

Sygn. akt: KIO 399/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Magdalena Rams
Mateusz Paczkowski
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 roku przez wykonawcę Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd.

Chińska Republika Ludowa,

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – TAURON Dystrybucja S.A., z siedzibą w Krakowie,

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 462 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. pkt 3.3.4 oraz 3.3.9 specyfikacji warunków zamówienia w zakresie zadań 1,2,3 (zarzut nr 3 i 4 odwołania).
2. Uwzględnia odwołania w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 kodeksu cywilnego w zw. art. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1

odwołania oraz zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z art. 124 pkt 1) i art. 126 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych w zw. z pkt 3.3.8 specyfikacji warunków zamówienia w zw. z pkt 3.6.1.1 SWZ (zarzut nr 5 odwołania) i nakazuje zamawiającemu dokonanie unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., odrzucenie oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

3. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania uznaje za niezasadne.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A., z siedzibą w Krakowie:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. Chińska Republika Ludowa tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

2.2 zasądza od zamawiającego Tauron Dystrybucja S.A., z siedziba w Krakowie na rzecz wykonawcy Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. Chińska Republika Ludowa kwotę 4 286,00 zł (słownie: cztery tysiące dwieście osiemdziesiąt sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wniesienia wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika stosowanie do wyniku postępowania,

2.3 zasądza od wykonawcy Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. Chińska Republika Ludowa na rzecz zamawiającego – Tauron Dystrybucja S.A., z siedziba w Krakowie kwotę 2 571,00 zł (słownie: dwa tysiące pięćset siedemdziesiąt jeden złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego stosowanie do wyniku postępowania.

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

Przewodnicząca:

.....

.....

UZASADNIENIE

W dniu 5 lutego 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Shenzhen Kaifa Technology (Chengdu) Co., Ltd. Tianquan Rd. 99, Chengdu Hi-Tech Zone, 611730 Chengdu, Chińska Republika Ludowa (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu TAURON Dystrybucja S.A. (dalej „Zamawiający”) naruszenie w postępowaniu 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. Oddział Wałbrzych na lata 2024 -2025” („Postępowanie”):

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. w związku z nieprzedłożeniem dokumentów potwierdzających umocowanie W. F. do reprezentacji wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co.Ltd. pomimo wezwania przez zamawiającego zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp,
- 2) art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp poprzez sprzeczne z prawem dwukrotne wezwanie wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co .Ltd. do przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie W. F.do reprezentacji wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd.,
- 3) art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. pkt 3.3.4 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. do złożenia JEDZ dla podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. w zakresie zadań 1,2,3;
- 4) art. 126 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. z pkt 3.3.9 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. do przedłożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.9 SWZ w zakresie zadań 1,2,3 w odniesieniu do podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o.;
- 5) art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 pzp w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw.z pkt 3.6.1.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzen Star Instrument Co. Ltd. do uzupełnienia

podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków zarządu wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd.;

- 6) art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 pzp w zw. z pkt 3.2.1 SWZ w zw. pkt 3.3.8 SWZ w zw. z pkt 3.6.1.2 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co.Ltd. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne;
- 7) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., który podlega wykluczeniu z postępowania;
- 8) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 9) art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd.; nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd; nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego zbadania i oceny ofert w postępowaniu w sposób zgodny z zasadami Prawa zamówień publicznych, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika za zastępstwo według norm przepisanych.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi „Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla TAURON Dystrybucja S.A. Oddział Wałbrzych na lata 2024 -2025” („Postępowanie”). Przedmiotem Zamówienia jest dostawa 267 020 szt. fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE (w tym 61

620 szt. w prawie opcji) wraz z antenami zewnętrznymi dla TAURON Dystrybucja S.A. na rok 2024 - 2025. Przedmiot Zamówienia został podzielony na trzy części nazwane Zadaniem:

- 1) Zadanie nr 1 - Dostawa 66 800 szt. fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich 1 fazowych działających w technologii GSM/LTE oraz 20 400 szt. anten zewnętrznych;
- 2) Zadanie nr 2 - Dostawa 66 800 szt. fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich 1 fazowych działających w technologii GSM/LTE oraz 20 400 szt. anten zewnętrznych;
- 3) Zadanie nr 3 - Dostawa 71 800 szt. fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich 3 fazowych działających w technologii GSM/LTE oraz 21 540 szt. anten zewnętrznych.

Odwołujący wskazał, że w Postępowaniu zostało złożonych 6 ofert, z czego jedną Zamawiający odrzucił. Spośród 5 pozostałych największą ilość punktów we wszystkich trzech zadaniach uzyskała oferta wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., drugą w kolejności była oferta Odwołującego. W dniu 26.01.2024r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty we wszystkich zadaniach:

- 1) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 pzp.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca Shenzhen Star złożył ofertę podpisaną przez pana W. F.. Do oferty została dołączona elektroniczna kopia dokumentu (skan) podpisanego w dniu 25.10.2023 r. przez W. X. L. pełnomocnictwa dla pana W. F. do działania w imieniu wykonawcy w Postępowaniu. Dokument ten był podpisany (poświadczony za zgodność) podpisem kwalifikowanym przez pana W. F. W związku z powyższym zamawiający w dniu 20.11.2023 r. wezwał wykonawcę Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie W. F. oraz pana W. X. L. do reprezentacji wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co.Ltd.

W odpowiedzi na wezwanie Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. złożył wyjaśnienia, że zgodnie z właściwym dokumentem z kraju rejestracji Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. (odpowiednik wyciągu z rejestru handlowego) uprawnionym do reprezentacji tego podmiotu jest Pan W. X. L. Udzielił on pełnomocnictwa Panu W. F. Do wyjaśnienia zostały załączone dokumenty rejestrowe wraz z tłumaczeniem. Pismem z dnia 09.01.2024r. Zamawiający po raz kolejny wezwał wykonawcę Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. do uzupełnienia

dokumentu pełnomocnictwa dla pana W. F., ponieważ pełnomocnictwo nie zostało podpisane przez pana W. X. L. kwalifikowanym podpisem elektronicznym ani też nie przedłożono kopii poświadczonej elektronicznie przez notariusza.

Odwołujący wskazał, że w dniu 15.01.2024 r. Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. złożył wyjaśnienia opisujące kwestie pełnomocnictwa i ponownie uzupełnił dokumenty przedkładając po raz kolejny pełnomocnictwo z 25.10.2023 potwierdzone elektronicznie przez polskiego notariusza w dniu 02.11.2023 oraz nowe pełnomocnictwo z 07.11.2023, potwierdzone elektronicznie przez polskiego notariusza w dniu 12.01.2024, obejmujące „wstecznie” datę 25.10.2023 („potwierdzam, że w dniu 25.10.2023 upoważniłem [...]).

Odwołujący stoi na stanowisku, iż Zamawiający uznając za prawidłowo złożone pełnomocnictwo w postaci elektronicznej kopii (skanu) pełnomocnictwa z podpisem własnoręcznym W. X. L., potwierdzonej za zgodność przez notariusza w dniu 12.01.2024 r. naruszył art. 63 ust. 1 pzp w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp. W myśl art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Przepisy Prawa zamówień publicznych nie regulują samodzielnie kwestii pełnomocnictw, toteż zgodnie z art. 8 ust. 1 pzp odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 99 kc § 1 kc jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Skoro oferta oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 pzp składa się w formie elektronicznej, to pełnomocnictwo również powinno zostać udzielone w formie elektronicznej. Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „Należy przyjąć, że forma pełnomocnictwa do dokonania którejkolwiek z czynności prawnych została zastrzeżona pod rygorem nieważności, choć wniosek taki nie wynika bezpośrednio z treści art. 99 § 1 k.c. (przepis ten mówi wyłącznie o tym, że pełnomocnictwo do dokonania danej czynności powinno być udzielone w tej samej formie, która została zastrzeżona pod rygorem nieważności dla dokonania innej czynności prawnej, jednak brak jest postanowienia, z którego wynikałoby wprost, że także dla formy pełnomocnictwa wymaga się zachowania określonej formy pod rygorem nieważności). Poleganie na wykładni językowej nie wydaje się jednak wystarczające, bowiem prowadzi do rezultatu nie do pogodzenia z celem regulacji zawartej w art. 99 § 1 k.c.” (Wyrok KIO z 10.04.2019 r., KIO 498/19, LEX nr 2682263). „Nie

jest możliwe pisemne potwierdzenie istniejącego wcześniej pełnomocnictwa udzielonego w innej formie, bowiem zgodnie z art. 99 § 1 k.c. pełnomocnictwo do złożenia oferty w formie szczególnej, musi dla swojej ważności mieć tę samą formę. Oznacza to, że nie jest możliwe uzupełnienie pełnomocnictwa sporządzonego w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym już po dokonaniu czynności prawnej.” (Wyrok KIO z 5.08.2019 r., KIO 1408/19, LEX nr 2736220).

- 2) Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp poprzez sprzeczne z prawem dwukrotne wezwanie wykonawcy Shenzen Star do przedłożenia dokumentów potwierdzających umocowanie W. F. do reprezentacji wykonawcy Shenzen Star

Odwołujący wskazał, że Zamawiający dwukrotnie wezwał wykonawcę Shenzen Star do uzupełniania braków w zakresie pełnomocnictwa dla pana W. F., co jest sprzeczne z art. 128 pzp. Nie budzi wątpliwości, iż złożony wraz z ofertą dokument - elektroniczna kopia dokumentu (skan) - podpisanego w dniu 25.10.2023r. przez W. X. L. pełnomocnictwa dla pana W. F. nie jest prawidłowym dokumentem wystarczającym do wykazania umocowania w postępowaniu. Zasadnie więc Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia dokumentów w trybie art. 128 pzp. W wyniku wezwanie do uzupełnienia dokumentów wykonawca przedłożył dokumenty rejestrowe, lecz nie przedłożył ważnego pełnomocnictwa dla pana W. F. (przedłożył pełnomocnictwo w niewłaściwej formie). W tej sytuacji Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy bez ponownego wzywania do uzupełnienia dokumentów w zakresie, w którym wykonawca już był wzywany. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 18.02.2022 r. KIO 282/22.

- 3) Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. pkt 3.3.4 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzen Star Instrument Co.Ltd. do złożenia JEDZ dla podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. w zakresie zadań 1,2,3.
- 4) Zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. pkt 3.3.9 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzen Star do przedłożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.9 SWZ w zakresie zadań 1,2,3 w odniesieniu do podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 462 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający może badać, czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 i art. 109, o ile przewidział to w

dokumentach zamówienia. Wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy.

Zgodnie z punktem 3.3.4 (JEDZ) wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w Postępowaniu, zobowiązany był złożyć JEDZ dotyczące podwykonawców (zgodnie z art. 462 ust. 5 PZP). Wykonawca nie złożył JEDZ dla podwykonawcy, a Zamawiający, w sposób sprzeczny z prawem, nie wezwał wykonawcy do złożenia brakującego dokumentu na podstawie art. 128 pzp.

Ponadto, zgodnie z punktem 3.3.9 SWZ (Dokumenty składane po ocenie ofert) Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, który nie jest podmiotem, o którym mowa w art. 118 ust.1 PZP, zobowiązany był w odniesieniu do tych podwykonawców złożyć dokumenty wymienione w pkt 3.5. (z wyłączeniem oświadczenia z pkt 3.5.4 w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), na wezwanie Zamawiającego, o którym mowa w pkt 3.3.8.

Postanowienie to pozostaje w zgodzie z art. 126 ust. 1 pzp, w myśl którego 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.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 8.12.2023r. wezwał wykonawcę Shenzhen Star do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie zadań 1,2,3 w terminie do 18.12.2023 r. Wykonawca pomimo wezwania nie jednak nie wezwał go do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.9 SWZ w zakresie zadań 1,2,3 w odniesieniu do podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o., naruszając tym samym art. 126 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. pkt 3.3.9 SWZ.

- 5) Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pzp pkt 2) i 4) w zw. z art. 126 ust. 1 pzp w zw. z pkt 3.3.8 DSWZ w zw. z pkt 3.6.1.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK)

dla wszystkich członków organu zarządzającego i nadzorczego wykonawcy Shenzhen Star

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2) pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1. W myśl art. 124 pkt 1) pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 pzp 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.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 8.12.2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Shenzhen Star do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie w zadań 1,2,3 w terminie do 18.12.2023 r. 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) pzp) 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 pzp art. 109 ust. 1 pkt 2) i 3) pzp.

W ocenie Odwołującego, z przedstawionego przez wykonawcę dokumentu Główne informacje w zakresie firmy Shenzhen Star, W rubryce „Informacje o głównych podmiotach Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.” wskazane zostały osoby zajmujące stanowiska w ramach zarządzających i nadzorczych Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.:

- 1) J. N. - Kierownik firmy, powinien być przetłumaczony jako członek organu zarządzającego i też dla niego winien być złożony stosowny dokument
- 2) W. X. L. - Prezes Zarządu
- 3) W. X. L. - Dyrektor Generalny
- 4) L. X. Q. - Członek Zarządu
- 5) H. J. L. - Członek Zarządu

Wykonawca złożył wyłącznie dokument o niekaralności dla Pana W. X. L. (W. X. L.). Brak pozostałych dokumentów dla wymienionych osób prowadzi do wniosku, iż Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, a tym samym odrzucenia jego oferty.

- 6) Zarzut art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 pzp w zw. z pkt 3.2.1 SWZ w zw. pkt 3.3.8 SWZ w zw. z pkt 3.6.1.2 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzen Star do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne;

Odwołujący wskazał, że stosownie do art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Zgodnie z § 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 o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać dokumentu lub dokumentów wystawionych 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.

Wykonawca w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w Postępowaniu przewidzianych w art. 109 ust. 1 pkt 1) pzp przedłożył dokumenty, które zawierają historię wpłat:

- w odniesieniu do wpłat na poczet zobowiązań z tytułu ubezpieczeń społecznych w okresie wrzesień 2020 – listopad 2023
- w odniesieniu do wpłat na poczet zobowiązań podatkowych – w okresie od 1 września 2020r. do 30 listopada 2023r.

W ocenie Odwołującego, z przedłożonych dokumentów nie można wywnioskować jednak, że wykonawca nie posiada zaległości czy to z tytułu ubezpieczeń społecznych czy też podatkowych. Brak jest bowiem informacji o tym, jaka była wymagana należność z któregokolwiek z powyższych tytułów, nie można również wykluczyć zaległości za okresy wcześniejsze niż wrzesień 2020 r. Dokumenty te nie potwierdzają więc, iż wykonawca nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. W tym miejscu Odwołujący wskazał, iż w Chińskiej Republice Ludowej możliwe jest uzyskanie urzędowego zaświadczenia zarówno o braku zaległości podatkowych jak i z tytułu ubezpieczeń społecznych. Na dowód powyższego, Odwołujący przedłożył stosowne dokumenty.

- 7) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzen Star, który podlega wykluczeniu z postępowania.
- 8) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzen Star., pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że wykonawca Shenzen Star składając ofertę w niniejszym postępowaniu oświadczył w złożonym wraz z ofertą Załączniku nr 1 do SWZ, iż: „jesteśmy zdolni do wykonania Przedmiotu Zamówienia zgodnie z wymaganiami podanymi w SWZ” oraz „akceptujemy treść załączonego do SWZ Projektu Umowy wraz ze wszystkimi załącznikami”, (Lit. C OŚWIADCZENIA I ZAPEWNIENIA WYKONAWCY pkt 1. ppkt 1.11. str 3 Załącznika nr 1 do SWZ).

W konsekwencji powyższego Wykonawca zobowiązywał się do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami SWZ i zawarcia umowy oraz jej realizacji zgodnie ze wzorem załączonym do SWZ i na warunkach w nim określonych. Odwołujący podkreślił, że wzór umowy w paragrafie 11 zawiera zapisy dotyczące zakazu prowadzenia przez Wykonawcę (w przeszłości i w przyszłości), jakiegokolwiek działalności gospodarczej na terenie między innymi Rosji, jak również pozostawania w stosunkach handlowych z jakimkolwiek podmiotem pochodzącym między innymi z Rosji. Tymczasem Wykonawca, którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza, naruszał i narusza te postanowienia poprzez udział w 2023 roku w targach ELECTRO-2023 odbywających się w Moskwie w kompleksie Expocentre Fairgrounds, co było związane co najmniej ze z współpracą z rosyjskimi firmami organizującymi targi. Udział w takich targach bez wątpienia ma na celu nawiązywanie stosunków handlowych na terenie państwa, gdzie takie targi się odbywają, jak również

przyszłe stosunki gospodarcze, wymianę towarów, usług, technologii itp. Odwołujący przedłożył stosowne dokumenty potwierdzające powyższe. Ponadto, co jeszcze bardziej istotne, firma Shenzhen Star utrzymuje stosunki handlowe z co najmniej jednym podmiotem pochodzącym z Rosji, tj. firmą NTTS ROTEK, OOO, z siedzibą przy ul. Nizhnyaya Krasnoselskaya 5, 107140 Moskwa. Dowodem jest załączona do niniejszego pisma deklaracja celna z września 2023, potwierdzająca dokonywanie transakcji handlowych z tą rosyjską firmą.

Odwołujący wskazał również następujący aspekt wskazujący, iż wybrany Wykonawca wprowadził również Zamawiającego w błąd przy wykazaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wymaganej wiedzy i doświadczenia, w odniesieniu do przedstawienia informacji związanych z dostarczeniem określonej ilości liczników działających w określonej technologii.

W efekcie ponownie naruszył art. 109 ust. 1 pkt 8) i pkt 10) pzp. Kolejne wprowadzenie w błąd w tym postępowaniu przez Wykonawcę wywołane jest przedstawieniem informacji obiektywnie nieprawdziwych (fałszywych), a dotyczących przedstawienia w wykazie dostaw i referencji danych nie odpowiadających stanowi faktycznemu. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Wykonawca złożył wykaz dostaw wraz z referencją wystawioną przez Forth Corporation Public Company Limited, z którego wynika iż Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. dostarczył 18 321 sztuk trójfazowego licznika DTS27 z modemem UMTS<E. Dowody - referencja z dnia 14.12.2023r. i wykazy dostaw z dnia 15.12.2023r.

Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami (zamieszczonymi na stronach internetowych zainteresowanych instytucji i firm), w Tajlandii działają dwaj dystrybutorzy energii elektrycznej, tj. Metropolitan Electricity Authority (MEA) i Provincial Electricity Authority (PEA). MEA realizuje projekt Smart Metro Grid polegający na stworzeniu sieci inteligentnych liczników energii elektrycznej w dużych miastach, a wykonawstwo projektu zostało powierzone m.in. firmie Forth Corporation Public Company Limited (dalej Forth). Opis programu można znaleźć m.in. na stronie internetowej pod adresem

<https://www.kaohoon.com/news/international/330157> (dostęp 05.2.2024 10:22)

Poniżej krótki cytat ze wskazanej strony: Forth Corporation Public Company Limited (FORTH) has announced on December 4,2019, that the company and Yip In Tsoi Joint Venture received a purchase order to construct a Smart Metro Grid system from Metropolitan Electricity Authority (MEA). The value of the project is Baht 1,149,876,793 and the work is scheduled to be completed within 900 days after the date of signing the contract. FORTH has a 50% interest in the joint venture and Yip In Tsoi Company Limited has a 50% interest in the joint venture.

[tłumaczenie polskie]

Forth Corporation Public Company Limited

(FORTH) ogłosiła 4 grudnia 2019 r., że firma oraz spółka Yip In Tsoi Joint Venture otrzymały zamówienie na budowę systemu Smart Metro Grid od Metropolitan Electricity Authority (MEA). Wartość projektu wynosi 1 149 876 793 bahtów, a zakończenie prac zaplanowano na 900 dni od daty podpisania umowy. FORTH ma 50% udziałów we wspólnym przedsięwzięciu, a Yip In Tsoi Company Limited ma 50% udziałów we wspólnym przedsięwzięciu.

Dowody – kopia strony Forth z tłumaczeniem.pdf

Dostawcą liczników inteligentnych wykorzystywanych w realizacji tego programu jest firma Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. (dalej Star). W ramach programu (zgodnie z poniższą informacją MEA) w 2021 roku (a więc w okresie gdy swoje dostawy dla Forth realizowała firma Star) zainstalowano 33.265 zestawów inteligentnych liczników wykorzystujących komunikację radiową w standardzie RF Mesh, a więc nie w standardzie LTE.

Poniżej cytat ze strony internetowej MEA

<https://www.mea.or.th/about/operation/measmartgridindex/data-analytics> (dostęp 05.2.2024 10:10)

Smart Metro Grid Project consists of the data analytics application projects as follows:

1. Advanced Metering Infrastructure (AMI) Project

This project comprises the replacement of existing mechanical and electronic watt-hour meters by smart meters and the installation of communication links among them. [...] . A total of 33,265 sets of smart meters have been purchased for the Smart Metro Grid Project. A communication system of smart meter is radio frequency mesh (RF Mesh) in the range 442.5-443.5 MHz and 447.5-448.5

MHz

[tłumaczenie polskie]

Projekt Smart Metro Grid składa się z następujących projektów aplikacji do analizy danych:

1. Projekt zaawansowanej infrastruktury pomiarowej (AMI).

Projekt obejmuje wymianę istniejących mechanicznych i elektronicznych liczników watogodzin na inteligentne liczniki oraz instalację łączy komunikacyjnych pomiędzy nimi. [...] . W ramach projektu Smart Metro Grid zakupiono łącznie 33 265 zestawów inteligentnych liczników. System komunikacyjny inteligentnego licznika to siatka częstotliwości radiowych (RF Mesh) w zakresie 442,5–443,5 MHz i 447,5–448,5 MHz, [...]

Dowody – kopia strony MEA z tłumaczeniem.pdf

W ocenie Odwołującego, jak wynika z przedstawionych informacji liczniki dostarczane w 2021 roku przez Star do Forth, a następnie instalowane na rzecz MEA były licznikami pracującymi w standardzie łączności radiowej RF Mesh, a nie w standardzie LTE jak opisano w liście referencyjnych wystawionym przez Forth, jak i w wykazie dostaw złożonym przez Star. Tym samym Wykonawca przedstawił informacje, które nie są zgodne ze stanem faktycznym wprowadzając tym samym Zamawiającego w błąd. Z uwagi na złożenie nieprawdziwych oświadczeń w 3 wykazach dostaw, odpowiednio dla każdej części zamówienia, potwierdzonych referencją firmy Forth, oferta Shenzhen Star Instruments podlega wykluczeniu z postępowania, a konsekwencji jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) pzp, w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8) pzp.

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia Zamawiający może wykluczyć Wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.

Wprowadzenie w błąd w niniejszej 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. Poza tym należy wskazać, iż wprowadzenie Zamawiającego w błąd w niniejszym postępowaniu nastąpiło w sposób zawiniony, gdyż stopień niedbalstwa Wykonawcy 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 we wszystkich 3 częściach zamówienia.

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.” (Prawo Zamówień Publicznych - Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, UZP Warszawa 2021).

Zdaniem Odwołującego spełnione są również przesłanki wynikające z art. 109 ust. 1 pkt 10) Pzp, 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 oferta Wykonawcy powinna być odrzucona, gdyż podlega on wykluczeniu w oparciu o wskazane wyżej przesłanki. Odwołujący podkreśla iż 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. Bezspornym jest fakt, iż 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.

Mając na uwadze powyższe uznać należy, iż 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 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 wprawdzie 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, iż 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 Pzp. Odwołujący powołał się na wyrok o sygn. akt KIO 706/11 z dnia 14.04.2011r., wyrok z dnia 28.09.2009r., sygn. akt KIO 1161/09, wyrok KIO 118/18 z dnia 13.02.2018r., wyrok KIO 3284/21 z dnia 24.11.2021r., wyrok KIO 261/23 dnia 20.02.2023r., wyrok KIO 373/23.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, wykazane zostało, iż Wykonawca Shenzen Star 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 Pzp.

Odwołując wskazuje również, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co potwierdza opisany wyżej stan faktyczny, jak i przytoczone poniżej orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 12 marca 2021r., KIO 507/21. Odwołujący powołał się również na wyrok z dnia 17.01.2022r. KIO 3766/21.

Zdaniem Odwołującego, złożone w ofercie oświadczenia Wykonawcy są sprzeczne z faktycznymi jego działaniami, czego dowodzą załączone do odwołania dokumenty, a w efekcie Shenzen Star nie jest zdolny do wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia. Dlatego też, uznać należy za spełnioną również przesłankę określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, a tym samym za uzasadnione odrzucenie jego oferty także na tej podstawie.

- 9) Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 pzp – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzen Star która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1233), (dalej w skrócie ustawa „znk”), czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei ust. 2 tego artykułu wymienia przykładowe czyny nieuczciwej konkurencji, a wśród nich utrudnianie dostępu do rynku. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy znk, aby uznać dane zachowanie Wykonawcy za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu niezbędnym jest łączne wykazanie następujących przesłanek:

- 1) działanie podjęte jest w związku z działalnością gospodarczą,
- 2) działanie to wskazuje na sprzeczność z prawem lub dobrymi obyczajami,
- 3) doszło do zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Zdaniem Odwołującego, po pierwsze niewątpliwym jest, iż wyłoniony Wykonawca swoje działanie stanowiące czyn nieuczciwej konkurencji podjął w związku z prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą. Po drugie w niniejszym przypadku być może nie można wykazać sprzeczności z prawem, ale z pewnością można wskazać na „naruszeniu dobrych obyczajów”, co potwierdza stanowisko Sądu Apelacyjnego w Katowicach, w którym orzeczono, że „fakt, że zachowanie określonego podmiotu nie narusza jednocześnie prawa (konkretnej jego normy), nie może stanowić wystarczającego oparcia dla twierdzenia, że nie zostały naruszone dobre obyczaje w obrocie. Dobre obyczaje to normy moralne i obyczajowe w stosunkach gospodarczych (tzw. uczciwość kupiecka), a więc reguły znajdujące się poza ramami systemu prawa. Wyrażają się pozaprawnymi normami postępowania, którymi powinni kierować się przedsiębiorcy. Ich treści nie da się określić wiążąco w sposób wyczerpujący, ponieważ kształtowane są przez ludzkie postawy uwarunkowane zarówno przyjmowanymi wartościami moralnymi, jak i celami ekonomicznymi i związanymi z nimi praktykami życia gospodarczego. Ocena określonego zachowania jako naruszającego dobre obyczaje pozostawiona jest orzecznictwu, gdy istotne znaczenie mają tu oceny zorientowane na zapewnienie niezakłóconego funkcjonowania konkurencji poprzez rzetelne i niezafałszowane współzawodnictwo” (Wyrok SA w Katowicach z dnia 28 czerwca 2007 r., sygn. akt V ACa 371/07).

Po trzecie niewątpliwym jest, iż doszło do naruszenia interesu Odwołującego, gdyż z powodu niekonkurencyjnego działania wybranego Wykonawcy nie może on pozyskać niniejszego zamówienia. Zdaniem Odwołującego doszło również do naruszenia interesu klienta, czyli w tym przypadku Zamawiającego, gdyż ewentualny skuteczny wybór Shenzhen Star Instrument Co.Ltd. spowoduje, iż Wykonawca ten nie będzie miał możliwości wykonania zamówienia zgodnie z jego warunkami i wymaganiami, czym narazi Zamawiającego na szkodę.

W świetle art. 14 ust. 1 ustawy znk czynem 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 niniejszej sprawie, przywołane wyżej oświadczenia Shenzen Star Instrument Co.Ltd. zawarte w Załączniku nr 1 do SWZ, 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) ustawy znk czynem nieuczciwej konkurencji jest także utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w tym przypadku Odwołującemu, w szczególności przez działania mające na celu wymuszenie, spowodowane w tym przypadku złożeniem oświadczeń sprzecznych ze stanem faktycznym, na Zamawiającym wyborze jako kontrahenta Shenzen Star Instrument Co.Ltd. W niniejszym przypadku faktycznie złożenie oferty przez Shenzen Star Instrument Co.Ltd. doprowadziło również do wyłączenia możliwości dokonania przez Zamawiającego zakupu u innego przedsiębiorcy, czyli u Odwołującego, który złożył ofertę zgodną z wymaganiami i warunkami opisanym w SWZ i jej załącznikach. Zdaniem Odwołującego złożenie przez Shenzen Star Instrument Co.Ltd. oferty zawierającej oświadczenia niezgodne ze stanem faktycznym i prawnym faktycznie utrudnia Odwołującemu możliwość pozyskania zamówienia w niniejszym postępowaniu. Tym samym Wykonawca ten nie dochowuje zasad uczciwej konkurencji próbując pozyskać realizację zamówienia i pozbawić możliwości jego realizacji innych wykonawców pomimo, iż sam nie spełnia warunków wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzone w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy Zakupowej Grupy TAURON w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy o wartości przekraczającej progi unijne na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą: „Dostawa fabrycznie nowych Liczników Zdalnego Odczytu bezpośrednich działających w technologii GSM/LTE dla TAURON Dystrybucja S.A. Oddział Wałbrzych na lata 2024 -2025”.

Izba ustaliła, że w Rozdziale III SWZ, Zamawiający zawarł m.in. następujące postanowienia:

3.1.8 Zamawiający, działając na podstawie Ustawy Nr 835, z Postępowania o udzielenie Zamówienia wykluczy:

- 1) wykonawcę wymienionego w wykazach określonych w Rozporządzeniu Rady (WE) Nr 765/2006 dnia 18 maja 2006 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z sytuacją na Białorusi i udziałem Białorusi w agresji Rosji wobec Ukrainy (zwanego dalej „rozporządzeniem 765/2006”) i Rozporządzeniu Rady (UE) Nr 269/2014 z dnia 17 marca 2014 r. w sprawie środków ograniczających w odniesieniu do działań podważających integralność terytorialną, suwerenność i niezależność Ukrainy lub im zagrażających (zwanego dalej „rozporządzeniem 269/2014”), albo wpisanego na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającą o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 Ustawy Nr 835;
- 2) wykonawcę, którego beneficjentem rzeczywistym w rozumieniu ustawy z dnia 1 marca 2018 r. o przeciwdziałaniu praniu pieniędzy oraz finansowaniu terroryzmu (Dz. U. z 2022 r. poz. 593 i 655) jest osoba wymieniona w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisana na listę lub będąca takim beneficjentem rzeczywistym od dnia 24 lutego 2022 r., o ile została wpisana na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającą o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 Ustawy Nr 835;
- 3) wykonawcę, którego jednostką dominującą w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 37 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz. U. z 2021 r. poz. 217, 2105 i 2106) jest podmiot wymieniony w wykazach określonych w rozporządzeniu 765/2006 i rozporządzeniu 269/2014 albo wpisany na listę lub będący taką jednostką dominującą od dnia 24 lutego 2022 r., o ile został wpisany na listę na podstawie decyzji w sprawie wpisu na listę rozstrzygającej o zastosowaniu środka, o którym mowa w art. 1 pkt 3 Ustawy Nr 835.

3.1.9. Wykluczenie z pkt 3.1.8. SWZ następuje na okres trwania okoliczności określonych w art. 7 ust. 1 Ustawy Nr 835.

3.1.10. Zamawiający wykluczy z Postępowania Wykonawców, wobec których istnieje zakaz ubiegania się o zamówienie określony w art. 5k rozporządzenia 833/2014, zgodnie z którym zakazuje się udzielania wszelkich zamówień publicznych na rzecz lub z udziałem:

- 1) obywateli rosyjskich lub osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów z siedzibą w Rosji;
- 2) osób prawnych, podmiotów lub organów, do których prawa własności bezpośredniej lub pośredniej w ponad 50 % należą do podmiotu, o którym mowa w pkt 1); lub

- 3) osób fizycznych lub prawnych, podmiotów lub organów działających w imieniu lub pod kierunkiem podmiotu, o którym mowa w pkt 1) lub 2), w tym podwykonawców, dostawców lub podmiotów, na których zdolności polega się w rozumieniu dyrektyw w sprawie zamówień publicznych, w przypadku gdy przypada na nich ponad 10 % wartości zamówienia.

3.2 Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 PZP.

3.2.1 Zamawiający przewiduje wykluczenie Wykonawców z Postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4, 5, 8, 10 PZP.

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,
- b) art. 108 ust. 1 pkt 4 PZP, odnośnie do orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,
- c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a PZP,
- d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP, odnośnie do skazania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,
- e) art. 109 ust. 1 pkt 3 PZP, odnośnie do skazania za przestępstwo lub wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

- wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem;

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

3.5.3 zaświadczenia albo innego dokumentu właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub właściwego oddziału regionalnego lub właściwej placówki terenowej Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że

wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 1 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;

3.5.4 oświadczenia Wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 5 PZP, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), z innym Wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu niezależnie od innego Wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej; Załącznik nr 2 do SWZ;

3.5.5 Odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 PZP, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

3.5.6 informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych, w zakresie art. 108 ust. 2 PZP, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do tego rejestru, sporządzonej nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem.

3.5.7 Oświadczenia Wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania. Wzór oświadczenia stanowi Załącznik nr 4 do SWZ.

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

rejestr, 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.

3.6.1.3 informacji z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych zgodnie z pkt 3.5.7 – składa informację z odpowiedniego rejestru 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, określający jego beneficjentów rzeczywistych;

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.

Izba ustaliła, że w pkt 4.2.1.7 SWZ, Zamawiający wskazał: „Pełnomocnictwo do podpisania oferty (w przypadku, gdy upoważnienie do podpisania oferty nie wynika bezpośrednio z

właściwego rejestru)”. Izba ustaliła, że w pkt 4.2.2.17, Zamawiający wskazał, że wszystkie pełnomocnictwa muszą być złożone przez Wykonawcę w oryginale bądź kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem notarialnie. Izba ustaliła, że w pkt 4.2.2.18 Zamawiający wskazał, że Pełnomocnictwo musi być złożone przez Wykonawcę w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby udzielającej pełnomocnictwa, a w przypadku notarialnej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza.

Izba ustaliła, że wykonawca Shenzhen Star złożył ofertę w Postępowaniu. Izba ustaliła, że wykonawca wraz z ofertą złożył skan pełnomocnictwa dla Pana W. F. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez Pana W. X. L. Pełnomocnictwo opatrzone jest datą 25 października 2023 r. Izba ustaliła, że oferta wykonawcy została podpisana przez pana W. F.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2023 r. wezwał wykonawcę Shenzhen Star do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał: (...) Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi o dostarczenie: dokumentów potwierdzających umocowanie Panów W. F. i W. X. L. do reprezentowania firmy Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.”

Izba ustaliła, że w aktach sprawy jest pismo wykonawcy z dnia 21 listopada 2023 r., zawierające oświadczenie: (...) Wyjaśniamy, że zgodnie z właściwym dokumentem z kraju rejestracji Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. (odpowiednik wyciągu z rejestru handlowego) uprawnionym do reprezentacji tego podmiotu jest Pan W. X. L. Udzielił on pełnomocnictwa Panu W. F. Załączamy przedmiotowe dokumenty wraz z tłumaczeniem. W razie wątpliwości, służymy dalszymi wyjaśnieniami w przedmiotowym zakresie.”

Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 grudnia 2023 r. wykonawca Shenzhen Star złożył wyjaśnienia w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 listopada 2023 r. Wykonawca wskazał: (...) Wyjaśniamy, że zgodnie z właściwym dokumentem z kraju rejestracji Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. (odpowiednik wyciągu z rejestru handlowego) uprawnionym do reprezentacji tego podmiotu jest Pan W. X. L. Udzielił on pełnomocnictwa Panu W. F. Załączamy przedmiotowe dokumenty wraz z tłumaczeniem. W razie wątpliwości, służymy dalszymi wyjaśnieniami w przedmiotowym zakresie. Izba ustaliła, że wykonawca załączył do pisma oświadczenie notariusza Repetytorium A nr 4224/2023 zawierające oświadczenie: „poświadczam zgodność niniejszego odpisu elektronicznego z okazanym mi dokumentem sporządzonym w języku angielskim oraz w języku polskim – Power of

Attorney/Pełnomocnictwo (dwie strony). Izba ustaliła, że na dokumencie jest podpis elektroniczny notariusza z datą 2 listopada 2023 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. wezwał wykonawcę Shenzhen do złożenia dokumentów zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wskazując na postanowienia SWZ stanowiące, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, a które zostały wskazane w pkt. 3.4., 3.5., 3.6. poniżej, z zastrzeżeniem że pkt. 3.6. dotyczy tylko Wykonawców mających siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Izba ustaliła, że wykonawca Shenzhen Star, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożył Zamawiającemu następujące dokumenty w celu potwierdzenia braku wykluczenia na podstawie pkt. 3.5.2 SWZ (brak zaległości podatkowych) oraz pkt 3.5.3 SWZ (brak zaległości w płatności składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne): „Certyfikat opłat podatkowych S. S. N. Z. (2023) Nr. 1098493” dotyczący okresu 1 wrzesień 2020 – 30 wrzesień 2023 r.; oraz „Certyfikat ubezpieczeń społecznych dla firm ubezpieczonych w Shenzhen” dotyczący okresu wrzesień 2020 – listopad 2023 r. Ponadto Izba ustaliła, że wykonawca Shenzhen złożył Załącznik nr 3 – Wykaz dostaw dla zadania nr 1, 2 i 3. W pkt 8 złożonych wykazów, wykonawca powołał się na następującą umowę:

8.	Bezpośrednie statyczne 3-fazowe liczniki energii elektrycznej z rozłącznikiem oraz wbudowanym modemem UMTS oraz LTE	18321	2020.10.30 - 2021.03.26	Forth Corporation Public Company Limited , 1053/1 Phahonyothin Road, Phayathai, Phayathai, Bangkok 10400	Referencja - nr. 4 - Forth Corporation Public Company Limited.pdf
----	---	-------	-------------------------	---	---

Izba ustaliła, że wykonawca złożył również referencję wystawianą przez Forth Corporation Public Company Limited, opatrzoną datą 14 grudnia 2023 r. W jej treści znajduje się oświadczenie: (...) W okresie od grudnia 2020 r. do chwili obecnej wdrożone ilości i typy liczników są następujące: 1. 18321 sztuk DTS27 bezpośrednich trójfazowych inteligentnych liczników, czteroprzewodowych wyposażonych w rozłącznik i modem UMTS i LTE. Inteligentne liczniki są dobrze zintegrowane z naszym systemem AMR. Podczas procesu testowania próbek, produkcji, kontroli i instalacji liczników zapewniono wysoki poziom zaangażowania i odpowiednie przeszkolenie. Niniejszym potwierdzamy, że do chwili obecnej jesteśmy zadowoleni z jakości powyższych liczników, a także z serwisu i wsparcia świadczonego przez Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.”

Izba ustaliła również, że wykonawca złożył odpowiednie informacje z KRK dla Pana W. X. L.
- Prezes Zarządu.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Shenzhen Star do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał: (...) Zgodnie z dokumentami rejestrowymi spółki oraz dodatkowym oświadczeniem, których treść nie budzi naszych wątpliwości, osobą upoważnioną do reprezentacji Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. jest Pan W. X. L., który

25 października br. udzielił pełnomocnictwa Panu F. W. do reprezentacji spółki w przetargu. Jednakże pełnomocnictwo nie zostało podpisane przez Pana W. X. L. kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ani też nie przedłożono kopii poświadczonej elektronicznie przez notariusza (zgodnie z 4.2.2.18 SWZ). Złożono jedynie skan dokumentu podpisany przez pełnomocnika, jednak zarówno przepisy PZP, jak i postanowienia SWZ nie zezwalają na samodzielne poświadczanie przez pełnomocnika kopii udzielonego mu pełnomocnictwa. Zamawiający zatem na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wnosi o uzupełnienie przedmiotowego dokumentu. Dodatkowo w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wzywa wykonawcę do udzielenia wyjaśnień, czy w Chińskiej Republice Ludowej funkcjonuje rejestr beneficjentów rzeczywistych i czy jest możliwe uzyskanie zaświadczenia wskazującego na beneficjenta rzeczywistego wykonawcy? Zamawiający w SWZ w pkt. 3.5.6 i 3.6.1.3 zawarł swoje wymagania w tym zakresie.”

Izba ustaliła, że w dniu 15 stycznia 2024 r. Shenzhen Star przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia, w ramach których wskazał m.in., że:

- 1) niedochowanie formy pełnomocnictwa wynikało z nieposiadania przez mocodawcę, Pana W. X. L., podpisu elektronicznego, natomiast z przyczyn logistycznych w terminie składania ofert wykonawca nie miał możliwości uzyskania notarialnego odpisu elektronicznego;
- 2) przedłożył pełnomocnictwo złożone wraz z ofertą, tj. datowane na dzień 25 października 2023 r., wraz z dokumentem sporządzonym przez notariusza zawierającym stwierdzenie: „poświadczam zgodność niniejszego odpisu elektronicznego z okazanym mi dokumentem sporządzonym w języku angielskim oraz w języku polskim – Power of Attorney/Pełnomocnictwo (dwie strony). Izba ustaliła, że na dokumencie jest podpis elektroniczny notariusza z datą 12 stycznia 2024 r.

Izba ustaliła, że wykonawca Shenzhen Star do wyjaśnień dołączył również dokument datowany na dzień 7 listopada 2023 r., który według oceny wykonawcy potwierdzał umocowanie do działania w postępowaniu przez W. F.

Izba ustaliła, że z przedłożonego przez wykonawcę Shenzhen Star dokumentu Główne informacje w zakresie firmy Shenzhen Star, w rubryce „Informacje o głównych podmiotach Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.” wskazane zostały osoby zajmujące stanowiska w ramach zarządzających i nadzorczych Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.:

- 1) J. N. - Kierownik firmy
- 2) W. X. L. - Prezes Zarządu
- 3) W. X. L. - Dyrektor Generalny
- 4) L. X. Q. - Członek Zarządu
- 5) H. J. L. - Członek Zarządu

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2024 r. poinformował wykonawców o wynikach postępowania. Oferta wykonawcy Shenzhen Star została uznana za najkorzystniejszą we wszystkich trzech zadaniach składających się na przedmiot zamówienia.

Izba zważyła co następuje

Zdaniem Izby zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu są częściowo zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania w części tj. w zakresie zarzutu nr 1 oraz nr 5 odwołania. W pozostałym zakresie Izba uznała zarzuty za niezasadne.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zgłoszonego przystąpienia wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, Izba uznała, że wykonawca ten nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego. Stosowane postanowienie w tej kwestii zostało wydane na posiedzeniu z udziałem stron. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 525 ust. 1 – 2 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia

zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Wykonawca Shenzhen Star Instrument Co. Ltd., działając przez swojego pełnomocnika, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w wymaganym terminie, jednakże pełnomocnik wykonawcy nie wykazał w sposób prawidłowy należytego umocowania do działania w imieniu wykonawcy. Izba wskazuje, że pełnomocnictwo do złożenia przystąpienia zostało udzielone dwóm pełnomocnikom. Pełnomocnictwo zostało podpisane przez pana W. F. Do przystąpienia został załączony dokument o nazwie: „Główne informacje w zakresie firmy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd.” Z dokumentu tego nie wynika, że pan W. F. był uprawniony do działania w imieniu wykonawcy Shenzhen Star i do udzielenia pełnomocnictwa załączonego do przystąpienia. W konsekwencji wobec braku załączenia do przystąpienia ciągu pełnomocnictw, Izba uznała, że przystąpienie nie zostało skutecznie zgłoszone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto, Izba wskazuje, że na posiedzeniu z udziałem stron, Izba dopytywała pełnomocnika wykonawcy Shenzhen Star, czy chciałby złożyć dodatkowe dokumenty związane z przystąpieniem. Pełnomocnik nie zgłosił takiej chęci ani nie złożył żadnych nowych dokumentów do akt sprawy. Izba zaznacza, że działający w imieniu wykonawcy pełnomocnik był profesjonalistą, radcą prawnym, działającym w ramach kancelarii prawnej. Nie jest zadaniem Izby podejmowanie działań za profesjonalnego pełnomocnika, który w ramach profesjonalnego wykonywana swoich obowiązków winien upewnić się i zadbać o prawidłowy ciąg pełnomocnictw do działania w imieniu wykonawcy.

Odnosząc się do kwestii osoby p. W. K., Izba wydała na posiedzeniu z udziałem stron postanowienie o niedopuszczeniu p. W. K. do działania w imieniu Odwołującego. Izba zauważa, że p. W. K. powołał się na pełnomocnictwa załączone do odwołania jako źródło swojego umocowania na działania na posiedzeniu i rozprawie w imieniu Odwołującego. Z treści złożonego pełnomocnictwa nie wynikało jednakże, czy p. W. K. pozostaje w stosunku zlecenia z mocodawcą. Zgodnie z art. 510 ustawy Pzp pełnomocnikiem może być adwokat lub radca prawny, a ponadto osoba sprawująca zarząd majątkiem lub interesami strony lub uczestnika postępowania oraz osoba pozostająca ze stroną lub uczestnikiem postępowania w stosunku zlecenia, jeżeli przedmiot sprawy wchodzi w zakres tego zlecenia. P. W. K. nie jest adwokatem ani radcą prawnym, nie wykazał, że sprawuje zarząd majątkiem lub interesami strony. Ponadto, zdaniem Izby, p. W. K. nie wykazał, że pozostaje ze stroną w stosunku zlecenia z wykonawcą. P. W. K. powołał się na umowę o współpracy z dnia 8 stycznia 2024 r., której kopię złożył do akt sprawy. Izba zauważa, że złożony dokument nie został potwierdzony za zgodność z oryginałem przez osobę uprawnioną do potwierdzenia takich okoliczności. Co więcej, charakter podpisów zamieszczonych na złożonym dokumencie uniemożliwiał jakąkolwiek identyfikację osób składających podpisy. Zgodnie z

art. 77(2) k.c. do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Możliwość ustalenia osoby, od której pochodzi oświadczenie ujęte w dokumencie, jest konstytutywną cechą dokumentu, który ma na celu dochowanie wymogu formy dokumentowej w rozumieniu art. 77(2) k.c. Z treści złożonego przez p. W. K. dokumentu nie można w wiarygodny sposób ustalić tożsamości osób, które podpisały umowę.

Ponadto Izba wskazuje, że zgodnie z art. 511 ust. 3 ustawy Pzp Izba może dopuścić tymczasowo do czynności osobę niemogącą przedstawić pełnomocnictwa, z zastrzeżeniem że przed upływem wyznaczonego terminu braki będą uzupełnione, a czynności zatwierdzone przez powołaną do tego osobę. Przepis ten nie mógł mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie, bowiem p. W. K. powoływał się na pełnomocnictwo, które było w aktach sprawy. Nie podnosił braku możliwości przedstawienia pełnomocnictwa.

Następnie Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze podlegało częściowemu umorzeniu. Zamawiający podczas posiedzenia z udziałem stron oświadczył, że uwzględni dwa zarzuty tj. zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. pkt 3.3.4 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co.Ltd. do złożenia JEDZ dla podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. w zakresie zadań 1,2,3 (zarzut nr 3 odwołania) oraz zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 462 ust. 5 pzp w zw. z pkt 3.3.9 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co.Ltd. do przedłożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.9 SWZ w zakresie zadań 1,2,3 w odniesieniu do podwykonawcy Axians IT Solutions Poland sp. z o.o. (zarzut nr 4 odwołania). W tym zakresie, Izba w sentencji wyroku zawarła odpowiednie rozstrzygnięcie.

Zdaniem Izby zasadne okazały się dwa zarzuty podniesione przez Odwołującego tj.: zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. w związku z nieprzedłożeniem dokumentów potwierdzających umocowanie pana W. F. do reprezentacji wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. pomimo wezwania przez zamawiającego zgodnie z art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp (zarzut nr 1 odwołania) oraz zarzut. Naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 pzp w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw.z pkt 3.6.1.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak

rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków zarządu wykonawcy Shenzhen Star Instrument Co. Ltd. (zarzut nr 5 odwołania).

Zarzut nr 1

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp, Izba uznała, że Zamawiający dokonał błędnej oceny prawidłowości umocowania osoby p. W. F.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3, oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Ustawy Pzp nie zawiera żadnych regulacji co do formy pełnomocnictwa do złożenia oferty. Na mocy art. 8 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie winny mieć przepisy k.c. W świetle art. 99 § 1 k.c. jeżeli do ważności czynności prawnej potrzebna jest szczególna forma, pełnomocnictwo do dokonania tej czynności powinno być udzielone w tej samej formie.

Nie ulega wątpliwości, iż dla skutecznego umocowania danej osoby do działania w imieniu mocodawcy konieczne jest złożenie przez mocodawcę oświadczenia woli i opatrzenie dokumentu stosowanym podpisem. W przypadku dokumentu w formie pisemnej będzie to podpis własnoręczny, zaś w przypadku formy elektronicznej podpis elektroniczny. W przedmiotowym postępowaniu kwestia prawidłowej formy pełnomocnictwa do złożenia oferty została uregulowana przez Zamawiającego w ppkt 4.4.2.17 (wszystkie pełnomocnictwa muszą być złożone przez Wykonawcę w oryginale bądź kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem notarialnie) oraz w ppkt 4.2.2.18 SWZ. (pełnomocnictwo musi być złożone przez wykonawcę w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby udzielającej pełnomocnictwa, a w przypadku notarialnej kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza). Dokonując jednak oceny pełnomocnictwa, jakim posłużył się wykonawca Shenzhen Star, Zamawiający błędnie zinterpretował w/w postanowienia SWZ, jak również przepisy ustawy Pzp. Bezsporne w sprawie jest to, że wykonawca Shenzhen Star nie złożył wraz z ofertą pełnomocnictwa w formie elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby udzielającej pełnomocnictwa. Zatem, należało rozstrzygnąć, czy dokument pełnomocnictwa złożony wraz ofertą może być uznany za notarialną kopię pełnomocnictwa opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza. Izba wskazuje, że wraz z ofertą

wykonawca złożył skan pełnomocnictwa sporządzonego w formie papierowej. Zamawiający zatem prawidłowo wezwał wykonawcę pismem z dnia 9 stycznia 2024 r. do uzupełnienia dokumentu, wskazując, że wykonawca złożył skan pełnomocnictwa oraz że pełnomocnik nie może samodzielnie poświadczyć kopii udzielonego mu pełnomocnictwa. Dokumenty złożone przez wykonawcę Shenzhen Star w odpowiedzi na wezwanie nie potwierdziły, zdaniem Izby, prawidłowego umocowania pełnomocnika do działania w imieniu wykonawcy. Wykonawca nie złożył bowiem notarialnej kopii pełnomocnictwa opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym notariusza. Za taki dokument z pewnością nie można uznać złożonego przez wykonawcę dokumentu pn.: Repetytorium A Nr 4224/2023. Należy wskazać, że zgodnie z art. 97 § 2 ustawy prawo o notariacie elektroniczne poświadczenie zgodności odpisu, wyciągu lub kopii z okazanym dokumentem notariusz opatruje bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zatem, aby spełnić wymóg co do formy pełnomocnictwa wynikającego z art. 63 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 99 § 1 k.c., notariusz musiałby dysponować oryginałem pełnomocnictwa, tak aby sporządzić jego elektroniczną notarialną kopię i opatrzyć ją kwalifikowanym elektronicznym podpisem. Dokument zaś złożony przez wykonawcę Shenzhen Star stanowi wyłącznie poświadczenie zgodności kopii papierowej dokumentu z jej elektronicznym odzwierciedleniem w formie skanu. Z oświadczenia notariusza wynika tylko i wyłącznie to, że notariusz poświadczył zgodność kopii skanu pełnomocnictwa z jego wydrukiem. Oświadczenie to nie może być uznane za notarialną kopię pełnomocnictwa, bowiem z żadnego stwierdzenia zawartego w spornym dokumencie nie wynika, że notariuszowi został okazany oryginał pełnomocnictwa z dnia 25 października 2023 r. (czy to w formie papierowej czy to w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym). Oryginału pełnomocnictwa nie otrzymał również Zamawiający. Na pytanie Izby podczas rozprawy, czy Zamawiający miał dostęp do oryginału pełnomocnictwa wykonawcy Shenzhen Star, pełnomocnik Zamawiającego udzielił odpowiedzi, że Zamawiający widział takie dokumenty, jakie są w aktach postępowania przetargowego. W aktach postępowania nie ma oryginału pełnomocnictwa wykonawcy, zatem należy przyjąć, że nie został on udostępniony również Zamawiającemu. Należy podkreślić, że gdyby notariuszowi został okazany oryginał pełnomocnictwa z dnia 25 października 2023 r., to niewątpliwie byłby on w stanie sporządzić notarialną kopię takiego pełnomocnictwa w oparciu o oryginał i opatrzyć ją swoim kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Poświadczenie zaś zgodności kopii z kopią nie spełnia wymagań co do zachowania formy pełnomocnictwa wynikającej z kodeksu cywilnego, jak również określonej w SWZ.

Zdaniem Izby złożenie oferty bez dołączenia pełnomocnictwa w wymaganej formie, pozwalającego na wykazanie umocowania do działania w imieniu wykonawcy, stanowi podstawę skierowania przez zamawiającego wezwania do jego złożenia lub poprawienia, jako innego dokumentu, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, co Zamawiający uczynił w ramach postępowania przetargowego. Wykonawca Shenzhen Star nie zadośćuczynił wezwaniu w sposób prawidłowy, a w konsekwencji należy uznać, że jego oferta jest nieważna na podstawie art. 104 k.c., co stanowi podstawę do jej odrzucenia z powołaniem się na art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) i pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 63 ust. 1 w zw. z art. 99 § 1 k.c. w zw. art. 8 ustawy Pzp. Zatem Izba nakazała w sentencji wyroku dokonanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star na podstawie w/w przepisów prawa.

Zarzut nr 5

Zdaniem Izby zasadny jest również zarzut naruszenia art. art. 128 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z pkt 3.3.8 SWZ w zw. z pkt 3.6.1.1 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci informacji z rejestru takiego jak rejestr sądowy (KRK) dla wszystkich członków zarządu wykonawcy Shenzhen Star.

Należy wskazać, że zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1. Zgodnie z art. 124 pkt 1) ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp 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.

Pismem z dnia 8 grudnia 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Shenzhen Star do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w pkt 3.3.8 SWZ w zakresie w zadań 1,2,3 w terminie do 18 grudnia 2023 r. 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 Pzp) to jest: dokumentu z rejestru będącego odpowiednikiem KRK dla innych członków zarządu, prokurentów i organów nadzorczych w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 2) i 3) ustawy Pzp.

Bezsporne w sprawie jest to, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2023 r. wykonawca Shenzhen Star złożył wyłącznie dokument o niekaralności dla Pana W. X. L. (W. X. L.). Bezsporne w sprawie jest również to, że z przedstawionego przez wykonawcę dokumentu Główne informacje w zakresie firmy Shenzhen Star, w rubryce „Informacje o głównych podmiotach Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.” wskazane zostały osoby zajmujące stanowiska w ramach zarządzających i nadzorczych Shenzhen Star Instrument Co., Ltd.:

- 1) J. N. - Kierownik firmy
- 2) W. X. L. - Prezes Zarządu
- 3) W. X. L. - Dyrektor Generalny
- 4) L. X. Q. - Członek Zarządu
- 5) H. J. L. - Członek Zarządu

Zatem, obok Pana W. X. L. (W. X. L.), wskazanych jest jeszcze dwóch członków zarządu. Izba nie ma żadnych wątpliwości, że obowiązkiem Zamawiającego było wystąpienie do wykonawcy Shenzhen Star o przedstawienie stosowanych dokumentów o niekaralności również dla członków zarządu spółki. Zupełnie niezrozumiałym dla Izby jest stanowisko Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, w którym Zamawiający wskazał: (...) *Natomiast w wobec konieczności rozstrzygnięcia, czy w państwie siedziby Przystępującego funkcjonuje rejestr beneficjentów rzeczywistych, a tym samym – czy Przystępujący jest zobowiązany do złożenia odpowiedniego zaświadczenia co do beneficjenta rzeczywistego, Zamawiający wezwał do złożenia stosownych wyjaśnień. Dowód: wezwanie z dnia 9 stycznia 2024 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień, w których potwierdził, że w Chińskiej Republice Ludowej taki rejestr nie funkcjonuje, lecz jednocześnie wyjaśnił, jakie podmioty mogą być uznane za beneficjentów rzeczywistych spółki. Wraz z wyjaśnieniami złożono dodatkowe dokumenty, w tym nowy wyciąg z rejestru handlowego, w którym ujawniono dodatkowe osoby.*

Jednakże z uwagi na okoliczności złożenia tego dokumentu, tj. wyjaśnienia w przedmiocie podmiotów będących beneficjentami rzeczywistymi, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że te osoby (wskazane dopiero dokumencie związanym z tymi wyjaśnieniami) są

osobami, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 PZP.” Zdaniem Izby obowiązek wynikający z art. 108 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp dotyczy urzędującego członka zarządu. Kwestia beneficjentów rzeczywistych podlega odrębnej regulacji. Ustawodawca nie różnicuje zakresu obowiązku złożenia informacji z KRK od faktycznej roli jaką dane osoba pełni w zarządzie spółki. Ustawodawca wymaga złożenia informacji z KRK dla „urzędujących” członków zarządu. Bez znaczenia dla zastosowania omawianej regulacji ma zakres faktycznie sprawowanej władzy nad spółką przez danego członka zarządu. Zatem, skoro z rejestru handlowego wykonawcy Shenzhen Star wynika, że w zarządzie spółki oprócz prezesa, są również członkowie zarządu, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie wykonawcy do złożenia stosownej informacji z KRK również dla tych osób. Zaniechanie tej czynności poprzez powołanie się na bliżej nieokreślone regulacje innych jurysdykcji czy subiektywną ocenę zakresu wykonywanych czynności przez te osoby jest irrelewantne dla sprawy. Przepis ustawy Pzp w tym zakresie jest jednoznaczny i został naruszony przez Zamawiającego. Należy jednak wskazać, że z uwagi na potwierdzenie się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star z uwagi na brak złożenia prawidłowego pełnomocnictwa do złożenia oferty, zasadność omawianego zarzutu pozostaje bez wpływu na wynik postępowania. Oferta wykonawcy Shenzhen Star podlega bowiem odrzuceniu, zatem wzywanie wykonawcy do złożenia brakujących informacji KRK nie będzie miało żadnego wpływu na wynik postępowania.

Zarzut nr 2

Niedopuszczalności dwukrotnego wzywania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp

Izba wskazuje, że nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego zasady jednokrotnego wzywania wykonawcy w trybie art. 128 ustawy Pzp. Bezsporne w sprawie jest to, że Zamawiający w dniu 20 listopada 2023 r. oraz w dniu 9 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę Shenzhen Star to uzupełnienia/poprawienia złożonych dokumentów pełnomocnictwa. Izba zgadza się z Zamawiającym, że celem wezwania z dnia 20 listopada 2023 r. było ustalenie osób uprawnionych do reprezentacji wykonawcy Shenzhen Star. Zamawiający zwrócił się do Shenzhen Star o dostarczenie dokumentów potwierdzających umocowanie Panów W. F. i W. X. L. do reprezentowania firmy Shenzhen Star Instrument Co., Ltd. W odpowiedzi, w dniu 4 grudnia 2023 r. Shenzhen Star przesłał wyjaśnienia, w których wskazano zasady reprezentacji spółki wynikające z chińskiego odpowiednika wyciągu z rejestru handlowego, przedstawiając jednocześnie wyciągi z tego rejestru wraz z tłumaczeniami na język polski. Jak wyjaśnił Zamawiający dopiero po otrzymaniu tych dokumentów przystąpił do weryfikacji pełnomocnictwa udzielonego Panu W. F., w tym jego formy. Dlatego w wezwaniu z dnia 9

stycznia 2024 r. Zamawiający wezwał do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego panu Feng Wang w prawidłowej formie. W szczególności w wezwaniu tym – w przeciwieństwie do pierwszego pisma do wykonawcy – Zamawiający wskazał, że pełnomocnictwo nie odpowiada formie wymaganej zgodnie z zapisami SWZ, gdyż skan dokumentu pełnomocnictwa został poświadczony za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika, zaś poświadczenia takiego winien był dokonać sam mocodawca bądź notariusz. Tym samym zgodzić się należy z Zamawiającym, że treść obu wezwań odnosi się do różnych zagadnień w zakresie dokumentów potwierdzających umocowanie osób działających w imieniu wykonawcy Shenzhen Star do reprezentacji tej spółki. Zdaniem Izby istotne w sprawie jest to, że mamy do czynienia z podmiotem zarejestrowanym w innym państwie, w którym być może istnieją odmienne regulacje co do sposobu wykazywania prawidłowości umocowania czy zakresu żądanych informacji w postępowaniach przetargowych. O ile formalizm postępowania jest elementem procedury zamówieniowej, o tyle nie jest on celem w samym w sobie. Dążeniem Zamawiającego winno być wyjaśnienie wątpliwości co do złożonych dokumentów, mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców. Zdaniem Izby, Zamawiający dążył do wyjaśnienia złożonych przez wykonawcę dokumentów, które z uwagi na odmienną jurysdykcję prawną wykonawcy Shenzhen Star wymagały szczególnej analizy i wyjaśnienia z wykonawcą. Zdaniem Izby drugie wezwanie nie stanowi naruszenia generalnej zasady jednokrotnego wzywania do wyjaśnień w trybie art. 128 ustawy Pzp, bowiem dotyczyło kwestii szczegółowej, nie wskazanej w pierwotnym piśmie skierowanym do wykonawcy. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut nr 6

Naruszenia art. 128 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 1) Pzp w zw. z art. 124 pkt 1) i 126 ust. 1 Pzp w zw. z pkt 3.2.1 SWZ w zw. pkt 3.3.8 SWZ w zw. z pkt 3.6.1.2 SWZ poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Shenzhen Star do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci dokumentu lub dokumentów wystawionych w kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie naruszył obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Izba w pełni zgadza się z oceną dokumentów dokonaną przez Zamawiającego. Należy wskazać, że wykonawca Shenzhen Star w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożył Zamawiającemu „Certyfikat opłat podatkowych S. S. N. Z. (2023) Nr. 1098493” dotyczący okresu 1 wrzesień 2020 – 30 wrzesień 2023 r. oraz „Certyfikat ubezpieczeń społecznych dla

firm ubezpieczonych w Shenzhen” dotyczący okresu wrzesień 2020 – listopad 2023 r. Ze złożonych dokumentów nie wynika, aby wykonawca posiadał jakiegokolwiek zaległości z płatnościami z tytułu podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne czy zdrowotne. W przypadku zaświadczenia podatkowego zawarta jest informacja że „Na dzień 20 września, 2023, kwota należnego podatku wynosiła RMB 0.00 (zero juan)”. Gdyby wykonawca miał zaległości, to taka informacja z pewnością znalazłaby odzwierciedlenie w treści złożonego dokumentu. Odwołujący poza zakwestionowaniem w/w dokumentów i stwierdzeniem, że złożył inne dokumenty w zasadzie w żaden sposób nie wykazał, że informacje zawarte w złożonych dokumentach są nieprawdziwe. Słusznie wskazał Zamawiający, że skoro Odwołujący działa w tym samym mieście, co wykonawca Shenzhen Star, to mógł i powinien był załączyć do odwołania te rzekomo właściwe dokumenty, które jego zdaniem wydaje się dla spółek chińskich. Odwołujący poza zanegowaniem złożonych dokumentów nie podjął w tym zakresie żadnej inicjatywy dowodowej. W żaden sposób nie wykazał, że zachodzą wobec wykonawcy Shenzhen Star podstawy do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W konsekwencji Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut nr 7 i nr 8

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star, który podlega wykluczeniu z postępowania

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Shenzhen Star, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia

Istota argumentacji Odwołującego w zakresie omawianych zarzutów sprowadzała się do następujących twierdzeń:

- Wykonawca Shenzhen Star pozostawał/pozostaje w stosunkach handlowych z podmiotami pochodzącymi między innymi z Rosji, o czym ma świadczyć udział wykonawcy w 2023 roku w targach ELECTRO-2023 odbywających się w Moskwie;
- wykonawca Shenzhen Star utrzymuje stosunki handlowe z co najmniej jednym podmiotem pochodzącym z Rosji, tj. firmą NTTS ROTEK, z siedzibą przy ul. Nizhnyaya Krasnoselskaya 5, 107140 Moskwa, co ma potwierdzać deklaracja celna z września 2023;
- Wykonawca Shenzhen Star wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca złożył wykaz dostaw wraz z referencją wystawioną przez Forth Corporation Public Company Limited, z którego

wynika iż Shenzhen Star Instrument Co.,Ltd. dostarczył 18 321 sztuk trójfazowego licznika DTS27 z modemem UMTS<E, zaś w ocenie Odwołującego z publicznie dostępnych informacjami wynika, że wykonawca dostarczył liczniki wykorzystujące komunikację radiową w standardzie RF Mesh, a więc nie w standardzie LTE. W konsekwencji wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd poprzez podanie nieprawdziwych informacji.

Zdaniem Izby żadne z powyższych twierdzeń nie zostały wykazane przez Odwołującego i nie stanowią o zasadności podniesionych zarzutów. Po pierwsze Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Shenzhen prowadzi działalność gospodarczą na terenie Rosji, w rezultacie czego jego oferta powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia, zaś sam wykonawca wykluczony na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 i pkt 10) ustawy Pzp. Przywołana przez Odwołującego okoliczność, że wykonawca uczestniczył w targach organizowanych na terenie Rosji nie stanowi dowodu potwierdzającego prowadzenie działalności gospodarczej na terenie Rosji, czy też o utrzymywaniu stosunków handlowych z podmiotami pochodzącymi z Rosji. Udział w targach może wiązać w celu nawiązania stosunków gospodarczych z podmiotami, które w nich uczestniczą, niekoniecznie z tymi które mają siedzibę w Rosji. Nie sposób również postawić znaku równości pomiędzy prowadzeniem działalności gospodarczej a uczestnictwem w targach. Stosunki handlowe charakteryzują się m.in. przepływem towarów, czy usług, czego Odwołujący nie wykazał. Nie wykazał, że rzeczywiście następuje wymiana dóbr handlowych pomiędzy wykonawcą Shanzhen Star a jakimś podmiotem mającym miejsce rejestracji w Rosji. Jednocześnie Izba wskazuje, że pominęła dowody, na jakie powołuje się Odwołujący w treści odwołania w zakresie omawianego zarzutu, z uwagi na brak przekazania ich Zamawiającemu wraz z kopią odwołania.

Dalej Izba wskazuje, że Odwołujący błędnie interpretuje §11 Umowy. Z przywołanego przez Odwołującego postanowienia 11.31 umowy wynika, że dopiero w momencie jej zawarcia, jak i okresie realizacji, wykonawca nie jest zarejestrowany ani nie prowadzi działalności gospodarczej w krajach objętych sankcjami, nie współpracuje z podmiotami z tych krajów ani nie angażuje się w transakcje handlowe z nimi, a także zobowiązuje się do monitorowania i przestrzegania wszelkich ograniczeń związanych z sankcjami gospodarczymi w przyszłości (tj. w okresie od daty zawarcia tej umowy w aż do zakończenia jej realizacji). Odnoszenie powyższych zapisów do całej historii relacji kontraktowych wykonawcy, również przed 2022 r. nie znajduje żadnego uzasadnienia w przepisach ustawy, jak również w postanowieniach SWZ i nie może stanowić o zasadności twierdzeń Odwołującego. Nie sposób uznać w tym zakresie niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia. Podstawa faktyczna

zarzutu Odwołującego została bowiem oparta na nadinterpretacji w/w postanowień umownych.

Ponadto należy zgodzić się z Zamawiającym, że sam fakt współpracy wykonawcy z podmiotami rosyjskimi nie stanowi podstawy wykluczenia z Postępowania. W pkt 3.18 i 3.10 SWZ zastrzeżono jedynie wykluczenie wykonawców na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego oraz Rozporządzenia nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Jednak te przepisy nie przewidują wykluczenia z uwagi na sam fakt utrzymywania relacji handlowych z jakimikolwiek podmiotami z Rosji. Również odwołanie w żaden sposób nie odnosi się do tych przepisów, co czyni zarzut Odwołującego niezasadnym również na tej podstawie.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego w zakresie rzekomej współpracy z rosyjską firmą NTTTS ROTTEK, OOO. Shenzhen Star Instrument, Odwołujący okoliczności tej w żaden sposób nie wykazał. Odwołujący powołuje się deklaracje celne, jednakże dowody te nie zostały przekazane Zamawiającemu wraz z kopią odwołania, tym samym nie mogą być wzięte przez Izbę pod uwagę przy rozstrzygnięciu zasadności zarzutu. Na marginesie Izba wskazuje, że z uwagi na brak w dokumentach pieczęci organu celnego, dokumenty te budzą zastrzeżenia co do swojej wiarygodności. Innych dowodów Odwołujący nie złożył do akt sprawy.

Odnosząc się do zarzutu braku spełnienia przez wykonawcę Shenzhen Star warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, Izba uznała zarzut za niezasadny. Izba wskazuje, że wykonawca zgodnie z wymaganiami wskazanymi w SWZ przedłożył wraz z wykazem wykonanych usług referencje wystawione przez FORTH Corporation Public Company Ltd. Z referencji jednoznacznie wynika, że wykonawca dostarczył „18321 sztuk DTS27 bezpośrednich trójfazowych inteligentnych liczników, czteroprzewodowych wyposażonych w rozłącznik i modem UMTS i LTE”. Odwołujący powołuje się w treści odwołania na selektywnie dobrane informacji publiczne, kwestionując w/w doświadczenie wykonawcy. Argumentacja ta nie może stanowić o zasadności zarzutu. Należy zauważyć, że informacje prasowe przywołane przez Odwołującego w treści odwołania mają charakter ogólny, nie odnoszą się do konkretnych umów, numerów zamówienia. Mogą one dotyczyć zupełnie innych zamówień realizowanych na rzecz tajskiego operatora systemu dystrybucyjnego, jakim jest Metropolitan Electricity Authority. Z informacji publikowanych przez ten podmiot wynika, że świadczy on usługi na rzecz ponad 3,8 mln odbiorców.

Słusznie więc wskazał Zamawiający, że w tym samym czasie może on realizować różne projekty, przewidujące nabycie i instalację liczników w różnych technologiach. Zauważyć również należy, że z treści referencji FORTH wynika, że liczniki te zostały zintegrowane z systemem klasy AMR, natomiast przywołana w odwołaniu notatka prasowa wskazuje, że dotyczy ona wdrożenia kompleksowego rozwiązania składającego się z kilku rozwiązań, w tym m.in. systemu AMI (HES) – ale nie AMR wskazanego w referencjach – oraz systemu MDMS. Okoliczność ta potwierdza, że informacje przywoływane przez Odwołującego nie mają charakteru rzetelnego dowodu, na podstawie którego Izba mogłaby uznać, że wykonawca Shenzhen Star nie posiada doświadczenia na jakie się powołuje. Izba wskazuje, że Odwołujący mógł wystąpić czy to operatora systemu dystrybucyjnego czy też do spółki FORTH o potwierdzenie i weryfikacji oświadczeń wykonawcy Shenzhen Star. Takiej inicjatywy dowodowej Odwołujący nie podjął. Nie udźwignął w konsekwencji ciężącego na nim ciężaru dowodu i nie wykazał, aby referencje FORTH nie mogły zostać uwzględnione przez Zamawiającego jako rzekomo dotyczące innych dostaw niż w nich wyraźnie wskazane przez wystawcę referencji. Tym samym, Odwołujący nie wykazał, że wykonawca Shenzhen Star w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego lub też w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Odwołujący nie wykazał bowiem, że doszło do przekazania przez wykonawcę Shenzhen Star jakichkolwiek nieprawdziwych informacji. W konsekwencji niezasadny jest zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Zarzut nr 9

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7) ustawy Pzp

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W swojej argumentacji, Odwołujący upatrywał czynu nieuczciwej konkurencji w działaniu wykonawcy polegającym na podjęciu niekonkurencyjnych działań w ramach przedmiotowego postępowania przetargowego i złożeniu oświadczeń złożonych przez wykonawcę w ramach postępowania niezgodnych ze stanem faktycznym. Ponadto Odwołujący wskazał, że doszło do naruszenia dobrych obyczajów przez wykonawcę Shenzhen Star. Izba wskazuje, że Odwołujący nie precyzuje, na czym w istocie polegał czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, którego rzekomo miał się dopuścić

wykonawca Shenzhen Star. Z uzasadnienia tego zarzutu można się jedynie domyślać, że nie ma on charakteru samoistnego, lecz wynikowy, tj. stanowiący rezultat wcześniej opisanych w odwołaniu błędów czy niezgodności oferty Shenzhen Star. Zatem, bezzasadność zarzutu dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz zarzutu podania nieprawdziwości oświadczeń złożonych przez wykonawcę Shenzhen Star, czyni zarzut dotyczący złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji za niezasadny. Zdaniem Izby, bezpodstawne jest przyjęcie przez Odwołującego, że rzekome błędy wykonawcy w dokumentach składanych Zamawiającemu należy utożsamiać z czynem nieuczciwej konkurencji. Czynem nieuczciwej konkurencji będzie zatem zawsze takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Sprzeczność z prawem należy przy tym rozumieć jako zachowania sprzeczne z nakazem zawartym w ustawie, wydanym na jej podstawie akcie wykonawczym. Zarzuty Odwołującego w tym zakresie okazały się niezasadne. Dobre obyczaje natomiast to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu żadnych dobrych obyczajów, jakie rzekomo zostały naruszone przez wykonawcę Shenzhen Star.

Odnosząc się do dowodów i pism procesowych złożonych w sprawie, Izba wskazuje, że pominęła stanowisko wykonawcy Shenzhen Star oraz załączone do pisma dowody przesłane do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lutego 2024 r. Izba uznała, że wykonawca ten nie przystąpił skutecznie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba również pominęła dowody na jakie Odwołujący powołuje się w odwołaniu, bowiem Odwołujący nie przesłał dowodów do Zamawiającego wraz z kopią odwołania. Co prawda, dowody te zostały przesłane drogą elektroniczną przez P. W. K. do Zamawiającemu w dniu 21 lutego 2024 r. jednakże zostały przekazane przez pełnomocnika, który nie miał prawidłowego umocowania do działania w imieniu Odwołującego. W uzasadnieniu wyroku, Izba odniosła się wyłącznie do twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu. Izba również oddaliła wnioski dowodowe złożone przez pełnomocnika Zamawiającego podczas rozprawy. Składając wnioski dowodowe pełnomocnik Zamawiającego zaniechał złożenia dokumentów, na podstawie których sformułował swoje tezy dowodowe.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub

systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne w części z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku i proporcjonalnie rozliczone. Izba zaliczyła w ramach kosztów postępowania kwotę 3600,00 zł kosztów pełnomocnika Zamawiającego, co dopuszcza jednoznacznie § 5 pkt 2 lit. b wymienionego niżej rozporządzenia. Odwołujący postawił 9 zarzutów w odwołaniu, z czego zasadne okazały się dwa zarzuty i w takiej proporcji zostały podzielone koszty postępowania pomiędzy Zamawiającym. a Odwołującym.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodnicząca:

.....

.....

