

Sygn. akt: KIO 593/21

WYROK
z dnia 24 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie z udziałem stron w dniu 19 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2021 r. przez odwołującego: **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach** (Kudrowice 12, 95-200 Pabianice) w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Tykocin** (ul. 11 Listopada 8, 16-080 Tykocin),

przy udziale wykonawcy **Ekoserwis Bp Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej** (Al. Tysiąclecia 20/1, 21-500 Biała Podlaska) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k.** (Kudrowice 12, 95-200 Pabianice) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 22 lutego 2021 r. przez wykonawcę: FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Pabianicach (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Tykocin w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego: „Wdrożenie rozwiązań z zastosowaniem OZE w Gminie Tykocin” Nr postępowania: RNZ.271.2.g.2020. Nr ogłoszenia w Dz. U. UE: Dz. U./S S248 21/12/2020 616558-2020-PL

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. oraz wcześniej zaniechania odrzucenia tej oferty w postępowaniu pn. Wdrożenie rozwiązań z zastosowaniem OZE w Gminie Tykocin. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- I. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. w sytuacji, w której zachodzą przesłanki odrzucenia oferty wskazanego wykonawcy,
- II. art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie odrzucenia oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ, podczas gdy złożony przez tegoż wykonawcę w ramach oferty dokument „Certyfikat autoryzacji” nie stanowi i nie ma cech dokument, o którym mowa w pkt. 6 na str. 18 SIWZ tj. autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji), a który to dokument stanowić miał część oferty, a jako taki nie podlega uzupełnieniu,
- III. art. 89 ust. 1 pkt 2 - zaniechanie odrzucenia oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. z uwagi na jej niezgodność z SIWZ polegającą na braku potwierdzenia spełniania przez zaoferowane urządzenia wymogu zgodności zaoferowanych paneli fotowoltaicznych z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 62716, IEC 61701 (wymaganie określone w Minimalnych parametrach technicznych mikroinstalacji fotowoltaicznej w budynkach użyteczności publicznej — str. 51 SIWZ, załącznik nr 9 do SIWZ),
- IV. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu.

Wskazując na powyższe wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o.,

Wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania, zobowiązanie Zamawiającego do załączenia dokumentacji postępowania oraz dokumentacji postępowania w postaci elektronicznej o udzielenie zamówienia pn. „Wdrożenie rozwiązań z zastosowaniem OZE w Gminie Tykocin”.

*Stwierdził, że „Zgodnie z art. 505 ust. 1 p.z.p. środki ochrony prawnej przewidziane w ustawie przysługują podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. Nie ulega wątpliwości, że w niniejszej sprawie Odwołująca się ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem analizowanego postępowania. Wynika to z faktu, że uczestniczyła ona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako wykonawca, jej oferta wstępnie nie została odrzucona i prezentowała drugą punktowo najkorzystniejszą ofertą, po ofercie ostatecznie wybranej jako najkorzystniejszą, lecz podlegającej odrzuceniu, spośród złożonych. W związku z powyższym w przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oferta FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp. k. mogłaby zostać poddana ocenie pod kątem przesłanek spełniania warunków postępowania. Niezgodne z przepisami zaniechanie odrzucenie oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. naraża zatem Odwołującą się na szkodę w granicach *lucrum cessans* tj. korzyści jakie mógłby odnieść, gdyby doszło do realizacji przezeń zamówienia”.*

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyły m.in. Ekoserwis BP Sp. z o.o. oraz FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. Dowody: oferta Ekoserwis BP Sp. z o.o. wraz z załącznikami w szczególności dokumentem pn. „Certyfikat autoryzacji” z dnia 19 stycznia 2021 r. oraz tłumaczeniami poświadczonymi z języka angielskiego certyfikatów (w aktach postępowania), oferta FlexiPower Group sp. z o.o. sp.k. (w aktach postępowania), Informacja z otwarcia ofert z dnia 22 stycznia 2021 r. (w aktach postępowania)

W dniu 12 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty jaką taką wskazując ofertę Ekoserwis BP Sp. z o.o. Wybór ten miał jednak miejsce wadliwie — treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie zapewniała, że wykona on zamówienie zgodnie z warunkami SIWZ. Wykonawca nie potwierdził spełniania przez oferowane przez

niego urządzenia wymogów przetargu. Dowód: informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 12 lutego 2021 r.

W ocenie Odwołującej się wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z naruszeniem przepisów ustawy przy nieuprawnionym zaniechaniu odrzucenia oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. z następujących powodów:

- 1) Brak obligatoryjnego elementu oferty w postaci autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji) w ofercie Ekoserwis BP Sp. z o.o.

Złożony przez Ekoserwis BP Sp. z o.o. dokument pn. „Certyfikat autoryzacji” nie posiada cech, które pozwalałyby na uznanie, iż jest dokumentem ważnym i stanowiącym wymaganą SIWZ (pkt 6 na str. 18) autoryzację producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji). Główną wadliwością przedmiotowego dokumentu jest to, że zgodnie z wymogami SIWZ Zamawiający wymagał, aby autoryzacja została wystawiona przez producenta urządzenia. Zgodnie z treścią oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. Wykonawca ten oferował panel fotowoltaiczny LR4-60HPH 370M produkcji firmy LONGI z siedzibą w Szanghaju, co wynika z przedłożonej na wezwanie w dniu 4 lutego 2021 r. karty katalogowej, która nota bene winna zostać złożona wraz z ofertą.

Dowody: SIWZ wraz z załącznikami; złożona w dniu 4 lutego 2021 r. przez Ekoserwis BP Sp. z o.o. na wezwanie Zamawiającego karta katalogowa panelu LR4-60HPH 370M produkcji Longi;

Dokument pn. „Certyfikat autoryzacji” został podpisany i wystawiony przez osobę identyfikowaną podpisem jako P. G. wraz z adnotacją, że osoba ta jest prezesem zarządu Keno Sp. z o.o. Z treści dokumentu wynika zatem wyraźnie, że to nie producent tj. LONGI, a podmiot trzeci wystawił dokument, co już dyskwalifikuje go jako spełniający przesłanki, o których mowa w SIWZ a przywołane powyżej. Treść dokumentu nie pozwala nawet założyć, że Keno Sp. z o.o. jest przedstawicielem czy dystrybutorem szanghajskiej firmy LONGI czy też podmiotem w inny sposób powiązany z LONGI, nie został bowiem przedłożony żaden dokument tego dowodzący. Cechą dyskwalifikującą przedłożony certyfikat jest również fakt, iż nie spełnia on wymogu wyrażonego przez Zamawiającego wydania go min. 12 miesięcy przed montażem instalacji, która zgodnie z warunkami przedmiotowego przetargu miałaby zakończyć się w kwietniu 2021 r. Certyfikat, jak wynika z jego treści, wydany został dopiero 19 stycznia 2021 r., a więc trzy dni przed upływem terminu składania ofert. Kolejny brak dokumentu stanowi jego treść, która nie wskazuje wprost na wymagany zakres autoryzacji tj. konkretnie autoryzację na montaż paneli.

W związku z powyższym złożony wraz z ofertą dokument pn. „Certyfikat autoryzacji” nie może zostać uznany za dokument autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli

fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji, o którym mowa w SIWZ a co za tym idzie uznać należy, że Ekoserwis BP Sp. z o.o. nie przedstawił w istocie wymaganej autoryzacji pochodzącej od producenta stanowiącej, co należy podkreślić, element oświadczenia Wykonawca w ramach treści jego oferty, co czyni ofertę niezgodną z SIWZ. Uzupelnienie braku oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. wskazanego powyżej byłoby niedopuszczalne albowiem dokument ten stanowił w istocie element treści oferty wykonawcy a zatem jego oświadczenia woli co wynika wprost z jego charakteru oraz sformułowaniu przez Zamawiającego wymogu przedstawienia tegoż dokumentu wraz z oferta.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie przez Zamawiającego z wykonawcą negocjacji w zakresie złożonej oferty oraz wprowadzanie zmian w jej treści, do czego doszłoby gdyby Zamawiający lub Wykonawca podjęli jakiegokolwiek działania mające na celu ingerencję dot. złożonego dokumentu. W zakresie charakteru dokumentu jakim jest autoryzacja producenta pomocniczo można odnieść się do aktualnego brzmienia przepisów p.z.p. — art. 104 j następane. Ze wspomnianych przepisów można wywieść wniosek, iż przedmiotowe środki dowodowe (przede wszystkim w postaci dokumentów), a więc potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają określone przez zamawiającego wymagania, cechy lub kryteria podlegają uzupełnieniu i tylko takie dokumenty podlegają uzupełnieniu.

Wymagany w SIWZ dokument autoryzacji stanowić miał natomiast środek dowodowy będący oświadczeniem właściwego podmiotu — producenta — że wykonawca posiada odpowiednią wiedzę i doświadczenie, aby móc w sposób właściwy i ważny dokonywać montażu i serwisowania urządzeń producenta, które oferuje. Jeśli tak, to nie można mówić w przypadku dokumentu autoryzacyjnego o jakimkolwiek potwierdzaniu spełniania przez oferowane urządzenia jakichkolwiek parametrów wymaganych przez Zamawiającego. W związku z powyższym dokument autoryzacji nie może podlegać jakimkolwiek uzupełnieniom, gdyż w istocie stanowi on element samej oferty.

2) Brak spełnienia przez zaoferowane dostawy wymogów technicznych SIWZ

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał dla panelu fotowoltaicznego spełniania m. in. następujących wymogów określonych w załączniku nr 9 do SIWZ (str. 51 i 52 słwz): zgodności z normami PN-EN 61730:2007, PN-EN 61215:2005, ICE 62804-1:2015. Na potwierdzenie spełniania powyższego wymogu Wykonawca zobowiązany był złożyć do oferty certyfikaty potwierdzające pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 61701 lub z normami równoważnymi (str. 9 SIWZ, pkt 8.3. ust. 4).

Wykonawca Ekoserwis BP Sp. z o.o. złożył dokumenty jedynie w postaci przetłumaczonych certyfikatów w języku polskim bez jednoczesnego przedstawienia dokumentów oryginalnych tj. w języku angielskim. Certyfikaty jednostki badawczej wydane zostały w oryginale w języku

angielskim, o czym świadczy chociażby fakt, iż na samych tłumaczeniach uczynione adnotację iż pochodzą one z języka angielskiego. Przedstawienie jedynie tłumaczeń bez oryginałów nie jest właściwie wypełnionym obowiązkiem przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenia wymogów SIWZ, gdyż zgodnie z pkt. 14 ust. 6 lit. f SIWZ (str. 17) dokumenty lub oświadczenia sporządzone w języku obcym winne być w postępowaniu składane w oryginale tzn. w języku angielskim jeśli w takim zostały sporządzone. Dodatkowo w takim przypadku Wykonawca ma obowiązek złożyć je wraz z tłumaczeniem na język polski. Ze względu na brak przedłożenia oryginalnych dokumentów nie było możliwe ani dla Zamawiającego ani też dla innych oferentów pełne zweryfikowanie czy certyfikaty są autentyczne i istniejące. Zamawiający jednak zaniechał podjęcia działań zmierzających do wyjaśnienia wadliwości. W przypadku gdy okazałoby się, iż wskazane certyfikaty nie są prawdziwe przekreślona zostałaby możliwość ustalenia, że oferta EkoSerwis BP Sp. z o.o. jest zgodna z SIWZ a zatem podlegałaby ona odrzuceniu również z tej przyczyny na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 d.p.z.p. Z weryfikacji jaką udało się jednak przeprowadzić Odwołującej na podstawie przedłożonych tłumaczeń certyfikatów wynika, iż certyfikaty, na które powołuje się EkoSerwis BP Sp. z o.o. są nieważne. Z powyższego wynika, że panel fotowoltaiczny oferowany przez EkoSerwis dodatkowo nie spełnia wymogów określonych w SIWZ, co wskazuje na niezgodność oferty ze specyfikacją.

W uzasadnieniu prawnym wskazanych zarzutów stwierdził, że czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została zatem dokonana przez Zamawiającego bez kontroli spełniania wszystkich wymogów nałożonych przez SIWZ, co sprawia, że oferta Ekoserwis BP Sp. z o.o. nie może zostać uznana za zgodną z SIWZ i powinna zostać odrzucona. Także wskazał, że niezgodne z art. 7 ust. 1 Pzp należy uznać takie zachowanie Zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu. W świetle powyższego nie budzi wątpliwości także zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp statuującego zasadę legalizmu. Zgodnie z nią zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Tym samym nie można uznać, że wybór najkorzystniejszej oferty, która podlegała odrzuceniu czyni zadość wskazanej wyżej zasadzie. Z zasady równego traktowania wywodzi się odwołanie do zasady przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia, wyrażonej m.in. w orzecznictwie ETS (wyroki ETS: z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) v. Comune di Cingia de' Botti,; z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 Emm. G. Lianakis AE i inni v. Dimos Alexandroupolis) oraz KIO (wyrok z dnia 25 listopada 2010 r. KIO/UZP 2483/10) Zgodnie z dyrektywą transparentności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych

kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Za niezgodne z art. 7 ust. 1 d.p.z.p. należy zatem uznać takie zachowanie Zamawiającego, który pozwala na udzielenie zamówienia przez wybór najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu.

Wskazał ponadto, że zgodnie z art. 554 ust. 1 nowej Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Unieważnienie wyboru oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o. i jej odrzucenie miałyby taki wpływ na wynik, że oferta innego wykonawcy w tym Odwołującego będzie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Jak wskazuje Izba m.in. w wyroku z dnia 5 października 2016 r. (KIO 1760/16) „Za wynik postępowania należy uznać wybór konkretnej oferty jako najkorzystniejszej”.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 11/03/21) wniósł o jego oddalenie. Wniósł także o przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- 1) Certyfikat autoryzacji wystawiony przez autoryzowanego przedstawiciela producenta firmę KENO;
- 2) Certyfikat nr Z2 99333 0045 Wer. 03 z dnia 30 września 2019 r.;
- 3) Certyfikat nr Z2 099333 0054 Wer. 02 z dnia 30 września 2019 r.
- 4) Certyfikat nr Z2 099333 0055 Wer. 02 z dnia 30 września 2019 r.

(przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego) na następujące okoliczności:

- spełnienia przez EKOSERWIS BP sp. z o.o. postawionego w pkt 6 na str. 18 SIWZ wymogu dołączenia do oferty autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji),
- potwierdzenia zgodności zaoferowanych paneli fotowoltaicznych Ekosewis BP SP. z o.o. z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 62716, IEC 61701 i na tej podstawie przyjęcia spełniania warunku zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ na str. 51 specyfikacji,
- spełnienia przez EKOSERWIS BP wymogu dysponowania oryginałami certyfikatów, z uwagi na to, że EKOSERWIS BP przedłożył tłumaczenie dokumentów na język polski przez tłumacza przysięgłego.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

Ekoserwis BP SP. z o.o. dostarczył „certyfikat autoryzacji” wystawiony przez autoryzowanego przedstawiciela producenta firmę KENO Sp. z o.o. o treści między innymi - „Firma EKOSERWIS BP może udzielać gwarancji w imieniu autoryzowanego importera oraz serwisować i odbierać wykonane instalacje. Tym samym oświadczamy, że bierzemy solidarną odpowiedzialność za dostarczone i zamontowane przez nią urządzenia (...)

upoważniamy firmę EKOSERWIS BP do składania ofert, tym samym znamy i akceptujemy treść ofert oraz zakres gwarancji naszych urządzeń.

Wymóg autoryzacji producenta nie wyklucza, że dokona jej przedstawiciel producenta na dany rynek, jak w przypadku LONGi SOLAR firma KENO sp. z o.o. Stwierdził, że KENO sp. z o.o. to jedyny i strategiczny przedstawiciel producenta LONGi Solar (autoryzowany dystrybutor w Europie), więc wystawienie przez niego autoryzacji jest w pełni uprawnione. Firma LONGi Solar bezpośrednio nie wystawia autoryzacji, natomiast ustanowiła przedstawiciela w Polsce w postaci KENO sp. z o.o. W związku z powyższym Zamawiający potraktował certyfikat autoryzacji jako prawidłowy dokument, zgodny z wymogami SIWZ. Na tej podstawie należy przyjąć spełnienie przez wykonawcę postawionego w pkt 6 na str. 18 SIWZ wymogu dołączenia do oferty autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji). Autoryzacja daje gwarancję, że montaż i serwis odbywać się będą pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta takiego sprzętu. W takim przypadku zamawiający ma gwarancję, że świadczona usługa montażu i serwisu wykonywana jest w sposób zapewniający najwyższą jakość usług. Podmiot posiadający autoryzację producenta ma bowiem dostęp do najnowszych informacji i danych na temat serwisowanego produktu. Wskazał ponadto, że „Autoryzacja” nie jest pojęciem prawnym i nie ma definicji legalnej. Według Słownika Języka Polskiego PWN jest to "zezwolenie producenta na prowadzenie działalności w jego imieniu". Innymi słowy, ubieganie się o autoryzację jest wyrazem pewnej decyzji biznesowej, którą dany podmiot podejmuje w zakresie współpracy z producentem określonego sprzętu. Z jednej bowiem strony, możliwość prowadzenia działalności w imieniu producenta wiąże się z pewnymi korzyściami, takimi jak umieszczanie informacji o autoryzowanym podmiocie na stronie internetowej producenta czy możliwość korzystania z jego marki. Z drugiej zaś, autoryzacja powoduje także określone ograniczenia dla podmiotu, który ją uzyskuje, a które są związane głównie z obowiązkiem niedziałania na szkodę firmy podmiotu jej udzielającego, w tym przede wszystkim zaprzestania prowadzenia wobec niego działalności konkurencyjnej. Innymi słowy, uzyskanie autoryzacji wiąże się z przejściem z relacji horyzontalnej z producentem (konkurencja) na relację wertykalną (podporządkowanie).

Działanie Zamawiającego podjęte na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – do złożenia Karty katalogowej i przesłanej przez EKOSERWIS BP na wezwanie Zamawiającego, a „winna zostać złożona wraz z ofertą” - było prawidłowe. Wskazał na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: sygn. KIO 266/14 oraz sygn. KIO 2407/18, zaznaczając następujące okoliczności:

(...) art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyróżnia trzy rodzaje dokumentów, tj. potwierdzających: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez zamawiającego,³⁾ brak podstaw wykluczenia. Przy czym dokumenty, o których mowa w punkcie 1. i 3., są dokumentami podmiotowymi (dotyczącymi właściwości wykonawcy), a dokumenty, o których mowa w punkcie 2., są dokumentami przedmiotowymi (dotyczącymi przedmiotu zamówienia). Tym samym dokumenty, o których mowa w punkcie 1. i 3. - co do zasady - nie są treścią oferty w rozumieniu art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie dotyczą ich podstawy odrzucenia oferty wskazane w tym artykule, natomiast dokumenty, o których mowa w punkcie 2. - co do zasady - stanowią treść oferty. Natomiast, spośród dokumentów wymaganych przez zamawiającego jako „dokumenty przedmiotowe” wyróżnia je to, że można je uzupełniać, ze względu na dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Karty katalogowe i inne dokumenty zawierające specyfikację techniczną oferowanych urządzeń mogą mieć zarówno charakter dokumentów uzupełnialnych, jak i nieuzupełnialnych - w zależności od wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...) Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie wskazał na charakter spornego dokumentu, ale ze względu na dane, które miał on zawierać, tj. potwierdzać deklarację wykonawcy zawartą w formularzu ofertowym, należy się zgodzić, że w tym przypadku mają one charakter uzupełnialny, ponieważ jedynie potwierdzają a nie wskazują parametry, które zostały określone w samym formularzu ofertowym, tym samym nie budują tej ścisłej treści oferty, którą są dane zawarte w formularzu ofertowym (sygn. KIO 2407/18).

(...) przystępujący nie uzupełniał w tym zakresie specyfikacji technicznej bo ona była już w ofercie, a jedynie dołączył kartę katalogową tego zaoferowanego elementu. W ocenie Izby nie doszło zatem do niedozwolonej na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy zmiany treści oferty. Od początku bowiem przystępujący oferował to samo. W tej sytuacji wezwanie do uzupełnienia było prawidłowe i dotyczyło jedynie karty katalogowej, co sam odwołujący uważał za dopuszczalne (...) Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy (sygn. KIO 266/14).

Ekoserwis BP SP. z o.o. dostarczył certyfikaty wraz z ofertą (tj. CERTYFIKAT nr Z2 99333 0045 Wer. 03 z dnia 1 1 lipca 2019 r. i CERTYFIKAT nr Z2 099333 0055 Wer. 02 przetłumaczone przez tłumacza przysięgłego), potwierdzające zgodność zaoferowanych paneli fotowoltaicznych z normami IEC 61215, IEC 61730, IEC 62716, IEC 61701 i na tej podstawie należy przyjąć spełnienie warunku zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ na str. 51 specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego braku przedłożenia oryginalnych certyfikatów (wykonawca złożył tłumaczenie) Zamawiając uznał, że z uwagi na to, że EKOSERWIS BP przedstawił tłumaczenia dokumentów sporządzone przez tłumacza przysięgłego, oznacza to

niewątpliwie, że dysponuje on oryginałami certyfikatów w języku angielskim. Ponadto postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim a jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane (art. 9 ust. 1 - 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych), z którego to uprawnienia Zamawiający w prowadzonym postępowaniu nie skorzystał.

W podsumowaniu stwierdził, że pozostałe zarzuty są także niezasadne. Zamawiający przestrzegał podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, a mianowicie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz że wytworzone w postępowaniu dokumenty swym zakresem przedmiotowym odpowiadały wymogom ustawy Pzp dla dokumentu SIWZ. Zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych, której odpowiadały wszystkie czynności podejmowane przez zamawiającego w ramach przygotowania i prowadzenia postępowania. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy p.z.p. zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Do odpowiedzi załączył wskazane w jej treści cztery Certyfikaty (pkt 2 str 2 pisma)

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca EkoSerwis Bp Sp. z o.o. z siedzibą w Bielsku Białej, wnosząc także o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 22 lutego 2021 r. Izba zatem wydając wyrok w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Kluczowy zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp dotyczy braku:

- 1) autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji) w ofercie EkoSerwis BP Sp. z o.o. – kwestionowany dokument „Certyfikat autoryzacji” z dnia 19 stycznia 2021 r.
- 2) spełnienia przez zaoferowane dostawy wymogów technicznych SIWZ

Stosownie do postanowień punktu 3.2.8 specyfikacji:

„W celu potwierdzenia, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca do oferty dołączy:

- 1) *karty techniczne - dla oferowanego modułu fotowoltaicznego, optymalizatorów mocy oraz inwerterów fotowoltaicznych potwierdzające spełnianie parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 9 do SIWZ,*
- 2) *gwarancja producenta w zakresie zaproponowanych inwerterów fotowoltaicznych tj. oryginalny lub poświadczony za zgodność z oryginałem, dokument w języku polskim, wystawiony przez producenta oferowanego w ofercie inwertera/inwerterów z informacją o długości udzielonej gwarancji na zastosowany w niniejszym postępowaniu inwerter,*
- 3) *certyfikat potwierdzający pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730, EC 61701 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,*
- 4) *certyfikat potwierdzający pozytywny wynik testów odporności modułów na amoniak zgodnie z normą IEC 62716:2013 lub równoważną wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp”,*

Analogiczne wymagania zostały opisane w punkcie 8.3 wskazanym także na potwierdzenie, proponowane materiały i urządzenie odpowiadają minimalnym wymaganiom postawionym w tej specyfikacji.

Z kolei w punkcie 16 ppkt 6) specyfikacji Zamawiający podał:

„6) Należy dołączyć do oferty autoryzację producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji) oraz symulacje pracy poszczególnych instalacji (zestawów) potwierdzające spełnienie minimalnej mocy oraz uzysku energetycznego z instalacji fotowoltaicznej.”.

Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że wymagana Autoryzacja producenta na montaż i serwis paneli fotowoltanicznych jest jednym z dokumentów przedkładanych na potwierdzenie, że oferowane urządzenia odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w siwz. Zatem jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ust.1 pkt 2 Pzp,

To oznacza, że w myśl art. 26 ust.3 Pzp: *„3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień (...).*

Tym samym - uzupełnienie takiego dokumentu (każdego ze wskazanych powyżej m.in. w pkt 3.2.8 specyfikacji) byłoby – wbrew twierdzeniom Odwołującego - dopuszczalne na podstawie wskazanego art. 26 ust.3 ustawy Pzp. To oznacza, że podnoszony zarzut w tych okolicznościach faktycznych oparty na twierdzeniu niedopuszczalności uzupełnienia wskazanego dokumentu jest przedwczesny. Nie mógł bowiem powodować automatycznie odrzucenia oferty EkoSerwis na podnoszonej w odwołaniu podstawie prawnej (art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp) bez uprzedniego wezwania we wskazanym trybie. W konsekwencji powyższe skutkowało koniecznością oddalenia tego zarzutu.

Izba jednocześnie nie zgodziła się z twierdzeniami Odwołującego, że cechą dyskwalifikującą przedłożony certyfikat jest fakt, że (...) nie spełnia on wymogu wyrażonego przez Zamawiającego wydania go min. 12 miesięcy przed montażem instalacji, która zgodnie z warunkami przedmiotowego przetargu miałyby zakończyć się w kwietniu 2021 r.". Certyfikat, jak wynika z jego treści, wydany został 19 stycznia 2021 r., a zatem został wydany minimum 12 miesięcy przed montażem instalacji (zakończenie prac jest planowane do 30 kwietnia 2021 r.)). Z jego treści wynika także, że ta autoryzacja daje gwarancję, że montaż i serwis odbywać się będą pod nadzorem lub za aprobatą jakościową producenta takiego sprzętu. Tym samym także twierdzenie Odwołującego braku wskazania zakresu autoryzacji (dotyczącej montażu paneli) nie znajduje potwierdzenia. Niewątpliwie z treści dokumentu wynika, że podmiot trzeci wystawił dokument, (nie producent według wskazanych postanowień SIWZ) jednakże ta okoliczność nie dyskwalifikuje automatycznie tego dokumentu. Wymóg autoryzacji producenta nie mógł bowiem wykluczać z założenia możliwości takiej autoryzacji przez przedstawiciela producenta na dany rynek. Także treść dokumentu nie pozwala założyć, że KENO Sp. z o.o. nie jest przedstawicielem czy

dystrybutorem szanghajskiej firmy LONGI czy też podmiotem w inny sposób powiązany z LONGI. Nie został przedłożony bowiem żaden dokument tego dowodzący. Izba zauważa, że Odwołujący nie kwestionował także stanowiska Zamawiającego, że KENO sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach to jedyny i strategiczny przedstawiciel producenta LONGI Solar (autoryzowany dystrybutor w Europie). Także nie kwestionował twierdzeń Zamawiającego, że firma LONGI Solar bezpośrednio nie wystawia autoryzacji i dla tego m.in. celu ustanowiła przedstawiciela w Polsce w postaci KENO sp. z o.o. Tym samym, Zamawiający dysponujący taką wiedzą, miał podstawy potraktować Certyfikat autoryzacji jako prawidłowy dokument dotyczący wymaganej autoryzacji producenta na montaż i serwis paneli fotowoltaicznych (wydane min. 12 miesięcy przed montażem instalacji). Izba dodatkowo zwraca uwagę, że zamawiający w dokumentacji przekazanej do akt sprawy załączył dokument opatrzony datą 15 grudnia 2020 r. wystawiony dla KENO przez LONGI SOLAR (dokument w j. angielskim i jego tłumaczeniu) informujący, że KENO jest „*autoryzowanym dystrybutorem na Europę w 2021*”.

Także zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp - z uwagi na złożone jedynie tłumaczenia certyfikatów na język polski bez jednoczesnego przedstawienia dokumentów w języku angielskim, w których zostały sporządzone i z którego to języka nastąpiło tłumaczenie - nie podlega uwzględnieniu. W przypadku tych dokumentów, ich uzupełnienie – wbrew twierdzeniom Odwołującego - byłoby dopuszczalne na podstawie wskazanego art. 26 ust.3 ustawy Pzp. To oznacza, że również zarzut zaniechania odrzucenia oferty EkoSerwis w tych okolicznościach faktycznych oparty na twierdzeniu niedopuszczalności uzupełnienia tych dokumentów nie podlega uwzględnieniu.

Natomiast, co do argumentacji Zamawiającego, Izba zwraca uwagę, że stosownie do punktu 14.6 lit. f) siwz: „*f.) dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski*”. Analogiczne wymaganie wynika ze wskazanego rozporządzenia jego § 16, który w tej sprawie powinien mieć zastosowanie. Złożenie tłumaczenia dokumentu sporządzonego przez tłumacza przysięgłego nie mogło zastąpić (wymaganego zarówno w siwz jak i wskazanym rozporządzeniem) dokumentu sporządzonego w języku obcym. Brak jest podstawy do uznania, że przepisy nadają tłumaczeniu przysięgiemu prymat nad tłumaczeniami zwykłymi (ustawa z dnia 25 listopada 2004 r. o zawodzie tłumacza przysięgłego - Dz. U. z dnia 27.12. 2004 r. ze zm.). Certyfikaty wymagane sporządzono w języku angielskim, zgodnie z adnotacją na ich tłumaczeniach. Tym samym należało zgodzić

się z Odwołującym, w tej części jego twierdzenia, że przedstawienie tłumaczeń bez ich wersji w języku angielskim, nie jest wypełnionym obowiązkiem przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane urządzenia wymogów SIWZ zgodnie z pkt. 14 ust. 6 lit. f SIWZ (str. 17). Jednakże ten brak nie mógł (podobnie jak wskazany wcześniej) powodować automatycznie odrzucenie oferty EkoSerwis na żądanej przez Odwołującego podstawie prawnej bez uprzedniego wezwania tego wykonawcy we wskazanym trybie. W konsekwencji powyższe skutkowało koniecznością oddalenia tego zarzutu.

Przedkładane na rozprawie tytułem dowodów: przez Przystępującego - certyfikaty w języku angielskim, przez Odwołującego - wydruki ze screenu ekranu (sce.tuv-sud.com) nie zostały przez Izbę uwzględnione. Ocena certyfikatów przedłożonych przez Przystępującego, jako dokumentów wymaganych w postępowaniu, jest w pierwszej kolejności kompetencją Zamawiającego. Natomiast Odwołujący wskazując na wydruki ze screenu i powołując się na kody zamieszczone na tych certyfikatach wskazywał na utratę ich ważności. Izba przede wszystkim nie zgodziła się z Odwołującym, że *„Ze względu na brak przedłożenia oryginalnych dokumentów nie było możliwe ani dla Zamawiającego ani też dla innych oferentów pełne zweryfikowanie czy certyfikaty są autentyczne i istniejące”*. Ich tłumaczenie zawierało dane identyfikujące certyfikat, ich symbole, a także informacje co do zgodności z normami dla produktu, których dotyczyły. W ich treści wskazano także na datę ważności certyfikatu. Izba również zwraca uwagę, że ustalenie braku ważności certyfikatu w formie wiążącej wymagałoby jednak dowodu, chociażby informacji jednostki certyfikującej o cofniętym certyfikacie, z uwagi na zamieszczanie przez taką jednostkę daty ważności certyfikatu i braku adnotacji o możliwym unieważnieniu certyfikatu.

Tym samym wobec powyższych ustaleń nie podlega również uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 91 ust.1 ustawy Pzp a także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp podnoszony wobec wyboru najkorzystniejszej oferty Ekoserwis BP Sp. z o.o..

Rozstrzygając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniała art. 575 nPzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....