

WYROK
z dnia 25 maja 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 roku przez wykonawcę **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ludwin**

przy udziale:

- A. wykonawcy **FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Pabianicach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Gminie Ludwin**:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie ziszczenia się okoliczności wskazanych

w art. 30b ust. 4 ww. ustawy, tj. dotyczących braku dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w art. 30b ust. 1 i 3 i braku możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie oraz, że ten brak dostępu nie może być przypisany wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gminę Ludwin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, tytułem wpisu od odwołania.
- 2.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Ludwin** na rzecz odwołującego **Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Ludwin - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Ludwin”, w ramach projektu pn.: „ENERGIA ZE SŁOŃCA W GMINIE LUDWIN”, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.) - zwanej dalej: „ustawą Pzp”. Zamówienie podzielone jest na 2 części.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 października 2020 roku pod numerem: 2020/S 207-502316.

Zamawiający w dniu 24 marca 2021 roku poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 6 kwietnia 2021 roku wykonawca Sanito Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu, a polegającej na bezprawnym odrzuceniu jego oferty w zakresie części 2.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 30b ustawy Pzp i § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ w zakresie części 2 - poprzez błędne przyjęcie, że przedstawione przez odwołującego dokumenty, dotyczące oferowanego przez Sanito modułu fotowoltaicznego MP-M-345-120H produkcji MP Solar Group Sp. z o.o. nie potwierdzają spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego i tym samym, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu;
ewentualnie:
3. art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do przedłożenia dowodów lub wyjaśnień w kwestii braku dostępu wykonawcy do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w art. 30b ust. 1 i 3 oraz możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie i przypisania tego braku wykonawcy.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, że pismem z dnia 24 marca 2021 roku zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty w części 2 postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 30b ustawy Pzp i § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ. Odwołujący podał, że zamawiający w uzasadnieniu faktycznym ww. czynności wskazał na trzy rodzaje okoliczności, które legły u podstaw jego decyzji, tj.:

- 1) po pierwsze - przedłożone przez wykonawcę certyfikat i raport z badań nie są dokumentami, o których mowa w art. 30b ust. 1 dawnego Pzp, tj. wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, o której mowa w art. 30b ust. 2 ustawy;
- 2) po drugie - wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, że powołując się na inne środki dowodowe, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy, nie miał możliwości uzyskania certyfikatu i sprawozdania w takiej postaci, w jakiej oczekiwał ich zamawiający;
- 3) po trzecie - w ocenie zamawiającego przedstawione przez wykonawcę sprawozdanie (raport) z badań nie stanowi oryginału dokumentu ze względu na brak podpisu elektronicznego lub własnoręcznego na dokumencie.

Odwołujący w zakresie pierwszej z ww. grup okoliczności faktycznych, której – w jego ocenie - zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty poświęca najwięcej miejsca, wskazywał na oczywistość, a nawet bezprzedmiotowość, wywodów i ustaleń zamawiającego. W szczególności za oczywisty odwołujący uznawał fakt, że wystawca certyfikatu i raportu z badań złożonych przez niego, tj. DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. z siedzibą w Szanghaju, ChRL, nie jest jednostką, o której mowa w art. 30b ust. 2 ustawy Pzp, czyli jednostką oceniającą zgodność akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339. Podkreślił też, że nigdy powyższego nie twierdził i nie usiłował wykazywać. Nie twierdził też, że laboratorium przeprowadzające badania, na podstawie których wystawiono ww. certyfikat i raport z badań, tj. Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research, jest jednostką akredytowaną zgodnie z przepisami ww. rozporządzenia. Podniósł, iż oczywiste jest, że przedstawiona przy piśmie odwołującego z dnia 18.03.2021 r. akredytacja dla ww. laboratorium wydana przez Chińską Krajową Służbę Akredytacyjną do Oceny Zgodności, nie

jest akredytacją w rozumieniu ww. przepisów. Odwołujący stwierdził, że przedstawione przez niego przy piśmie z dnia 18.03.2021 r. wyjaśnienia i dowody dotyczące kompetencji ww. laboratorium, służyły jedynie dalszemu rozwianiu jakichkolwiek wątpliwości, iż przedstawione uprzednio dokumenty przedmiotowe (raport z badań i certyfikat DEKRA) potwierdzają spełnianie przez oferowane moduły fotowoltaiczne wymogów zamawiającego, jako tzw. odpowiednie środki dowodowe, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, co wprost wskazywał w swoim piśmie. Dlatego, niezrozumiałe jest dla odwołującego, dlaczego zamawiający ocenił powyższe dokumenty jako dokumenty, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy, zamiast na podstawie ust. 4 tego przepisu.

Następnie odwołujący podnosił, że jak wynika z uzasadnienia odrzucenia jego oferty zamawiający nie uznał takiego wykazania (tj. w sposób przewidziany w art. 30b ust. 4), iż oferowane moduły PV odpowiadają wymaganiom SIWZ, jedynie dlatego, że wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, że powołując się na inne środki dowodowe, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, nie miał możliwości uzyskania certyfikatu i sprawozdania w takiej postaci, w jakiej oczekiwał ich zamawiający. Według odwołującego, powyższe oznacza, że zamawiający nie odrzucił jego oferty w związku z ewentualnym ustaleniem/oceną, iż przedstawione dokumenty merytorycznie nie udowodniają, że oferowane produkty spełniają wymagania SIWZ. W ocenie odwołującego, należy przyjąć, że zamawiający nie miał wątpliwości, że oferowane moduły PV materialnie odpowiadają wymaganiom SIWZ także z uwagi na to, że w przedstawianych przez niego dokumentach podano szereg szczegółowych informacji technicznych w przedmiocie parametrów i charakterystyki oferowanych urządzeń, które następnie zamawiający merytorycznie wyjaśniał w ramach toczącej wcześniej korespondencji. Zamawiający ograniczył się w tym zakresie wyłącznie do stwierdzenia, iż nie może uznać dowodów przedstawionych przez wykonawcę zgodnie z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca nie wykazał, że nie może przedstawić dokumentów, o których mowa w art. 30b ust. 1. Tym samym – w ocenie odwołującego - powody odrzucenia jego oferty w zakresie oceny przedłożonych dokumentów przedmiotowych są w istocie formalne, a ponadto nie znajdują oparcia w dyspozycji przepisu art. 30b ust. 4, na który zamawiający się powołuje.

Zdaniem odwołującego, jedynym obowiązkiem dowodowym jaki ustawodawca nałożył na wykonawcę na mocy przepisu art. 30b ust. 4 ustawy Pzp jest obowiązek samego wykazania, że dane roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia. Natomiast przepis ten nie ustanawia obowiązku wykazywania innych okoliczności w nim wymienionych, w szczególności wykazywania niemożliwości uzyskania certyfikatu/sprawozdania w takiej postaci, w jakiej oczekiwał ich zamawiający.

Ponadto, według odwołującego, nie przewidują tego przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju Regionalnego z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2020 r. poz. 1282), w szczególności przepis § 13 ust. 1 pkt 2 i ust 4 ww. rozporządzenia, a także zamawiający nie żądał odnośnych dokumentów/dowodów w treści SIWZ. Wobec powyższego zamawiający nie ma żadnych podstaw do uznawania oświadczenia wykonawcy w przedmiocie niemożliwości uzyskania certyfikatów i raportów z badań, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, za niewystarczające potwierdzenie takiej okoliczności, i tylko na tej podstawie pomijać certyfikat, raport i inne dokumenty składane przez wykonawcę na podstawie art. 30b ust. 4 ustawy. Zdaniem odwołującego, jeżeli zamawiający kwestionuje prawdziwość oświadczenia wykonawcy w tym zakresie, to winien powyższe ustalić, podnieść i wykazać w informacji o odrzuceniu oferty.

Dodatkowo, odwołujący podnosił z ostrożności, na wypadek uznania, że oświadczenie wykonawcy w tym przedmiocie było niewystarczające, a wykonawca powinien przedłożyć jakieś szczególne dowody na niemożliwość pozyskania dokumentów, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp w stosownym terminie, że postawił również ewentualny zarzut zaniechania wezwania do uzupełnienia ww. dowodów lub złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Tego typu wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Pzp zamawiający dotychczas nie wystosował, stąd – w jego ocenie - zasada jednokrotności wezwania pozostałaby nienaruszona.

W dalszej kolejności odwołujący odniósł się do kwestii stwierdzonego przez zamawiającego braku przedłożenia oryginału raportu z badań, sporządzonego przez DEKRATesting and Certification Shanghai Ltd. Zdaniem odwołującego, zamawiający myli bądź też błędnie utożsamia pojęcie oryginału dokumentu, o którym mowa w § 14 ust. 2 ww. rozporządzenia Ministra Rozwoju, z dokumentem w formie pisemnej i elektronicznej, o której mowa art. 73 i n. Kodeksu cywilnego (k.c.), a także usiłuje postawić nieuprawnioną tezę, iż dla ważności dokumentów sporządzanych przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. konieczna jest ich forma pisemna/elektroniczna w rozumieniu przepisów k.c.

Odwołujący podkreślił, że tego typu stanowisko byłoby zrozumiałe i trafne, w sytuacji, gdyby przedłożony środek dowodowy (raport z badań) był dokumentem sporządzonym w formie pisemnej, lub gdyby istniał pisemny oryginał przedłożonego dokumentu, lub przepisy ustawy lub ww. rozporządzenia wymagałyby, aby środki dowodowe, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, posiadały bezwzględnie formę pisemną (bądź elektroniczną) w rozumieniu art. 78 (bądź 781 k.c.). Odwołujący wskazał, że przedłożył zamawiającemu oryginał dokumentu, tj. dokument w takiej formie jakiej został wystawiony przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd., a dokument ten pozostaje wiarygodny

i ważny, co też wykonawca wyjaśnił i wykazał zamawiającemu, w szczególności przedstawiając stosowne dowody dotyczące praktyki wystawcy. Jak bowiem wynika z oświadczenia wystawcy, DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. wystawia i udostępnia swoje raporty z badań właśnie w takiej formie, jaka została przedłożona (tj. opatrując je tego typu mechanicznym odwzorowaniem podpisów, które określiła mianem „podpisu elektrycznego”, a mechaniczne „nanoszenie” podpisów jest powszechnie stosowaną praktyką w ChRL).

Odwołujący stwierdził, iż nie jest jasne na jakiej podstawie zamawiający postuluje i wywodzi, iż dokumentem „w oryginale” ma być jedynie dokument w formie pisemnej/elektronicznej (podpisany własnoręcznie lub kwalifikowanym podpisem elektronicznym) oraz zauważył, że definicja dokumentu i formy dokumentowej wynikająca z art. 77³ i 77⁴ k.c. nie ogranicza się jedynie do dokumentów w formie pisemnej/elektronicznej. Zgodnie bowiem z tymi przepisami dla zachowania formy dokumentowej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Natomiast dokument stanowi nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Odwołujący podniósł też, że definicja dokumentu nie zawiera ograniczeń co do sposobu jego sporządzenia. Treść dokumentu może być zatem dowolnie ujawniona, utrwalona na dowolnym nośniku (np. papier, plik) i za pomocą dowolnych środków (telefon komórkowy, komputer, pieczęć. ..etc.). Granicę swobody wyznacza wyłącznie funkcja dowodowa dokumentu, czyli możliwość zachowania i odtworzenia informacji w nim zawartej.

Odwołujący podkreślił, iż w niniejszej sprawie zamawiający nie powinien mieć żadnych wątpliwości, co do możliwości zapoznania się treścią samego dokumentu (raportu z badań), jak też zidentyfikowania osób go sporządzających. Ponadto, raport z badań został przedłożony zamawiającemu w oryginale, tj. dokładnie w takiej formie, w jakiej został sporządzony i udostępniony przez DEKRATesting and Certification Shanghai Ltd.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że żadna z postaci niezgodności oferty z ustawą bądź treścią SIWZ wskazana przez zamawiającego nie zachodzi w przypadku jego oferty, wykonawca bowiem przedłożył dokumenty przedmiotowe w postaci odpowiedniego certyfikatu i raportu z badań na podstawie art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, a rzeczony raport z badań został przedłożony zamawiającemu w oryginale.

Wobec powyższego odwołujący wnosil jak w *petitum* odwołania.

Zamawiający w dniu 8 kwietnia 2021 roku przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu – drogą elektroniczną - informację o wniesieniu odwołania wraz z jego kopią.

W dniu 9 kwietnia 2021 roku wykonawca FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Pabianicach zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Także w dniu 9 kwietnia 2021 roku wykonawca Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, że zgłoszenia przystąpień do postępowania odwoławczego wykonawcy FlexiPower Group Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Pabianicach oraz wykonawcy Eco-Team Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Częstochowie spełniają wymogi określone w art. 525 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) i tym samym wykonawcy ci stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

W dniu 20 maja 2021 roku zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania i zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 21 maja 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 roku, stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) -zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast, mając na uwadze, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 roku, to do przedmiotowego postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. -

Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą nPzp”.

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Ponadto, Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ustawy nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym (tj. wezwania z dnia 30 grudnia 2021 roku, wezwania z dnia 5 lutego 2021 roku, wezwania z dnia 23 lutego 2021 roku, wezwania z dnia 8 marca 2021 roku i odpowiedzi odwołującego na te wezwania, a także unieważnienia czynności wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów w zakresie części 2 w zakresie Ad.2), a także z informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Ponadto, Izba przeprowadziła dowody z dokumentów złożonych przez strony, z tym, że pominęła dowody złożone przez zamawiającego w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 21 maja 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, kotłów na biomasę oraz instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Ludwin, która jest realizowana w ramach projektu „ENERGIA ZE SŁOŃCA W GMINIE LUDWIN” (rozdział 4 pkt 4.1 SIWZ). Zamówienie zostało podzielone na 2 części:

- część 1 zamówienia: Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Ludwin;
- część 2 zamówienia: Dostawa i montaż instalacji fotowoltaicznych na terenie Gminy Ludwin.

Odwołanie zostało wniesione w zakresie części 2 zamówienia.

Zgodnie z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ (rozdział 8) zamawiający wymagał w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego w zakresie części 2 zamówienia m.in.:

- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,
- sprawozdania z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 8 do SIWZ – „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt 6 (dla modułu).

Jednocześnie zamawiający wskazał, że: *„W zakresie certyfikatów i raportów z badań wydawanych przez jednostki oceniające zgodność Zamawiający informuje, że akceptuje odpowiednie środki dowodowe, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku, gdy dany Wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu Wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany Wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia (art. 30b ust. 4 ustawy Pzp).”*

W dniu 30 grudnia 2020 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczeń lub dokumentów – na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp – w zakresie części 1 i 2, w tym w zakresie części 2 m.in. do:

- kart katalogowych modułów i inwerterów fotowoltaicznych;
- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy.

Jednocześnie zamawiający dodał, że dokumenty te składane są w oryginale, w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Odwołujący w odpowiedzi na ww. wezwanie złożył:

- certyfikat o numerze 6067355.06DS wraz z załącznikiem, który został wystawiony w dniu 16.10.2020 r. przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. na podstawie „TEST REPORT” o numerach 6090495.050A oraz 6090495.050B;

- dokument „TEST REPORT” o numerze 6083367.065D.001 wydany w dniu 13.11.2020 r. przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd.

Pismem z dnia 5 lutego 2021 roku zamawiający – działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - wezwał odwołującego do wyjaśnienia złożonych dokumentów, przy czym w treści wezwania w sposób szczegółowy opisał zakres żądanych wyjaśnień (w odniesieniu do złożonego certyfikatu i dokumentu „TEST REPORT”). Następnie pismem z dnia 23 lutego 2021 roku zamawiający unieważnił czynność wezwania wykonawcy do złożenia w wyjaśnień w tym zakresie.

Kolejnym pismem z dnia 23 lutego 2021 roku zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w zakresie części 2, tj. sprawozdania z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku nr 8 do SIWZ – „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt 6 (dla modułu).

Pismem z dnia 1 marca 2021 roku odwołujący odpowiedział na powyższe wezwanie składając: sprawozdanie z badań oferowanych modułów – „Test Report” o nr.: 6083367.065D.001 oraz oświadczenie jednostki certyfikującej – DEKRA Testing and Certification (Shanghai) Ltd.

Następnie, pismem z dnia 8 marca 2021 roku zamawiający wezwał odwołującego do wyjaśnienia złożonych dokumentów (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), w tym do: *„wykazania, że podmiot wystawiający certyfikat i TEST REPORT złożony przez wykonawcę tj. DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd jest jednostką oceniającą zgodność w rozumieniu art. 30b ustawy Prawo zamówień publicznych tj. jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz. Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30). Zamawiający wzywa w szczególności do przedłożenia dowodu akredytacji dla tej jednostki zgodnie z ww. rozporządzeniem.”*. Ponadto, zamawiający wskazując, że wykonawca złożył elektroniczną kopię sprawozdania, na którym widnieją dwa znaki podpisu, które noszą znamiona nie podpisów odręcznych a elektronicznego faksymile nałożonego na te dokumenty i z uwagi na swoje wątpliwości w tym zakresie wezwał dodatkowo odwołującego do: *„przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii sprawozdania nr 6083367.065D.001.*

Odwołujący udzielił wyjaśnień w odpowiedzi na powyższe wezwanie pismem z dnia 18 marca 2021 roku wskazując m.in., że: „w załączeniu przedstawiamy Świadectwo Akredytacji Laboratoryjnej (Nr rejestracyjny CNAS L0128) dla Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research (Podmiot prawny: Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research) jako laboratorium akredytowanego zgodnie z ISO/IEC 17025:2017 wraz ze szczegółowym zakresem akredytacji opisanym w załączniku o tym samym numerze (CNAS L0128) (...) Powyższe spełnia wszelkie wymagania określone w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp i pkt 8.7. SIWZ względem sposobu dowodzenia spełnienia przez oferowane produkty wymagań Zamawiającego, a Wykonawca nie ma dostępu do innych dokumentów ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. W przedstawionym raporcie z badań nr 6083367.065D.001 na stronie nr 3 w podsumowaniu raportu wskazana jest lokalizacja badania tj. Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research czyli Instytut posiadający akredytację do wykonywania testów modułów fotowoltaicznych na zgodność z normami nr IEC 61215 oraz IEC 61730 co zostało wskazane w załączonym Certyfikacie Akredytacji oraz zakresie akredytacji. Wskazujemy jednocześnie, że DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. została wskazana jako autor raportu z badań/laboratorium przygotowujące raport a nie jako laboratorium przeprowadzające badania. Podsumowując, DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. jest wystawcą raportu z badań przeprowadzonych przez Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research. (...)

W załączeniu przedstawiamy oświadczenie DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. potwierdzające, że użycie podpisu „elektrycznego” jest powszechnie stosowaną praktyką w potwierdzaniu raportów z badań wykonywanych w odniesieniu do normy IEC 61215 i nie wpływa na ich ważność. Podkreślić należy, że określenie „podpis elektryczny”, funkcjonujące w Chińskiej Republice Ludowej nie jest określeniem równoznacznym z kwalifikowanym/certyfikowanym podpisem elektronicznym funkcjonującym w Unii Europejskiej. Jednocześnie przedstawiamy oświadczenie producenta modułów fotowoltaicznych firmy MPSolar potwierdzające, że raport z badań nr 6083367.065D.001, który został wystawiony przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. został udostępniony firmie Sanito i przesłany do Zamawiającego Gminy Ludwin w dokładnie takiej samej formie. (...) Nie istnieje żaden „oryginał” raportu rozumiany jako dokument w formie pisemnej w rozumieniu polskiego prawa cywilnego (tj. opatrzony własnoręcznym podpisem osób reprezentujących jednostkę certyfikującą), a także nie ma żadnych podstaw prawnych aby przyjmować, iż tylko raporty sporządzone w takiej formie są „ważne” i mogą być przedkładane w przetargach publicznych”.

Pismem z dnia 24 marca 2021 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy Sanito Sp. z o.o. :

„na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 30b ustawy Pzp i § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w związku z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ, w zakresie części 2.”

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazywał m.in, że: *„Wykonawca składając dokumenty nie przedstawił żadnych oświadczeń w zakresie posługiwania się innymi środkami dowodowymi niż wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, w tym nie wykazał, że nie ma do takich dowodów dostępu i nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, oraz że braku tego dostępu nie można mu przypisać.*

Dokonując analizy złożonych dokumentów Zamawiający powziął wątpliwość, czy DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. jest jednostką oceniającą zgodność (jednostka ta nie występuje w bazie NANDO (New Approach Notified and Designated Organisations), która zawiera spis jednostek oceniających zgodność, o których Państwa członkowskie powiadomiły Komisję Europejską.

W związku z powyższym zamawiający wezwał wykonawcę do wykazania, że podmiot wystawiający certyfikat i TEST REPORT złożony przez wykonawcę tj. DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd jest jednostką oceniającą zgodność w rozumieniu art. 30b ustawy Prawo zamówień publicznych tj. jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. i ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu (...)

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, Wykonawca przedstawił wyjaśnienia oraz dokumenty mające potwierdzić prawidłowość złożonych dokumentów. Wykonawca przedstawił m.in. świadectwo Akredytacji Laboratoryjnej (Nr rejestracyjny CNAS L0128) dla Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research (Podmiot prawny: Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research) jako laboratorium akredytowanego zgodnie z ISO/IEC 17025:2017 wraz ze szczegółowym zakresem akredytacji opisanym w załączniku o tym samym numerze (CNAS L0128). (...)

Mając na uwadze wyjaśnienia Wykonawcy i przekazane dokumenty Zamawiający uznaje, że Wykonawca nie złożył wymaganych w pkt 8.7.3. dokumentów, tj.

- certyfikatu potwierdzającego pozytywny wynik testów zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730 lub z normami równoważnymi wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,

- sprawozdania z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzającego spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ – „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 6 (dla modułu).

W ramach wyjaśnień, Wykonawca wykazał co prawda, że laboratorium, które przeprowadziło badanie modułów posiada akredytację, jednak akredytacja ta nie jest akredytacją w rozumieniu rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) (...)

Akredytacja jaka została udzielona Shanghai Institute of Quality Inspection and Technical Research nie pochodzi od jednostki w państwie członkowskim Unii Europejskiej, a więc podmiot ten nie jest jednostką oceniającą zgodność w rozumieniu ww. rozporządzenia rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008. Wykonawca w złożonych wyjaśnieniach nie przedstawił również żadnych argumentów mających wykazać, że taką jednostką jest podmiot wydający certyfikat zgodności modułów z normami IEC 61215, IEC 61730 lub z normami równoważnymi - DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. Co więcej, Wykonawca pomimo takiej możliwości nie udowodnił Zamawiającemu, że powołując się na inne środki dowodowe, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, nie miał możliwości uzyskania certyfikatu i sprawozdania w takiej postaci, w jakiej oczekiwał ich Zamawiający.

Wykonawca pomimo zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 1 a następnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie przedstawił w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp i postanowieniami SIWZ dokumentów mających potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, (...)

i na tej podstawie, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 30b ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w związku z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ.

2. Złożony przez wykonawcę dokument w postaci sprawozdania nr 6083367.065D.001 z dnia 13.11.2020 r., został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym (podpis osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy). Na stronie drugiej tego sprawozdania widnieją dwa znaki podpisu:

1) testującego – L. H.

2) zatwierdzającego – K. L. .

Znaki obu ww. podpisów zostały naniesione elektronicznie (poprzez zamieszczenie na dokumencie obiektu graficznego z odwzorowaniem podpisu). Dokument ten nie posiada

naniesionego podpisu elektronicznego ww. osób, nie powstał też skutek odwzorowania cyfrowego dokumentu z naniesionymi własnoręcznie podpisami. Ten stan faktyczny został potwierdzony w wyjaśnieniach złożonych przez wykonawcę podczas trwania postępowania.

Podpis elektroniczny wykonawcy nie jest zatem podpisem podmiotu odpowiedzialnego za treść dokumentu, może zostać oceniony jako próba ewentualnego poświadczenia za zgodność z oryginałem dokumentu źródłowego. W przedmiotowej sprawie wykonawca nie dysponował jednak oryginałem dokumentu. W posiadaniu wykonawcy była postać elektroniczna zawierająca określoną treść oraz dodatkowo cyfrowo naniesione obrazy podpisów dwóch osób, które co do formy są zbliżone do faksymile.

Zgodnie z treścią § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

W ocenie zamawiającego złożony dokument nie odpowiadał ww. wymaganiom i budził wątpliwości zamawiającego co do jego wiarygodności. Elektroniczne naniesienie obrazu podpisu nie wywołuje skutków równoznacznych z podpisem elektronicznym lub własnoręcznym w zakresie pewności podpisu a co za tym idzie pewności co do treści tego dokumentu. Podpis ten może być nałożony w ten sposób przez osobę postronną w sposób uniemożliwiający ustalenie odpowiedzialności za treść dokumentu, który jest dokumentem kluczowym dla uznania, że oferowane produkty spełniają wymagania zamawiającego. W związku z powyższym zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z § 15 wspomnianego rozporządzenia wezwał Wykonawcę do przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii sprawozdania nr 6083367.065D.001. (...)

W ocenie Zamawiającego przedstawione przez Wykonawcę sprawozdanie z badań nie stanowi oryginału dokumentu ze względu na brak podpisu elektronicznego lub własnoręcznego na dokumencie. Pieczętka z podpisem nie jest tożsama z własnoręcznym podpisem (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 10 listopada 2006 r., sygn. akt II FSK 1144/05).

Tym samym, dokument stanowiący sprawozdanie z badań nie jest ani oryginałem dokumentu ani poświadczoną za zgodność elektroniczną kopią tego dokumentu, o których mowa w § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wykonawca pomimo zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 1 a następnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie przedstawił w sposób wymagany przepisami ustawy Pzp

i postanowieniami SIWZ dokumentu mającego potwierdzić, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego, tj.:

- sprawozdania z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych przeprowadzonych przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzającego spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w załączniku Nr 8 do SIWZ – „Minimalne parametry urządzeń do potwierdzenia kartami katalogowymi”, zgodnie z pkt. 6 (dla modułu).

i na tej podstawie, oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, w związku z pkt 8.7.3. lit. b) SIWZ.”

Na powyższą czynność zamawiającego odwołujący wniósł odwołanie w dniu 6 kwietnia 2021 roku.

Izba zważyła co następuje.

Izba uwzględniła odwołanie, w tym - zarzut ewentualny - zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 30b ustawy Pzp:

1. Zamawiający może wymagać od wykonawców przedstawienia certyfikatu wydanego przez jednostkę oceniającą zgodność lub sprawozdania z badań przeprowadzonych przez tę jednostkę jako środka dowodowego potwierdzającego zgodność z wymaganiami lub cechami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.
2. Przez jednostkę oceniającą zgodność rozumie się jednostkę wykonującą działania z zakresu oceny zgodności, w tym kalibrację, testy, certyfikację i kontrolę, akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93 (Dz.Urz. UE L 218 z 13.08.2008, str. 30).
3. W przypadku wymagania przedstawienia certyfikatów wydanych przez określoną jednostkę oceniającą zgodność, zamawiający akceptuje również certyfikaty wydane przez inne równoważne jednostki oceniające zgodność.
4. Zamawiający akceptuje odpowiednie środki dowodowe, inne niż te, o których mowa w ust. 1 i 3, w szczególności dokumentację techniczną producenta, w przypadku gdy dany

wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp stanowi, iż:

3. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

(...)

4. Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Stosownie zaś do § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1282) dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem.

Odnosząc się do zarzutów odwołania, jak i podstaw decyzji zamawiającego co do odrzucenia oferty odwołującego, wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 24 marca 2021 roku Izba zauważa, że nie ulega wątpliwości, że złożone przez odwołującego dokumenty, tj.:

- certyfikat o numerze 6067355.06DS wraz z załącznikiem, który został wystawiony w dniu 16.10.2020 r. przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. na podstawie

„TEST REPORT" o numerach 6090495.050A oraz 6090495.050B;

- dokument „TEST REPORT" o numerze 6083367.065D.001 wydany w dniu 13.11.2020 r. przez DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd.

nie są dokumentami wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność w rozumieniu art. 30b ust. 2 ustawy Pzp, tj. akredytowaną zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93.

Wystawcą tych dokumentów jest DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd., czyli jednostka nie będąca jednostką akredytowaną zgodnie z powołanym powyżej rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady.

Zdaniem odwołującego są to dokumenty (środki dowodowe), o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, potwierdzające, że wykonywane przez niego dostawy spełniają wymogi określone w opisie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie odwołujący załączył do wyjaśnień z dnia 18 marca 2021 roku Świadectwo Akredytacji Laboratoryjnej nr L0128 wraz ze szczegółowym zakresem akredytacji. Odwołujący wyjaśniał też, że dokumenty przez niego wskazywane spełniają wymagania określone w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp i pkt 8.7. SIWZ względem sposobu dowodzenia spełniania przez oferowane produkty wymagań zamawiającego, a wykonawca nie ma dostępu do innych dokumentów ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie. Słusznie wskazywał odwołujący, że zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego w znacznej mierze odnosił się do kwestii akredytacji podmiotu DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd., wystawcy certyfikatu i raportu z badań złożonych przez odwołującego i wskazywał, iż jednostka ta nie jest akredytowana zgodnie z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9 lipca 2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93, co w istocie było niesporne i łatwe do weryfikacji (poprzez bazę NANDO). Zamawiający w swoich wywodach w informacji o odrzuceniu oferty w zasadzie pominął kwestię, iż dokumenty złożone przez odwołującego należało ocenić w kontekście przepisu art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, mającego zastosowanie wówczas, gdy dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, o ile ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy, oraz pod warunkiem że dany wykonawca udowodni, że wykonywane przez niego roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia. Zamawiający jednym zdaniem wskazał jedynie,

że: „Wykonawca składając dokumenty nie przedstawił żadnych oświadczeń w zakresie posługiwania się innymi środkami dowodowymi niż wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, w tym nie wykazał, że nie ma do takich dowodów dostępu i nie ma możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, oraz, że braku tego dostępu nie można mu przypisać”. Jednocześnie podnieść należy, że z takim stwierdzeniem zamawiającego nie sposób się zgodzić, gdyż właśnie w wyjaśnieniach z dnia 18 marca 2021 roku odwołujący powoływał się na przepis art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, a także postanowienia w pkt 8.7 SIWZ i na okoliczności nimi objęte, co też zostało wskazane powyżej.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w kwestii interpretacji art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, uznając za niewystarczające samo przedłożenie innych certyfikatów i sprawozdań z badań - innych niż te, o których mowa w art. 30b ust. 1 ustawy Pzp (nie wydanych przez jednostkę oceniającą zgodność akredytowaną zgodnie z powyżej powołanym rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady) - bez równoczesnego odniesienia się do okoliczności wskazanych w art. 30b ust. 4 i ich wykazywania. W tym zakresie rację miał zamawiający wywodząc, że przy takiej interpretacji tego przepisu wykonawcy w zasadzie mogliby składać w sposób dowolny inne dokumenty, aniżeli te o których mowa w art. 30b ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Nie należy przy tym zapominać, że przepisy art. 30b ust. 1 - 3 ustawy Pzp określają zasadę, od której został ustanowiony wyjątek w przepisie art. 30b ust. 4 ustawy Pzp. Zatem, wykonawcy chcąc skorzystać z możliwości jaką daje im ten przepis, powinni wykazać okoliczności warunkujące zastosowanie tego wyjątku. Tym samym, Izba w składzie orzekającym, nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż przepis art. 30b ust. 4 ustawy Pzp wskazuje na konieczność udowodnienia za pomocą odpowiednich środków dowodowych tylko i wyłącznie, że wykonywane przez wykonawcę roboty budowlane, dostawy lub usługi spełniają wymogi lub kryteria określone w opisie przedmiotu zamówienia, kryteriach oceny ofert lub warunkach realizacji zamówienia. W ocenie Izby konieczne będzie także wykazanie, że dany wykonawca nie ma ani dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w ust. 1 i 3, ani możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie, ani też ten brak dostępu nie może być przypisany danemu wykonawcy.

Równocześnie, uwzględniając zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp, Izba wzięła pod uwagę treść wezwań kierowanych do odwołującego, w szczególności treść wezwania z dnia 8 marca 2021 roku, w którym zamawiający głównie odnosił się do kwestii wykazania posiadania akredytacji przez jednostkę, która wydała certyfikat i sprawozdanie z badań przedstawione przez odwołującego, zgodnej z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008, a nie odnosił się do kwestii wyjaśnienia okoliczności o których mowa w art. 30b

ust. 4 ustawy Pzp. Tym samym, Izba uznała za zasadne nakazanie zamawiającemu ponowne wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie ziszczenia się okoliczności wskazanych w art. 30b ust. 4 ww. ustawy, tj. dotyczących braku dostępu do certyfikatów lub sprawozdań z badań, o których mowa w art. 30b ust. 1 i 3 i braku możliwości ich uzyskania w odpowiednim terminie oraz, że ten brak dostępu nie może być przypisany wykonawcy.

Dowód złożony na rozprawie – oświadczenie producenta modułu MP Solar Group Sp. z o.o. Izba uznała za spóźniony i dlatego nie poddała go ocenie. Ewentualnie, dowód ten powinien być złożony zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia i to on w pierwszej kolejności powinien go ocenić i stwierdzić czy jest wystarczający.

Odnosząc się do dowodów złożonych przez odwołującego, a dotyczących innych postępowań, prowadzonych przez innych zamawiających, którzy aprobowali dokumenty w postaci certyfikatów/raportów z badań wystawionych przez jednostki nie posiadające akredytacji zgodnej z powołanym powyżej rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 oraz, że nie żądali dodatkowych dowodów w tym zakresie (tj. na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 30b ust. 4 ustawy Pzp), Izba stwierdza, że są to dowody irrelewantne dla oceny niniejszej sprawy. Decyzje jakie podjęli zamawiający w innych postępowaniach, nie są miarodajne dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 30b ustawy Pzp i § 14 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na ww. podstawie wskazując, że wykonawca nie przedłożył sprawozdania z badań dla oferowanych modułów fotowoltaicznych w oryginale czy też poświadczony za zgodność elektronicznej kopii tego dokumentu. W ocenie zamawiającego dokument ten nie stanowi oryginału dokumentu, gdyż brak na nim podpisu elektronicznego lub własnoręcznego.

Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko odwołującego, który wskazywał, że przedłożył zamawiającemu oryginał dokumentu, tzn. przedłożył go w takiej formie w jakiej został on sporządzony przez jego wystawcę - DEKRA Testing and Certification Shanghai Ltd. (tj. zostały na nim w sposób mechaniczny odwzorowane podpisy). Odwołujący przedstawił też zamawiającemu oświadczenie producenta modułów fotowoltaicznych potwierdzające taką praktykę w Chińskiej Republice Ludowej. Zamawiający nie wykazał okoliczności przeciwnych.

Co do twierdzeń podnoszonych przez zamawiającego na rozprawie, a dotyczących

m.in. kwestii przedstawienia przez wykonawcę jedynie częściowego sprawozdania z badań na kilkunastu stronicach, a nie pełnego i braku odpowiednich zapisów na dokumencie („wydany na odpowiedzialność”) to wskazać należy, że te okoliczności nie znalazły swojego odzwierciedlenia w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego, a zatem nie mogły być oceniane jako podstawa odrzucenia oferty odwołującego. Nadto, siłą rzeczy, nie zostały objęte zarzutami odwołania (skoro nie stanowiły podstaw odrzucenia oferty i odwołujący nie miał świadomości o istnieniu tego typu zastrzeżeń), a Izba będąc związana zarzutami odwołania, nie może orzekać ponad ich granice.

Mając powyższe na uwadze Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, w tym wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 w zw. z art. 30b ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i dokumentów w zakresie wskazanym w sentencji i uzasadnieniu niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Stosownie do art. 575 tejże ustawy strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia określa wysokość wpisu w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawy lub usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 15 000 zł. Z kolei § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) powołanego rozporządzenia stanowi, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych. Stosownie zaś do § 7 ust. 1 Izba w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający; w takim przypadku Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

W oparciu powołane powyżej przepisy Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania

oraz zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18.600 zł, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: