego, a w zakresie zadania 3 po stronie odwołującego Star, czyli w rzeczywistości oświadczył, że przystępuje po stronie zamawiającego w zakresie zarzutów 1 i 2 odwołania Star, które kwestionowały prawidłowość czynności zamawiającego związanych z badaniem i oceną oferty K., a w zakresie pozostałych zarzutów przystąpił po stronie odwołującego Star. Wymóg formalny przystąpienia do jednej strony postępowania nie został wypełniony, zatem nie można było uznać skuteczności tego przystąpienia. Poza tym KIO nie jest władna dokonać za przystępującego, wbrew jego wyraźnej woli, określenia, który interes wyrażony w przystąpieniu przez przystępującego jest bardziej właściwy lub lepiej chroni przystępującego K. w tym postępowaniu, a tego rozstrzygnięcia oczekiwał zamawiający w zgłoszonej opozycji. Z tych wszystkich względów przystąpienie K. należało uznać za niedopuszczalne w świetle art. 525 ustawy.

KIO nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 528 ustawy. KIO oceniła również, że obaj odwołujący wykazali przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Odwołanie KIO 4962/24 zasługiwało na uwzględnienie w całości w zakresie zarzutów podstawowych, natomiast odwołanie KIO 4969/24 w części. KIO w całości uznaje za własne stanowisko Sądu Zamówień Publicznych – Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 26 października 2023 r. sygn. akt XXIII Zs 57/23, w którym Sąd opowiedział się za dopuszczalnością zarzutów ewentualnych w postępowaniu odwoławczym oraz wskazując na orzecznictwo sądów powszechnych w tym Sądu Najwyższego określił sposób postępowania z zarzutami ewentualnymi: Co do zasady o żądaniu ewentualnym można mówić zatem wówczas, gdy obok żądania głównego wysunięto w pozwie żądanie drugie jako ewentualne, o którym sąd może orzec tylko wtedy, gdy się nie przyjmie za uzasadnione żądania pierwszego. Zgłoszenie więc żądania ewentualnego jest szczególnym wypadkiem kumulacji roszczeń procesowych, gdyż istnieją tu dwa różne roszczenia procesowe, o których sąd nie orzeka jednocześnie, ale kolejno, i to zależnie od tego jak orzeknie o roszczeniu zgłoszonym w pozwie na pierwszym miejscu. Za dopuszczalnością żądań ewentualnych przemawiają niewątpliwie względy celowości i ekonomii procesowej, a także i ta okoliczność, że często powód, czekając na uprawomocnienie się wyroku w kwestii żądania zasadniczego, mógłby utracić roszczenie ewentualne ze względu na upływ terminu prekluzyjnego lub przedawnienia (orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 7 września 1960 roku, sygn. akt II CR 366/59, LEX nr 1634676). Sąd rozpoznaje i rozstrzyga o żądaniu ewentualnym tylko wówczas, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego. Do rozstrzygnięcia o powództwie mają wówczas zastosowanie następujące zasady: a) przy uwzględnieniu żądania zasadniczego nie orzeka się w ogóle o żądaniu ewentualnym, b) o żądaniu ewentualnym orzeka się dopiero, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego, i wtedy następuje oddalenie żądania zasadniczego i orzeczenie (zasadzające lub oddalające) o żądaniu ewentualnym (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 roku III CRN 58/95, LEX nr 1112063, Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 17 grudnia 2015 roku, IACa 674/15, LEX nr 2031198).

W konsekwencji w świetle utrwalonej linii orzeczniczej uwzględnienie odpowiednio — zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i brakiem podstaw do badania dowodów, czy też ustalania okoliczności faktycznych dotyczących zarzutu ewentualnego, skoro zarzut ewentualny nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego.

KIO 4962/24

Kierując się tymi wytycznymi KIO ustaliła, że odwołujący K. zgłosił zarzuty podstawowe:

1.art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w zw. z art. 20 ust. 2 ustawy oraz art. 97 ust. 7 pkt 2) ustawy przez wniesienie w sposób nieprawidłowy wadium w formie gwarancji bankowych sporządzonych przez podmiot nieuprawniony, w języku obcym, w których zawarto warunek podpisania żądania zapłaty przez ZPA Smart Energy a.s. oraz składania żądania zapłaty w języku obcym

Zarzut został przez odwołującego wycofany w piśmie z 28 stycznia 2025r. Jako że ustawodawca dopuścił możliwość

częściowego wycofania odwołania – patrz art. 522 ust. 3 ustawy, a jednocześnie wycofane odwołania (w tym jego część) nie wywołuje skutków prawnych związanych z jego wniesieniem (art. 520 ust. 2 ustawy), to należało uznać, że zarzut w tym zakresie nie podlegał rozpoznaniu, a postępowanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy.

2.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8) i 10) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty podlegającego wykluczeniu ZPA Smart Energy a.s., który przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie KIO największą wartość dowodową przedstawia tłumaczenie przysięgłe certyfikatu użytkownika końcowego załączonego do wykazu dostaw. Z tłumaczenia tego nie wynika, że przedmiotem dostawy były wbudowane modemy GPRS, w tym tłumaczeniu mowa jest o trójfazowych inteligentnych licznikach energii elektrycznej (z pobieraniem informacji dotyczących korzystania z energii elektrycznej oraz o 43 000 sztuk trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej (zawierających moduły telekomunikacyjne oraz wbudowane przekaźniki) oraz o 5058 sztuk modułów telekomunikacyjnych tłumaczenie to wskazuje także na model DTZY 1296-G. Natomiast z tego tłumaczenia nie wynikają w żaden sposób informacje, czy moduł telekomunikacyjny, to modem, ani czy jest to modem GPRS, natomiast takie informacje pojawiają się w tłumaczeniach `na język angielski i na język polski załączonych do wykazu dostaw:

Tłumaczenie angielskie:

“13th batch of smart energy meters (including GPRS modem)”

“Supply of Three Phase Smart Energy Meters including GPRS modem”

“(1). 43000pcs Three Phase Smart Meters (with GPRS modem & Disconnecter).

Meter Type: DTZY1296-G.

(2). 5058pcs GPRS modem.”

Tłumaczenie polskie:

„13. partii inteligentnych liczników energii (w tym modemu GPRS)”

„ Dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej wraz z modemem GPRS”

„(1). 43000 szt. trójfazowych liczników inteligentnych (z modemem GPRS i rozłącznikiem).

Typ licznika: DTZY1296-G.

(2). 5058 sztuk modemów GPRS”

Zgodnie z art. 20 ust. 2 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w języku polskim. Zgodnie z par. 5 rozporządzenia 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 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. Takie tłumaczenie nie jest wymagane jedynie wtedy, gdy zamawiający wyraził zgodę na składanie dokumentów w języku handlu międzynarodowego – art. 20 ust. 3 ustawy. W tym postępowaniu takiej zgody nie było. Par. 5 rozporządzenia posługuje się pojęciem tłumaczenia. Zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego tłumaczenie to

4. «opracowanie tekstu w innym języku niż oryginał»

5. «tekst przetłumaczony z jednego języka na inny».

Ustawodawca zatem założył, że tekst w obcym języku będzie wiernie przełożony na tekst w języku polskim. Ustawodawca nie dopuścił składania tzw. „wolnego tłumaczenia” (licentia poetica) dopuszczającego o naruszenie poprawności merytorycznej przekazu. Odwołujący składając dowód z poświadczanego tłumaczenia z języka chińskiego wykazał, że tłumaczenia składane przez przystępującego ZPA zawierają informacje, które nie zostały użyte w oryginalnym certyfikacie, a w szczególności potwierdzające dostawę liczników z modem GPRS. Przystępujący nie podważył wiarygodności czy poprawności merytorycznej tłumaczenia, nie przedstawił kontr dowodu w tym zakresie polegającym na przedstawieniu tłumaczenia przysięgłego certyfikatu, z którego wynikałoby, że moduły komunikacyjne, to modemy GPRS, jak zostało to przetłumaczone przez niego w wersji angielskiej, czy polskiej. Przeciwnie przystępujący przeciwko temu dowodowi podjął obronę polegającą na zaprzeczeniu poprawności dokumentu tłumaczonego, czyli pierwotnego certyfikatu i złożył drugi certyfikat użytkownika końcowego, który zawiera elementy nie występujące w poprzednim certyfikacie:

Pierwotny certyfikat:

已成功完成执行国家电网有限公司2023年第十三批电能表（含用电信息采集）招标采购

招标项目：三相智能电表（含用电信息采集）。

合同数量：(1) 43000只三相智能电能表(含通信单元和内置继电器)

电能表型号：DTZY1296-G。

(2) 5058只通信单元。

Certyfikat załączony do pisma z 24 stycznia 2025 r:

Bez trudu zatem można stwierdzić, że złożony w postępowaniu odwoławczym certyfikat zawiera treści, których nie zawierał certyfikat pierwotny, a które przynajmniej, jeśli chodzi o słowo GPRS występują w tłumaczeniach angielskim i polskim załączonych do wykazu dostaw.

Przystępujący próbuje wyjaśnić tę sytuację, w ten sposób, że złożony w postępowaniu odwoławczym certyfikat był tym, który powinien być złożony wraz z wykazem dostaw i tłumaczeniem angielskim i polskim, ale omyłkowo nie został.

Nie sposób jednak dać wiary takiemu tłumaczeniu z następujących względów:

1. sam odwołujący w oświadczeniu Hangzhou Sunrise Technology wkleił kolejne anglojęzyczne tłumaczenie udzielonego mu certyfikatu, które stanowi swoistą hybrydę tłumaczenia pierwotnego certyfikatu i certyfikatu złożonego w dniu 24 stycznia 2024 r. bowiem posługuje się oznaczeniem 35 th batch w miejsce 13 batch ale zamiast „(including GPRS modem)” pojęciem „including electricity information collection”, nadto pojawia się nowe pojęcie dotąd nie pojawiające się w tłumaczeniu „with a built in communication unit”. KIO nie dokonuje tu próby własnych tłumaczeń tych pojęć i celowo przytacza je tak jak były one użyte w wersjach: chińskiej i angielskiej, gdyż istotą problemu nie jest znaczenie pojęciowe, ale to, że certyfikaty i tłumaczenia są w ocenie KIO dostosowywane do bieżącej narracji przystępującego ZPA, który pierwotnie nie dokonał wiernego tłumaczenia językowego składanych zamawiającemu dokumentów, chcąc wywołać wrażenie, że wykonał dostawę liczników z modemami GPRS.
2. Dodatkowo przeciw argumentacji przystępującego ZPA świadczą dowody przedłożone przez przystępującego Star, który jako przystępujący i odwołujący złożył dowody z dokumentacji postępowania i informacji o wynikach postępowania, z których wynika, że w zakresie 35 planu zakupowego State Grid Corporation China Hangzhou Sunrise Technology uzyskała zamówienie 49 w ramach, którego miała być wykonana dostawa trójfazowych inteligentnych liczników energii elektrycznej z interfejsami modułów komunikacyjnych w ilości odpowiednio 23 000 i 20 000 sztuk (liczniki te były wyposażone w terminale komunikacyjne) oraz 5058 jednostek komunikacyjnych. Nadto z pkt. 5 dokumentacji wynika, że zakres dostawy nie obejmował modułów komunikacyjnych. To z kolei koresponduje z oświadczeniem Hangzhou Sunrise Technology z 16 stycznia 2025 r., w którym wskazano, że dostawa obejmowała 43 000 trójfazowych inteligentnych liczników energii z interfejsem modułu komunikacyjnego (23 000 sztuk specyfikacji 5A i 20000 sztuk specyfikacji 10A). Do tego Hangzhou Sunrise Technology poczyniła oświadczenie, że „odpowiadający modelowi dostaw naszej firmy to DTZY1296-G (...), -G wskazuje, że licznik z jednostką komunikacyjną GPRS.” Jednak z tego oświadczenia nie wynika, że wykonano dostawę modelu DTZY1296-G w konfiguracji zawierającej modem GPRS, bowiem, co do samej dostawy Hangzhou Sunrise Technology wspomina tylko o interfejsie komunikacyjnym, a nie modemie komunikacyjnym, a w zaprezentowanym rzucie ekranu „nagrodzone materiały” są użyte równe pojęcia „communication module interface” dla ilości 23 000 i 20 000 i „communication unit” dla ilości 5058. Nadto w dowodzie z instrukcji obsługi trójfazowego czteroprzewodowego inteligentnego licznika energii DTZY1296-G wynika, że moduł komunikacyjny GPRS jest konfigurowalny (pkt. I Przegląd), a miernik może być odczytany przez komputer PC za pośrednictwem portu komunikacyjnego RS485 lub GPRS. Wreszcie ze specyfikacji technicznej Q/GDW 10827-2020 załącznik D wynikają zewnętrzne wymiary dla modułu komunikacyjnego, a jeśli porównać schemat instalacji pkt. 8.1 instrukcji obsługi DTZY1296-G ze schematem wymiarowym modułu komunikacyjnego i pozycji koordynacji licznika energii (pkt. D.7 specyfikacji technicznej Q/GDW 10827-2020), to łatwo można dostrzec, że instalacja samego licznika w instrukcji obsługi rysunek środkowy nie posiada elementu modułu komunikacyjnego obwiedzionego ciemniejszą i grubą kreską na schemacie D.7 specyfikacji.
3. Powyższe ustalenia powodują, że w ocenie KIO rację miał odwołujący K., przystępujący Star i przystępujący Foxytech, że liczniki w ilości 43 000 mogły być wyposażone wyłącznie w interfejs komunikacyjny, który wprawdzie umożliwia komunikację z modemem GPRS, ale modemy były oferowane osobno.
4. W ocenie KIO zgromadzony materiał dowodowy wykazuje, że przystępujący ZPA składając tłumaczenia angielskie i polskie zawierające wskazania na licznik z modemem GPRS, w tym taki licznik w ilości 43 000, chciał wywołać błędne przekonanie, że dostarczone 43 000 liczniki były dostarczone z wbudowanym modemem GPRS. KIO nie uważa, że informacja o 5058 modemach GPRS była nieprawdziwa, bo tego nie potwierdzają złożone dowody, ale uważa, że złożone dokumenty prowadzą wyłącznie do jednego wniosku, przystępujący ZPA ukrył fakt, że liczniki były dostarczone z interfejsem komunikacyjnym, ale bez modemów GPRS. W ocenie KIO nadal te dostarczone liczniki umożliwiały ich zdalny odczyt tylko nie musiał być to odczyt przez modem GPRS, ale przez RS485, którego zamawiający nie przewidział w warunku.
5. Dowody z wydruków ze stron internetowych sprzedawców liczników DTZY1296-G nie mogą podważyć tej oceny Izby, bowiem w ocenie KIO nie jest istotą sporu to, że liczniki te mogą być wyposażone w modemy GPRS, ale to

czy takie modemy były dostarczone State Grid Corporation China w ramach dostawy 43 000 liczników.

W ocenie KIO dowody przedstawione przez przystępującego ZPA nie tylko nie dowiodły twierdzeń przez niego podnoszonych, przeciwnie wskazały na to, że udostępniający przystępującemu zasoby nie przedstawia wiarygodnych tłumaczeń składanych dokumentów, nie jest także przywiązany do jednej sekwencji zdarzeń, a zestawienia przedstawianych informacji dokonuje w taki sposób, aby wywołać przekonanie, że spełnił wymagania zamawiającego.

Przykładem takiej kreatywności w ramach składanych oświadczeń jest już omawiane oświadczenie Hangzhou Sunrise Technology z 16 stycznia 2025 r., gdzie podmiot prowadzi taką narrację, że skoro liczniki, które dostarczył odpowiadają jego modelowi DTZY1296-G, a literka G oznacza jednostkę komunikacyjną GPRS, to dostawa liczników 43 000 szt. była wraz z modemami, choć sam, zdanie wcześniej, pisze, że dostawa dotyczyła licznika z interfejsem modułu komunikacyjnego, a nie modulem komunikacyjnym. Czym innym jest interfejs, czyli oprogramowanie, a czym innym urządzenie komunikujące się z drugim urządzeniem za pomocą tego oprogramowania. U podmiotu udostępniającego zasoby te pojęcia używane są zamiennie i dowolnie. Co więcej pojawienie się nowego certyfikatu i nowego tłumaczenia na język angielski zawierających treści wcześniej nie występujące także nie pozwala ocenić zachowania przystępującego ZPA jako mającego na celu wprowadzenie w błąd co do przedmiotu wykonanych dostaw. W ocenie KIO działanie to należy ocenić jako celowe i świadomie nakierowane na uzyskanie zamówienia w sposób nieuczciwy.

Wszystkie podane w ocenie KIO argumenty i ustalenia dokonane na podstawie złożonych dowodów układają się w jedyny logiczny ciąg zdarzeń wskazujących na to, że przystępujący celowo zamierzał tłumaczeniami angielskim i polskim załączonymi do wykazu dostaw wywołać u zamawiającego przekonanie, że 43 000 liczniki dostarczono wraz z wbudowanymi modemami GPRS. Ta konstatacja, biorąc pod uwagę, że informacje te miały służyć wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w ocenie KIO nadaje się do subsumpcji pod normę art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy jako wprowadzenie w błąd zamawiającego w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jak słusznie podnosił odwołujący K., ale też przystępujący Star i Foxytech, przystępujący ZPA korzystając z zasobów podmiotu trzeciego miał możliwość zweryfikowania podawanych mu informacji, choćby przez dokonanie własnych tłumaczeń z języka chińskiego na język polski, sprawdzenia tak jak to zrobili konkurenci - zakresu zamówienia wykazywanego jako referencyjne. Co więcej to, że przystępujący mógł takich własnych tłumaczeń dokonać, wynika również z faktu, że był w stanie przedłożyć na rozprawie specyfikację techniczną, instrukcję obsługi i oświadczenie własne Hangzhou Sunrise Technology z 16 stycznia 2025 r., które złożył z tłumaczeniem własnym (oświadczenie z rozprawy pełnomocnika przystępującego), a dokumenty te objętościowo były zdecydowanie obszerniejsze niż certyfikat złożony do wykazu dostaw. Słusznie odwołujący K. i przystępujący po jego stronie wskazywali na podwyższony standard profesjonalizmu jaki jest wymagany od wykonawcy, a który powoduje, że zaniechania wykonawcy wskazujące na rażące niedbalstwo są oceniane właśnie przez pryzmat tego profesjonalizmu.

Z tego względu konieczne stało się nakazanie zamawiającemu unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. z siedzibą w Czechach w Střední Předměstí, Komenského 821 i odrzucenie jego oferty na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a i w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy z uwagi na przedstawienie dokumentów w celu potwierdzenia należytego wykonania dostaw, których treść wraz z tłumaczeniami miała na celu wywołanie u zamawiającego przekonania, że dostawa wskazana w wykazie dostaw spełnia warunek z pkt 3.1.1.4 SWZ, podczas, gdy tłumaczenia w języku angielskim i języku polskim w stosunku do informacji zawartych w tłumaczeniu przysięgłym certyfikatu w języku chińskim różnią się istotnie w tym w zakresie oznaczenia partii i faktu czy inteligentne trójfazowe liczniki energii elektrycznej były dostarczone z wbudowanymi modemami GPRS.

3.art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA Smart Energy a.s., pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji polegający na celowym wskazaniu w podmiotowych środkach dowodowych – tłumaczeniu wykazu wykonanych dostaw nieprawdziwych informacji co do przedmiotu dostaw, co w rezultacie pozwoliło temu wykonawcy wykazać wymagane doświadczenie i uzyskać przedmiot zamówienia, a co jednocześnie świadczy o złożeniu oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji;

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. W ocenie KIO nie budzi wątpliwości fakt, że ten sam stan faktyczny może powodować ziszczenie się różnych podstaw prawnych odrzucenia ofert. Szereg zachowań wykonawców jednocześnie stanowi przesłankę obligatoryjną lub fakultatywną wykluczenia i jednocześnie może stanowić podstawę do odrzucenia ofert z innego powodu niż niewykazanie braku podstaw wykluczenia. Jako przykłady można wskazać porozumienie zakłócające konkurencję z art. 108 ust. 1 pkt 5 i czyn nieuczciwej konkurencji z art. 15 c ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji będący podstawą odrzucenia w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy, rażąco niska cena jako samodzielna przesłanka odrzucenia z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy i jako cena dumpingowa w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 czy wreszcie jak, w tym przypadku fakultatywna podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy i czyn nieuczciwej konkurencji z art. 14 ust. 1 uznk w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy. W ocenie KIO ustalony w zarzucie poprzedzającym stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod normę art. 14 ust. 1 ustawy jako

rozpowszechnianie wprowadzających w błąd wiadomości o przedsiębiorcy Hangzhou Sunrise Technology i zakresie zrealizowanych przez niego dostaw na rzecz State Grid Corporation of China. Przy czym dostrzec należy, że uznk rozróżnia informacje nieprawdziwe, a więc te obiektywnie niezgodne z rzeczywistym stanem, ale także wprowadzające w błąd, które w ocenie KIO tworzą szerszą kategorię od informacji obiektywnie nieprawdziwych, bowiem mogą być to informacje prawdziwe, ale nie zawierające dostatecznie dużej ilości szczegółów pozwalających na stwierdzenie, czy pasują do wzorca, z którym mają zostać porównane. Medialnym przykładem takiej informacji obiektywnie prawdziwej jest oświadczenie o ukończeniu studiów wyższych na pytanie o wyższe wykształcenie, podczas gdy nie dodano, że zakończono studia wyższe bez nadania tytułu naukowego licencjata czy magistra. Informacja taka jest obiektywnie prawdziwa, ale wprowadza w błąd przez sposób jej podania, gdyż w odpowiedzi na pytanie o poziom wykształcenia otrzymuje się odpowiedź, że jakieś zdarzenie miało miejsce w przeszłości. Zatem kategoria wprowadzenia w błąd jest pojęciem zakresowo szerszym. W tym postępowaniu przystępujący ZPA dokonał jeszcze innego zabiegu, złożył dokumenty, które w języku oryginału określonych treści nie zawierały, a treści te zawierały tłumaczenia, zatem tłumaczenia miały na zamawiającym wywrzeć mylne wrażenie, że wystawca certyfikatu w języku chińskim potwierdził dostawę 43000 liczników energii z wbudowanymi modemami GPRS, podczas gdy z certyfikatu takie sformułowania nie wynikały. W ocenie KIO również takie działanie kwalifikuje się jako informacja wprowadzająca w błąd. Niewątpliwie celem przekazania tej informacji było to, aby przysporzyć sobie korzyści przez uzyskanie zamówienia kosztem innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Co więcej przystępujący ZPA próbował również wykazać, że skoro licznik może być oferowany z modemem GPRS, to był tak zaoferowany również w referencyjnej dostawie, mimo, że składane przez niego i pozostałe strony dokumenty tego nie potwierdzają. To w ocenie KIO, oraz w całości argumentacja przedstawiona przez KIO w uzasadnieniu poprzedniego zarzutu powodują, że ziściła się również przesłanka złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji.

4.art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy w zw. z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) w zw. z art. w zw. z pkt 3.5.3 SWZ przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. w związku z nieprzedłożeniem, pomimo uprzedniego wezwania, dokumentów potwierdzających, że podmiot udzielający zasobów Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne.

Zarzut został przez odwołującego wycofany w piśmie z 28 stycznia 2025 r. Jako że ustawodawca dopuścił możliwość częściowego wycofania odwołania – patrz art. 522 ust. 3 ustawy, a jednocześnie wycofane odwołania (w tym jego część) nie wywołuje skutków prawnych związanych z jego wniesieniem (art. 520 ust. 2 ustawy), to należało uznać, że zarzut w tym zakresie nie podlegał rozpoznaniu, a postępowanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy.

5. art. 16 pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Zarzut potwierdził się. Zamawiający nie dostrzegł, że przystępujący ZPA złożył mu ofertę zawierającą przedstawienie informacji nieprawdziwych i stanowiącą ofertę złożoną w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji. W efekcie doprowadził do porównania oferty podlegającej odrzuceniu z ofertami niepodlegającymi odrzuceniu. W ocenie KIO świadczy to o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości. Z tych względów zarzut należało uwzględnić.

Zarzuty ewentualne:

6. art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu dostaw bezpośrednich statycznych liczników energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem GPRS/UMTS lub LTE wraz z dowodami określającymi, czy te dostawy zostały wykonane należycie;

7. art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw.z pkt 3.6.1.1 SWZ przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków organu zarządzającego i nadzorczego podmiotu udostępniającego zasobów, tj. Hangzhou Sunrise Technology Co.Ltd.;

8. art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy w zw. z art. 124 pkt 2) ustawy w zw. z pkt 3.4.1 SWZ i w zw. 118 ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania wykonawcy ZPA Smart Energy a.s. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Zarzuty nie podlegały rozpoznaniu wobec uwzględnienia w całości zarzutów podstawowych, które odwołujący podtrzymał na rozprawie. W tym zakresie KIO nie prowadziła ustaleń faktycznych, ani nie oceniała przedstawionych dowodów. Było to działanie zgodne z wolą odwołującego Kafia, który oczekiwał rozpoznania tych zarzutów wyłącznie w

sytuacji, gdyby zarzuty podstawowe się nie potwierdziły.

Uwzględnione zarzuty odwołania były tymi zarzutami, które zamawiający uwzględnił w odpowiedzi na odwołanie, a przystępujący zgłosił wobec nich sprzeciw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 2 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczonego wpisu przystępującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 2 Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego koszty uiszczonego wpisu, wydatków pełnomocnika w kwocie 3 600zł. zgodnie ze złożoną fakturą oraz koszty dojazdu obejmujące przejazd i nocleg w łącznej zaokrąglonej w górę do pełnych złotych kwocie 1 447 zł. (664,70 plus 782 zł). KIO nie zasądziła na rzecz odwołującego zwrotu wydatków pełnomocnika w kwocie 34 zł., gdyż rozporządzenie przewiduje limit wydatków pełnomocnika do maksymalnej kwoty 3 600zł. (par. 5 pkt. 2 lit b rozporządzenia). KIO nie zasądziła kosztów na rzecz pełnomocnika zamawiającego, mimo tego, że odwołujący wycofał dwa zarzuty odwołania na mniej niż dzień przed planowanym terminem rozprawy, z uwagi na treść par. 9 ust. 1 pkt 3 lit. b, który dotyczy wyłącznie sytuacji wycofania odwołania, a nie jego poszczególnych zarzutów, jak również nie przewiduje stosunkowego rozdzielenia kosztów. Takiej możliwości nie przewiduje również par. 7 ust. 2, 3 i 4 ustawy. Paragraf 7 ust. 2 pkt 1 dotyczy braku przystępujących i braku sprzeciwu, nie ma więc zastosowania, par. 7 ust. 2 pkt 2 dotyczy uwzględnienia przez zamawiającego całości zarzutów odwołania, a par. 7 ust. 2 pkt 3 dotyczy sytuacji nie wycofania pozostałych zarzutów odwołania. Żaden zatem z przepisów rozporządzenia kosztowego nie daje KIO podstaw do stosunkowego rozdzielenia kosztów w tej sprawie i zasądzenia kosztów na rzecz zamawiającego, z tytułu wycofania dwóch zarzutów odwołania.

KIO 4969/24

KIO ustaliła, że odwołujący Star zgłosił następujące zarzuty podstawowe:

2.1. art. 18 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „znku”) przez zaniechanie odtajnienia złożonych przez Shenzhen K., w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, wyjaśnień rażąco niskiej ceny z dnia 16.12.2024 r. (załączników do wyjaśnień)

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. KIO wprowadzie w całości podziela stanowisko Sądu Zamówień Publicznych wyrażone w rozstrzygnięciu z 6 kwietnia 2023 r. w sprawie XXIII Zs 19/23 i 26/23, w którym Sąd doszedł do przekonania, że pojęcie wykazania nie jest zrównane z pojęciem udowodnienia oraz przeprowadził wnikliwą analizę wykładni przepisów prawa unijnego dokonaną w wyroku TSUE z 17 listopada 2022 sygn. C 54/21. KIO także stoi na stanowisku, że obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie analizy przedstawianych mu informacji, które są zastrzegane jako tajemnica przedsiębiorstwa przez pryzmat przedstawianego uzasadnienia skuteczności zastrzeżenia tej tajemnicy. W ocenie KIO z jednej strony wykonawca zastrzegający tajemnicę przedsiębiorstwa jest obowiązany wykazać przesłanki z art. 11 ust. 2 uznk, a więc:

- charakter informacji, którą zastrzega – techniczny, technologiczny, organizacyjny
- wartość gospodarczą informacji i tu także KIO podziela stanowisko Sądu, że wykazanie ścisłej wielkości pieniężnej nie jest przez ustawodawcę wymagane, a wystarczające jest dostateczne opisanie w czym wykonawca upatruje istnienia tej wartości gospodarczej i
- wykazanie zachowania informacji w poufności.

Zamawiający tak ukształtowane uzasadnienie skuteczności tajemnicy przedsiębiorstwa powinien odnieść do informacji zastrzeganych i zweryfikować, czy zastrzeżenie takiego a nie innego комплекtu informacji uprawniało wykonawcę do ograniczenia zasady jawności postępowania. To oznacza, że zamawiający nie może bezrefleksyjnie uznać, że skoro zastrzegane informacje dotyczą kalkulacji ceny ofertowej, to stanowią informacje posiadające wartość gospodarczą. To może, ale nie musi być prawda. Pewne informacje dotyczące nakładanych podatków, wysokości płacy minimalnej, kosztów transportu, czy nawet ofert mogą być elementami tak samo dostępnymi dla każdego wykonawcy na danym rynku i generującymi te same koszty, a więc ich ujawnienie nie prowadzi do utraty przewagi konkurencyjnej danego wykonawcy. Zamawiający takiej weryfikacji zaniechał i podtrzymał skuteczność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w odniesieniu do całych zastrzeżonych przez K. dokumentów, a przecież z kalkulacji kosztów produkcji wynika, że w tej kalkulacji K. wliczał koszty z uwzględnieniem płacy minimalnej, co do wysokości, której złożył stosowny dowód i oznaczył go jako jawny. Już choćby ta informacja nie powinna podlegać ochronie w dokumencie nazwanym kalkulacja wewnętrzna kosztów produkcji, kolejnym dokumentem, którego w ocenie KIO zamawiający nie ocenił pod kątem skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest dokument koszty transportu, który zawiera informacje o kosztach podatku przy przewozie towarów w prowincji Syczuan. Zamawiający nie wyjaśnił z wykonawcą, w czym upatruje unikalności tej informacji, czy są stosowane różne stawki podatkowe i w jaki sposób tak informacja wpływa na pozycję rynkową K.. KIO przeanalizowało także oferty transportowe, oferty dostaw materiałów i urządzeń, czy dowód na

koszty gwarancji, na żadnym z tych dokumentów nie ma nawet wzmianki o zaoferowaniu specjalnej ceny, rabatów, czy opustów wykonawcy K., nie ma też informacji, że wystawca dokumentu uważa jego treść za poufną i oczekuje zachowania poufności zawartych w tym dokumencie informacji. Z kolei samo uzasadnienie skuteczności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa zawarte w wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej nie wykazuje, że wykonawcą K. właśnie z podmiotami, od których dokumenty składa wiąże długotrwała współpraca, oparta na wzajemnych i wynegocjowanych szczególnych warunkach współpracy, które stanowią o przewadze konkurencyjnej wykonawcy K.. K. jedynie ogólnie wskazał, że dokumenty obejmują istotne dane z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej takie jak zysk, koszty i ceny, do jakich ma dostęp wykonawca na rynku. To oświadczenie nie wykazuje, że koszty wynikają z procesu produkcji, który jest specyficzny dla K. i generuje zyski lub oszczędza kosztów, czy że ceny są nie dostępne na rynku dla innych wykonawców niż K.. K. podaje, że ujawniając oferty złamie zobowiązania do poufności łączące go z podwykonawcami, przy czym w żaden sposób nie wykazuje, że jest takimi zobowiązaniami rzeczywiście związany. Nie ma bowiem w żaden sposób opisanych procedur prowadzących do zachowania poufności informacji od podwykonawców czy wskazania, w której z powołanych przez wykonawcę K. procedur przyjmuje się, że wszystkie kontakty gospodarcze nawiązane przez Kalifa są traktowane jako poufne, czy może zawierane są dodatkowe umowy o poufności, czy takie klauzule są zawarte np. w umowach ramowych zawartych z podwykonawcami. Ta okoliczność nie została w ogóle wykazana przez wykonawcę K., a na dokumentach przez niego zastrzeżonych nie ma informacji, że podwykonawcy oczekują nieujawniania informacji. W ocenie KIO nie jest obowiązkowe udowodnienie zachowania informacji w poufności, jednak sposób ochrony informacji powinien być wskazany w wyjaśnieniach, natomiast samo powołanie się na posiadanie certyfikatu ISO w zakresie normy dotyczącej ochrony informacji nie może przesądzać o wykazaniu zachowania zastrzeganych informacji w poufności. Powołana norma bowiem dotyczy ochrony informacji przedsiębiorstwa, ale nie koniecznie musi obejmować także informacje przekazywane przedsiębiorstwu, które nie były przez podmiot zewnętrzny uznawane za poufne. Z kolei samo wymienienie obowiązujących procedur bez ich powiązania z przedstawianymi informacjami zastrzeżonymi jako tajemnica przedsiębiorstwa, także nie pozwala zamawiającemu na ocenę, czy skutecznie ochroniono informację zastrzeżoną. Z tych wszystkich względów zarzut zasługiwał na uwzględnienie i KIO nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1 i 2 oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym dokonanie odtajnienia informacji zastrzeżonych w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny złożonych przez K..

2.2. art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania, w zakresie Zadania nr 1 i Zadania nr 2, Shenzhen K. do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w tym zakresie oparła się na dowodach przedstawionych przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający przedstawił tam dowody z treści prawa chińskiego, wiz wjazdowych i wyjazdowych do Republiki Chińskiej, paszportów posiadanych przez p.L.a, a także opinii prawnej stanowiącej informację o zasadach potwierdzania niekaralności w Malezji, a także dołączone do niej dowody dotyczące braku karalności p.L.a na terenie jego ojczyzny. Co do dowodu przeprowadzonego przez Foxytech z paszportu p.L.a i daty jego ważności od 23 marca 2021, a zaświadczenia wydanego od 22 marca 2021, to w ocenie KIO ten dowód nie podważa wiarygodności zaświadczenia przedstawionego w jako drugiego zaświadczenia dla p.L.a, bowiem zgodnie z wcześniejszym zaświadczeniem jego określało ono brak karalności do 22 marca 2021, a zatem, aby kolejne zachowało ciągłość poświadczenia niekaralności musiało zazębiać się z poprzednim, tak aby nie budziło wątpliwości, że istnieje jakaś luka czasowa pomiędzy tymi zaświadczeniami. Poza kserokopią dowodu przystępujący w żaden inny sposób nie próbował wykazać niewiarygodności tego dokumentu, a nie próbował wykazać, że dokument ten musi odpowiadać datom widniejącym w dokumencie tożsamości. Z przedstawionych przez zamawiającego przepisów prawa chińskiego wynika jedynie, że cudzoziemiec ma przedstawić ważny dokument tożsamości, ale wyszukiwanie odbywa się na podstawie danych w rejestrze, a zatem daty na zaświadczeniu w ocenie KIO nie muszą się pokrywać z danymi w dokumencie tożsamości. Z dowodów zamawiającego nie wynika, że zaświadczenie ma być wydane w okresie ważności dokumentu tożsamości, ani że ten dokument ma być ważny w cały okres wnioskowanego wyszukania. Tym samym różnica jednego dnia pomiędzy datą wystawienia paszportu, a początkową datą ważności zaświadczenia nie może podważać wiarygodności dokumentu wydanego przez uprawniony do tego organ. W ocenie KIO zamawiający dysponując dokumentami pozyskanymi z poprzednich postępowań, co do obowiązujących przepisów i rejestrów oraz wydawanych zaświadczeń w miejscu pochodzenia p.L.a jak i w miejscu jego pobytu miał prawo ocenić złożone mu dokumenty jako prawidłowe i wykazujące brak podstaw wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy. Trudno bowiem oczekiwać od zamawiającego, że każdorazowo do każdego nowego postępowania z udziałem podmiotów pochodzących spoza polskiego reżimu prawa będzie pozyskiwał dowody i dokumenty, którymi już dysponuje. Przeciwnie art. 127 ust. 2 ustawy stanowi uprawnienie wykonawcy do nieskładania podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada. Wprawdzie odwołujący K. z tej możliwości nie skorzystał i złożył zamawiającemu podmiotowe

środki dowodowe, to jednak należy też wziąć pod uwagę chronologię czasową, jaka miała miejsce w tym postępowaniu. Otwarcie ofert miało miejsce 12 września 2024 r., natomiast postępowania, na które powołuje się zamawiający i pozyskane w nich dokumenty toczyły się odpowiednio:

- postępowanie nakazujące zamawiającemu wezwanie K. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie niekaralności p.L. w sprawie sygn. akt KIO 2448/24 od 12 lipca 2024 do 8 sierpnia 2024 r., przy czym jak wynika z odwołania Foxytech wyrok z uzasadnieniem został mu doręczony 29 sierpnia 2024r,
- postępowanie, w którym KIO oddaliło zarzuty odwołującego Foxytech, co do braku wykazania niepodlegania wykluczeniu z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy – sygn. akt KIO 3466/24 toczyło się od 23 września 2024 r. do 14 października 2024 r.

To oznacza, że wykonawca K. wiedząc, że te zaświadczenia nie są jeszcze ocenione pozytywnie przez KIO nie mógł zaniechać ich złożenia i powołać się na podmiotowe środki dowodowe złożone w innym postępowaniu.

W ocenie KIO nie oznacza to jednak, że zamawiający nie mógł z uzyskanej wiedzy skorzystać dla zbadania prawidłowości przedłożonych zaświadczeń. Odwołujący poza kwestionowaniem czasowego charakteru zaświadczenia nie przedstawił żadnych dowodów obalających dowody przedstawione przez zamawiającego. Z tych względów zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

3.art. 226 ust. 1 ustawy pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty ZPA oraz zaniechanie wykluczenia wykonawcy ZPA, w Zakresie Zadania nr 3, wskutek wprowadzenia zamawiającego w błąd co do spełnienia warunku ubiegania się o zamówienia w postaci posiadanego doświadczenia

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie. W tym zakresie twierdzenia stanowiska i dowody odwołującego Star będącego jednocześnie przystępującym w sprawie KIO 4962/24 i odwołującego K. oraz przystępującego ZPA były tożsame i wykonawcy wnosili o zaliczenie tych dowodów i powołanej argumentacji w sprawie KIO 4962/24 także na potrzeby oceny tego zarzutu. Z tego względu KIO poprzestanie wyłącznie na podtrzymaniu swoich ustaleń stanu faktycznego, oceny dowodów i rozważań podniesionych w uzasadnieniu zarzutu drugiego odwołania KIO 4962/24 uznając je w całości za prawidłowe także na gruncie tego zarzutu.

Zarzuty ewentualne, które były sformułowane wyłącznie w zakresie czynności zaniechanych przez zamawiającego w zakresie zadania 3 postępowania:

2.4.art. 128 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wezwania ZPA, w zakresie Zadania nr 3, do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci Wykazu Dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należytego wykonanie,

2.5. art. 128 ust. 1 ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie wezwania, w zakresie Zadania nr 3, ZPA do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na potwierdzenie niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy, w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasób tj. Hangzhou Sunrise Technology. KIO uwzględniła w całości zarzut podstawowy związany z zadaniem 3, tym samym nie rozstrzygała zarzutów ewentualnych, nie dokonała ustalenia stanu faktycznego dotyczącego okoliczności podniesionych w tych zarzutach ani nie oceniała zgromadzonego w tym zakresie materiału dowodowego. Było to działanie zgodne z wolą odwołującego Star, który oczekiwał rozpoznania tych zarzutów wyłącznie w sytuacji, gdyby zarzuty podstawowe się nie potwierdziły.

Zamawiający uwzględnił zarzut podstawowy odwołania w zakresie zadania 3, a w pozostałym zakresie wnosił o oddalenie odwołania. Przystępujący ZPA wniósł sprzeciw wobec zarzutu uwzględnionego. Izba uwzględniła zarzut dotyczący zaniechania objaśnienia rażąco niskiej ceny złożonych przez K. oraz zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia przystępującego ZPA i zaniechania odrzucenia jego oferty oraz oddaliła zarzut dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w celu wykazania braku podstaw wykluczenia wykonawcy K. na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Oznacza to, że KIO uwzględniła 2 z trzech zarzutów podstawowych, przy czym odwołujący wygrał w 2/3 sporu, a w 1/3 spór przegrał. Odwołującemu należy się zwrot kosztów w 1/3 od zamawiającego, z powodu uwzględnienia zarzutu 1 przez KIO i w 1/3 od przystępującego, z powodu uwzględnienia zarzutu 3 wobec, którego przystępujący zgłosił sprzeciw. Zamawiającemu należy się zwrot 1/3 poniesionych kosztów od odwołującego z tytułu oddalenia przez KIO zarzutu 2 odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 pkt 2 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczanego wpisu przystępującego, nadto na podstawie par. 5 ust. 2 w związku z par. 7 ust. 1 pkt. 3 Izba zasądziła od

- zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 000zł tytułem zwrotu 1/3 uiszczanego wpisu (15 000: 3) oraz kwotę 50zł. tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika i dojazdu (zamawiający był odpowiedzialny za zwrot odwołującemu 1/3 kosztów wydatków pełnomocnika (3 600zł) i 1/3 kosztów dojazdu (149zł), czyli powinien był zwrócić odwołującemu

kwotę 1250zł. $((3600+149):3)$ Jednocześnie zamawiającemu od odwołującego przysługiwał zwrot $1/3$ kwoty wydatków pełnomocnika (3 600zł.), a więc 1 200zł. Tym samym zasądzenie na rzecz odwołującego 50zł. kosztów wydatków pełnomocnika i dojazdu w pozostałym zakresie zносиło koszty między tymi stronami.

- przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 5 000zł tytułem zwrotu $1/3$ kosztów uiszczonego wpisu $(15000 :3)$ oraz $1/3$ kosztów wydatków pełnomocnika (3 600zł) i $1/3$ kosztów dojazdu (149zł), czyli łącznie 1 250zł. po zaokrągleniu w górę do pełnych złotych $((3600+149):3)$.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....