

Sygn. akt: KIO 2620/19

WYROK
z dnia 10 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **ML SYSTEM S.A., Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gmina Sokołów Małopolski, ul. Rynek 1, 36-050 Sokołów Małopolski**

przy udziale Flexipower Group Sp. z o.o., Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska, zgłaszającej przystąpienie do postępowania po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - ML SYSTEM S.A., Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2 zasądza kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od Odwołującego - **ML SYSTEM S.A., Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie**, na rzecz Zamawiającego - **Gmina Sokołów Małopolski, ul. Rynek 1, 36-050 Sokołów Małopolski**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Sokołów Małopolski, ul. Rynek 1, 36-050 Sokołów Małopolski, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sokołów Małopolski”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4.09.2019 r. pod numerem 2019/S 170-414779.

Zamawiający w dniu 13.12.2019 r. przekazał wykonawcy ML SYSTEM S.A., Zaczernie 190, 36-062 Zaczernie (dalej również jako Odwołujący) informację o wyborze jako najkorzystniejszej w części 2 zamówienia oferty wykonawcy FLEXIPOWER Group Sp. z o.o., Sp. k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska (dalej również jako Flexipower). Od tej czynności w dniu 23.12.2019 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty FlexiPower pomimo iż jej treść nie spełnia wymagań stawianych w SIWZ,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia FlexiPower z postępowania i uznania oferty FlexiPower za odrzuconą, pomimo, że spółka ta w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiła informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego/mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia

W oparciu o powyższe, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty FlexiPower,
2. odrzucenie oferty FlexiPower jako niezgodnej z SIWZ,
3. wykluczenie FlexiPower z postępowania i uznania oferty FlexiPower za odrzuconą w związku z wprowadzeniem Zamawiającego w błąd,
4. dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zastrzeżeń zgłoszonych w niniejszym odwołaniu, z zachowaniem zasady bezstronności i obiektywizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Podstawy faktyczne i uzasadnienie odwołania.

Odwołujący wskazuje, że spółka FlexiPower zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób nieodpowiadający treści istotnych warunków zamówienia oraz wprowadziła Zamawiającego w błąd w zakresie potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący informuje, że w celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w zakresie części 2 zamówienia, Zamawiający zgodnie z pkt. 8.7.3 SIWZ wymagał przedłożenia:

- certyfikatu potwierdzającego zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp,
- kart technicznych modułu fotowoltaicznego i inwertera obejmujących informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1b do SIWZ, zgodnie z rozdział 4, lit. f), pkt 1) projektu (dla modułu) i pkt 3) (dla inwertera).

Odwołujący podnosi, że FlexiPower przedłożyła Zamawiającemu Certyfikat nr Z2 18 05 01639 0011 wraz z tłumaczeniem na język polski. Z treści przedmiotowego certyfikatu wynika, iż oferowany przez FlexiPower moduł fotowoltaiczny został wydany w oparciu o normy, które to normy zostały wycofane, tj.:

1. Norma PN-EN 61215:2005 jest normą wycofaną zastąpioną przez normy PN-EN 61215-1:2017-01, PN EN 61215-1-1:2016, PN-EN 61215-2:2017-5.
2. Norma PN-EN 61730-1:2007 jest normą wycofaną (nieaktualną) zastąpioną przez PN-EN IEC 61730-1:2018-06, która jest normą aktualną (wycofano też elementy dodatkowe PN- EN 61730-1:2007: A1, A2, A11).
3. Norma PN-EN 61730-2:2007 jest normą wycofaną (nieaktualną) zastąpioną przez PN-EN IEC 61730-2:2018-06, która jest normą aktualną (wycofano też element dodatkowy PN- EN 61730-2:2007/A1:2012E).

Odwołujący wskazuje, że fakt ten potwierdza informacja zawarta na stronie internetowej Polskiego Komitetu Normalizującego oraz korespondencja e-mail z Polskim Komitetem Normalizującym, które stanowią załącznik do niniejszego odwołania (nr 1a, 1 b, 1 c, 1d). Zdaniem Odwołującego w związku z powyższym FlexiPower nie potwierdził, że oferowany przez niego moduł fotowoltaiczny spełnia wymagania określone przez Zamawiającego.

Ponadto podnosi, że Certyfikat nr Z2 18 05 01639 0011 jest nieważny. Po skanie kodu QR

znajdującego się w prawym górnym rogu przedmiotowego dokumentu pojawia się komunikat "This scanned code did not return any valid certificate" - tłumaczenie odwołującego: „Ten zeskanowany kod nie zwrócił żadnego ważnego certyfikatu”.

Dalej Odwołujący podnosi, że Zamawiający opisał wymagania dotyczące wykonania instalacji fotowoltaicznych w opisie przedmiotu zamówienia dotyczącym instalacji fotowoltaicznych w pliku załącznik nr 1b do SIWZ - Dokumentacja techniczna instalacji fotowoltaicznych, o mocach 2,70-4,32 KWP. W opisie tym Zamawiający wskazał następujące parametry w zakresie modułów fotowoltaicznych:

Moduł fotowoltaiczny o mocy min. 270Wp -

Moduł fotowoltaiczny polikrystaliczny (lub monokrystaliczny) ma zadanie przetwarzać energię promieniowania słonecznego na prąd stały. Moduły powinny się charakteryzować następującymi parametrami:

Parametry modułów	Oczekiwany Parametr	Tolerancja
Liczba ogniw	60 ogniw	Równy
Typ ogniw	4 bus barowe	Nie mniej niż
Moc P min (Wp)	270 Wp	Nie mniejszy niż
Tolerancja mocy „+”	0-5 W	Nie więcej niż
Współczynnik sprawności modułu min	16%	Nie mniejszy niż
Napięcie przy P max	31,9V - 32,3V	W zakresie
Prąd przy P max	8,31 - 9,3 A	W zakresie
Napięcie jałowe V_{oc}	38,1 - 38,74 V	W zakresie
Prąd zwarciaowy I_{sc}	8,8 - 9,7 A	W zakresie
Współczynnik temperatury dla P max	-0,41 %/ °K	Nie większy niż
Współczynnik temperatury dla I_{sc}	+5,1mA/°K	Nie gorszy niż tj. od 0 do - +5,1mA/°K
Współczynnik temperatury dla V_{oc}	-128mV/ °K	Nie gorszy niż tj. od 0 do - 128mV/°K
Maks. napięcie systemu (V)	1000 Vdc	Równy
Współczynnik wypełnienia (%)	76,6 %	Nie mniejsza niż
Temperatura robocza	-40 °C do +85 °C	Nie mniejsza niż
Maksymalne obciążenie mechaniczne	5400 Pa	Nie mniejsze niż
Grubość ramy min	38 mm	Nie mniejsza niż
Liniowa gwarancja mocy:	5 lat	Nie mniejsza niż
spadek mocy w 1 roku	3%	Nie więcej niż
moc modułu po 10 latach	90,7 %	Nie mniej niż
moc modułu po 25 latach	80,2%	Nie mniej niż

Oświadczenie o odporności na gradobicie	grad o średnicy 25 mm, prędkość wyrzelenia 23 m/s	Nie mniej niż
---	--	---------------

Zgodnie z wyżej wskazanymi parametrami moduły fotowoltaiczne oferowane przez Wykonawców w niniejszym postępowaniu powinny spełniać wszystkie parametry oczekiwane przez Zamawiającego. Odwołujący wywodzi, że z formularza oferty Flexipower wynika, iż w zakresie części 2 zaoferował moduł SUN 280-60M producenta Sunergy USA Works LLC. Odwołujący wskazuje, że z karty katalogowej oferowanego przez Flexipower modułu, dostępnej na stronie internetowej producenta, wynika, iż moduł SUN 280-60M posiada ramkę o grubości 35 mm. Odwołujący podkreśla, iż grubość ramki modułu fotowoltaicznego była również przedmiotem wyjaśnień opublikowanych przez Zamawiającego w dniu 04.10.2019 r. - str. 5 pkt. 14, gdzie Zamawiający jednoznacznie potwierdził, że „*rama powinna mieć ramę o grubości min. 38 mm*”.

Odwołujący podnosi, że Flexipower przedłożył kartę katalogową modułu potwierdzającą spełnianie parametrów oczekiwanych przez Zamawiającego, jednakże karta ta różni się w zakresie parametrów dotyczących grubości ramy oraz mocy modułu po 25 latach, od karty tego samego modułu dostępnej na stronie jego producenta. Zdaniem Odwołującego przedłożony przez FlexiPower certyfikat nr Z2 18 05 01639 0011 dotyczy w rzeczywistości modułu o parametrach znajdujących się w karcie katalogowej modułu, ale tej zamieszczonej na stronie producenta, co jednoznacznie wskazuje na wprowadzenie Zamawiającego w błąd.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego skutecznie zgłosił wykonawca Flexipower Group Sp. z o.o., Sp.k., ul. Majora Hubala 157, 95-054 Wola Zaradzyńska, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia oraz korespondencją Zamawiającego z wykonawcami, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestników złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, jak również złożonymi w toku rozprawy dowodami, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, wobec możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, o następuje.

Przywołany w odwołaniu stan faktyczny odpowiada rzeczywistemu przebiegowi postępowania, podobnie jak postanowienia SIWZ, wobec czego nie będzie powtarzany.

Należy ponadto przytoczyć następujące postanowienia SIWZ:

8.7.3. W celu potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego:

w zakresie części 2 zamówienia:

c) certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp.

d) karty techniczne modułu fotowoltaicznego i inwertera obejmujące informacje potwierdzające spełnianie przez te urządzenia parametrów zawartych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik Nr 1b do SIWZ, zgodnie z rozdział 4, lit. f), pkt. 1) projektu (dla modułu) i pkt 3) (dla inwertera).

Izba zważyła, co następuje.

Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu.

Pierwszy z zarzutów odwołania dotyczył zaoferowania modułu fotowoltaicznego, który nie spełniał wymogów SIWZ.

Odwołujący wywodził, że przedłożony przez Przystępującego certyfikat wydany został w oparciu o normy, które zostały wycofane. Zdaniem Odwołującego dotyczyło to norm PN-EN: 61215:2005, 61730-1:2007 i 61730-2:2007.

W ocenie Izby rzeczony zarzut nie potwierdził się. W pierwszej kolejności wskazać należy, że złożone w toku rozprawy dowody – oświadczenie Kiwa Cermet Italia i korespondencja email z dr inż. T.Z. są wzajemnie sprzeczne w zakresie ww. norm 61730. Pierwszy z dowodów wskazuje bowiem, że zostały one wycofane z użytku, w drugim zaś wprost wskazano, że mogą być one jeszcze stosowane. Dalej, Odwołujący szeroko powoływał się na wycofanie normy PN-EN 61215:2005. W tym zakresie dowody złożone przez Odwołującego są zgodne, że norma ta została wycofana i zastąpiona nowszą. Jednakże, powyższe nie stoi w sprzeczności ze złożonym przez Przystępującego dowodem w postaci Komunikatu nr 1/2020 Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 1 stycznia 2020 r. w sprawie stosowania Polskich Norm wycofanych jako dokumentów odniesienia w ocenie zgodności. Komunikat ów zawiera wykaz norm wycofanych, których status pozostaje aktualny w procedurach oceny zgodności określonych w odpowiednich przepisach. Dalej w komunikacie wskazano, że utrata aktualności wymienionych Polskich Norm stosowanych w ocenie zgodności następuje w terminach podanych w ogłoszeniu. W odniesieniu do normy PN-EN 61215:2005 komunikat określa, że została wycofana w dniu 25.10.2016 r., zastąpiona normą PN-EN 61215-2:2017-05 i pozostanie aktualna w ocenie zgodności do 10.02.2020 r. Podobnie w odniesieniu do norm 61730-1:2007 i 61730-2:2007 ww. komunikat określa, że są wycofane i pozostają one aktualne do dnia 4.27.2021 r. – co w pełni koresponduje z dowodem z ww. wiadomością email od dr inż. T.Z. W ocenie Izby tak jednoznaczne dopuszczenie stosowania rzeczonych normy pomimo ich wycofania, nie pozwala na wyciąganie negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który złożył certyfikat potwierdzający spełnianie tych norm.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty dotyczące niezgodności oferty Flexipower z SIWZ w zakresie norm nie potwierdziły się. Uzupełnić należy, iż w ocenie Izby argumentacja podnoszona w toku rozprawy, wraz z odpowiadającymi jej dowodami w zakresie normy IEC 65125(ed.2) stanowiła nieuprawnione rozszerzenie zarzutu odwołania i jako taka, zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogła być brana pod uwagę.

W odniesieniu do certyfikatu złożonego przez Flexipower Odwołujący podniósł także, iż jest to certyfikat nieważny. Okoliczność ta była pomiędzy stronami bezsporna. Jednakże zważyć należy, że certyfikat był dokumentem przedkładanym dla potwierdzenia spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – tj. dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Co za tym idzie, jest to dokument, podlegający uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wynika z akt postępowania, Zamawiający nie dokonywał wezwania o uzupełnienie tego dokumentu, bez

którego odrzucenie oferty wykonawcy stanowiłoby naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. np. wyrok KIO 2698/17, KIO 2641/18, KIO 1025/19). Nie można zatem stwierdzić, że doszło do zaniechania zastosowania ww. przepisu, skoro Zamawiający nie był do tego jeszcze uprawniony. Odwołujący nie stawiał natomiast zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia rzeczonoego dokumentu, wobec czego, zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzec w przedmiocie ewentualnego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za niepotwierdzony i jako taki, podlegający oddaleniu.

Drugi z zarzutów odwołania dotyczył naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie jego zastosowania, pomimo iż zdaniem Odwołującego Przystępujący Flexipower przedstawił kartę katalogową oferowanego modułu fotowoltaicznego zawierającą niezgodną z rzeczywistością grubość ramki (40 mm zamiast 35 mm) oraz gwarancję mocy po 25 latach (80,7% zamiast 80,0%). Odwołujący zarzut ten opierał o okoliczność, że karta katalogowa zaoferowanego modułu, znajdująca się na stronie producenta wskazuje na wartości 35 mm i 80%.

Powyższy zarzut Izba uznała za nieudowodniony. Odwołujący w toku rozprawy powołał się na korespondencję z osobą mającą reprezentować producenta modułu zaoferowanego przez Flexipower. Jednakże w ocenie Izby, dowód ten nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że przedłożona przez Przystępującego karta katalogowa zawiera informacje o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp. Po pierwsze należy wskazać, że również Przystępujący złożył oświadczenia producenta – z oddziału w Hong Kongu, które wskazuje okoliczność przeciwną – że zaoferowany produkt posiada ww. wymagane parametry. W świetle powyższego zasadnie w toku rozprawy podniósł Przystępujący, że potwierdzeniem braku wiarygodności przedłożonej karty mogłoby być np. jednoznaczne zweryfikowanie u producenta czy potwierdza jej pochodzenie i treść, podobnie jak ustalenie w podmiocie certyfikującym, że oferowany produkt nie posiada certyfikatu. Również argumentacja Odwołującego, że karta katalogowa złożona jest w języku polskim, a także, że dotyczy serii urządzeń nie pozwala na stwierdzenie, że jest niewiarygodna. Odwołujący nie posiada wiedzy o indywidualnych relacjach handlowych Przystępującego z producentem – a prawdopodobnym jest, że dla podmiotu pozostającego w stałych stosunkach handlowych wytwórca przygotował kartę katalogową w języku kontrahenta. Udowodnienie przedstawienia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji spoczywało na Odwołującym, który nie

udźwignął ciężaru dowodu, zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp uznać należało za niepotwierdzony.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący: