

Sygnatura akt II Ca 286/20

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 16 kwietnia 2020 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie II Wydział Cywilny Odwoławczy

w składzie:

Przewodniczący SSO Jarosław Tyrpa (sprawozdawca)

Sędziowie:	SO Zbigniew Zgud SO Liliana Kaltenbek
------------	--

Protokolant: sekretarz sądowy Robert Nędza

po rozpoznaniu w dniu 16 kwietnia 2020 roku w Krakowie

na rozprawie

sprawy ze skargi (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 listopada 2019 roku, sygn. KIO 2025/19, KIO 2029/19

przeciwko (...) Spółki Akcyjnej w (...) sp. z o.o. Spółki Komandytowej w W.

przy uczestnictwie zamawiających Gminy C., Gminy L., Gminy S., Gminy Ś., Gminy Z. i Stowarzyszenia (...) z siedzibą w R.

1. oddala skargę;
2. zasądza tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego od skarżącego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. na rzecz:
 - a) (...) sp. z o.o. Spółki Komandytowej w W. kwotę 1817 zł (jeden tysiąc osiemset siedemnaście złotych);
 - b) (...) Spółki Akcyjnej w C. kwotę 1817 zł (jeden tysiąc osiemset siedemnaście złotych).

SSO Liliana Kaltenbek SSO Jarosław Tyrpa SSO Zbigniew Zgud

Sygn. akt II Ca 286/20

UZASADNIENIE

Wyroku z dnia 16 kwietnia 2020 roku

Zamawiający Gmina S., reprezentowana przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w R. w imieniu i na rzecz Gminy C., Gminy L., gminy S., Gminy Ś. i Gminy Z. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Dostawa i montaż jednostek wytwarzania energii z (...) w ramach projektu „(...) K.”, znak sprawy (...). Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 czerwca 2019 roku pod nr 2019/S 111-271500.

W dniu 10 października wykonawca (...) S.A. z siedzibą w C. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (KIO 2025/19), w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy (...) Sp. z o.o. w W. oraz zaniechania uznania oferty S. za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia, co odwołujący jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych;
2. art. 7 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 24 ust. 16 i 17 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia S. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty S. za odrzuconą, mimo że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlegał wykluczeniu, oraz mimo, że w wyniku co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowana przez zamawiającego w postępowaniu;
3. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez dokonanie wyboru S. jako najkorzystniejszej oferty oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty;
4. z ostrożności procesowej art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy (...) Sp. z o.o. Sp. K z siedzibą w W., mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ;
5. z ostrożności procesowej art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) Sp. z o.o. z siedzibą w T., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w R., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w N., (...) Sp. z o.o. z siedzibą w S., R. Sp. J z siedzibą w N. (konsorcjum (...)) mimo że treść jej oferty nie odpowiada SIWZ.

Odwołujący Ingres domagał się: 1. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty S.; 2. Ponowego badania badania i oceny ofert złożonych przez: wykonawców S., (...) i Konsorcjum (...); 3. wykluczenia S. z postępowania z przyczyn wskazanych w odwołaniu oraz uznania oferty S. za odrzuconą; 4. odrzucenia oferty (...) z przyczyn wskazanych w odwołaniu; 5 odrzucenia oferty Konsorcjum (...) z przyczyn wskazanych w odwołaniu ; 6 dokonania wyboru oferty odwołującego I. jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W dniu 10 października 2019 roku odwołujący (...) wniósł odwołanie (KIO 2029/19), w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy S. do złożenia wyjaśnień w zakresie potwierdzenia spełniania przez moduł (...) Solar MP-M - 320 wymogów norm IEC 61730:2016, IEC 61215:2016 oraz IEC 62804-1:2015 wobec sprzeczności oświadczeń w karcie katalogowej złożonej w postępowaniu z treścią złożonych certyfikatów, których złożenia Zamawiający wymagał dla potwierdzenia spełniania wymogów tychże norm,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia wykonawcy S. wobec złożenia w formularzu ofertowym w oświadczeniu o oferowaniu urządzenia, które w wyniku przeprowadzenia badania ofert okazałyby się urządzeniami, które nie spełniają wymogów Zamawiającego określonymi w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Dalej: SIWZ),

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp przez wybór oferty S., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ lub wykonawca podlegał wezwaniu do złożenia wyjaśnień lub dokumentów:

a) w zakresie niespełniania przez moduł (...) S. (...)(...) wymogu zaoferowania modułu monokrystalicznego z ogniwem w technologii (...) (str. 25 - 26 załącznika nr 1 do SIWZ - szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia i jego realizacji),

b) w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu (...) S. (...)

M - 320 w dokumentach potwierdzających zgodność oferowanych urządzeń z (...),

c) w zakresie niewykazania wartości mocy znamionowej modułu (...) S. (...) - (...)w warunkach NOCT 200 W/m⁽²⁾,

4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez wybór oferty S., podczas gdy oferta ta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ,

5. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu,

6. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez wprowadzenie Zamawiającego w błąd, co do treści certyfikatu Z2 003057 0004 Rev.00, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący się (...) wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: 1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, 2. wykluczenia wykonawcy S. z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, 3. powtórzenia czynności badania oferty S. - i w jej wyniku odrzucenie oferty S.,

względnie 4.

(...) S.A. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

(...) Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 27 listopada 2019 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołań wniesionych przez wykonawcę (...) S.A. z siedzibą w C. (KIO 2025/19) oraz przez wykonawcę (...) Grup sp. z o.o. sp. k z siedzibą w W. (KIO 2029/19) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiających Gminę C., Gminę L., Gminę skawina, Gminę Ś. G., Gminę Z. w imieniu i na rzecz których postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi Gmina S. działająca przez Stowarzyszenie (...) z siedzibą w R.:

- w punkcie I w sprawie o sygn. akt KIO 2025/19:

1. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów nr 1, 3 i 4 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym:

A. wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp i uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp,

B. odrzucenie oferty wykonawcy (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp

2. w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie;

3. kosztami postępowania obciążyła w częściach równych wykonawcę (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. oraz Zamawiającego i:

A. zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł uiszczoną przez (...) S.A. z siedzibą w C. tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr poniesioną przez (...) S.A. z siedzibą w C. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

B. zasądziła od wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

C. zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.300,00 zł stanowiącą połowę kosztów postępowania odwoławczego w postaci części wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

- w punkcie II w sprawie o sygn. akt KIO 2029/19:

1. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów nr 5 i 6 i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp.

2. w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. i:

A. zaliczyła w poczet kosztów postępowania kwotę 15.000,00 zł (uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600,00 zł poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

B. zasądziła od wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

W zakresie odwołania I. (KIO 2025/19) Krajowa Izba Odwoławcza:

- co do zarzutu nr 1 odwołania tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy S. oraz zaniechanie uznania oferty S. za odrzuconą Izba ustaliła, że między stronami nie ma sporu, co do chronologii zdarzeń prowadzących do odstąpienia przez Gminę O. od dwóch umów zawartych w Przystępującym S.. Sporna jest natomiast kwestia, czy S. w zwiniony sposób doprowadził do odstąpienia od tych umów przez Gminę, a tym samym, czy zostały wypełnione wszystkie przesłanki określone w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 Pzp. Po przeanalizowaniu dowodów złożonych przez strony i Przystępującego oraz po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z argumentacją zawartą w pismach procesowych Izba uznała, że zarzut odwołania potwierdził się, a Przystępujący S. powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby nie potwierdziło się podstawowe stanowisko Przystępującego S., mające dowodzić braku słuszności Zarzutu nr 1 odwołania, wskazujące na obiektywną, niezależną od Przystępującego okoliczność, tj. kryzys w dostępności na rynku odpowiednich paneli fotowoltaicznych, niezbędnych do realizacji zamówień na rzecz Gminy O.. Wszystkie dowody złożone przez Przystępującego na potwierdzenie tej okoliczności w ocenie Izby nie były wiarygodne. Izba uznała za prawidłowe stanowisko Odwołującego, że Przystępujący, wobec kryzysu dostępności paneli fotowoltaicznych na terenie Polski miał możliwość pozyskania ich z innych krajów Unii Europejskiej. Przystępujący S. nie ustosunkował się do wskazanej przez Odwołującego powyższej możliwości. Izba podkreśliła, że okresowe wahania w dostępności materiałów na rynku związanym z realizacją robót budowlanych nie są okolicznością niezwykłą i wyjątkową. Każdy profesjonalny wykonawca powinien liczyć się z ich wystąpieniem i być gotowy na przeciwdziałanie ich skutkom. Nie sposób w tej sytuacji zdaniem Izby uznać, że wystąpienie trudności w dostępności paneli fotowoltaicznych doprowadziłoby wykonawcę do zaniechania podjęcia prób uniknięcia ich skutków. W ocenie Izby niewątpliwym jest, że przyczyną odstąpienia przez Gminę O. od umów zawartych z Przystępującym S. była bierność Przystępującego w kwestii realizacji przedmiotu umów, tj. niepodjęcie realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązań na rzecz Gminy. Izba zaznaczyła, iż art 24 ust. 5 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób

zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Zamawiający zastrzegł w SIWZ możliwość wykluczenia wykonawców na podstawie tego przepisu, zatem w ramach postępowania wskazana podstawa wykluczenia wykonawców miała charakter obligatoryjny. Biorąc pod uwagę dowody złożone przez Odwołującego oraz niesporne między stronami uczestnikami okoliczności skutkujące odstąpieniem przez Gminę O. od umów z Przystępującym (...) Izba uznała, że zarzut nr 1 był zasadny. Wypełnione zostały wszystkie przesłanki określone w przytoczonym przepisie.

- co do zarzutu nr 2 tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia S. z postępowania oraz zaniechanie uznania oferty S. za odrzuconą Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

- co do zarzutu numer 3 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty S. jako najkorzystniejszej oferty oraz przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. Podstawą uznania zarzutu za zasadny było stwierdzenie, że potwierdził się zarzut nr 1. Konsekwencją wykluczenia Przystępującego z postępowania winno być, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp, uznanie jego oferty za odrzuconą.

- co do zarzutu nr 4 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp w ocenie Izby potwierdził się przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego F., mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ Izba wskazała, że zarzut ten potwierdził się. Wskazała, że w formularzu ofertowym załączonym do oferty Przystępujący F. wskazał, że oferuje Zamawiającemu pompę do (...) typu Cubo XL. F. jednoznacznie określił, że producentem urządzeń jest F. - wykonawca w rubryce „Pompa ciepła do (...) o mocy 1,5 kW ((...))”, tj. w punkcie 1 części pt. "Instalacje powietrznych pomp ciepła cwu dla budynków mieszkalnych" formularza cenowego wpisał: „Producent: F., M.: Cubo XL”. Składając odpowiedź na odwołanie Przystępujący F. twierdził jednak, że zaoferował Zamawiającemu urządzenie produkowane przez O. E., zatem inne niż wskazane przez Odwołującego w zarzucie nr 5. Izba przeprowadziła dowody wnioskowane przez Odwołującego i uznała, że jego stanowisko jest zasadne. Na potwierdzenie zarzutu Odwołujący złożył szereg dokumentów, w tym karty katalogowe dotyczące pompy Cubo XL, z których wynikało, że oferowana przez F. pompa (...) nie spełnia wymogów SIWZ. Zgodnie z dowodami złożonymi przez Odwołującego, pompa F. Cubo XL w trybie ekologicznym, tj. bez dodatkowych źródeł ciepła osiąga temperaturę równą 56°C, a więc nie osiąga wymaganego minimum. Przystępujący F. konsekwentnie twierdził, że oferuje urządzenie produkowane przez O. E., na potwierdzenie czego nie złożył żadnego wiarygodnego dowodu. Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego oraz F. wskazującego, że ze względu na prowadzenia postępowania w trybie określonym w art. 24aa Pzp Zamawiający nie dokonał jeszcze wiążącej oceny oferty Przystępującego Izba uznała, że twierdzenie takie nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach Pzp. Art. 24aa ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. W ocenie Izby nie ulega zatem wątpliwości, że stanowisko Zamawiającego było błędne.

- co do zarzutu numer 5 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w związku z art. 82 ust. 3 Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty Konsorejum (...), mimo że jej treść nie odpowiadała treści SIWZ Izba wskazała, że zarzut ten nie został przez Izbę rozpoznany.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego Izba oparła o wyrażoną w przepisie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 4 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 (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.) zasadę odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego. Rozważając sposób podziału kosztów postępowania odwoławczego Izba za zasadne uznała dokonanie podziału kosztów postępowania w częściach

równych pomiędzy Przystępującego S., jako podmiot, który wniósł sprzeciw wobec ww. uwzględnienia odwołania oraz Zamawiającego w zakresie, w którym Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie odwołania (...) (KIO 2029/19) Krajowa Izba Odwoławcza:

- co do zarzutów o numerach 1 do 4 tj.: 1. naruszenia art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp, 2. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp, 3. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 26 ust. 1 Pzp w zw. art. 26 ust. 3 Pzp, 4. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. W zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba wskazała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

- co do zarzutu numer 5, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców, w szczególności zaś przez wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty, która zgodnie z ustawą podlegała odrzuceniu i traktowaniu jej na równi z ofertą wykonawców, których oferta nie podlegała odrzuceniu Izby uznała, iż zarzut ten potwierdził się. Zarzut powyższy - wynikowo - został uznany za skład orzekający za zasadny wobec uwzględnienia zarzutu nr 6. Izba uznała, że Przystępujący podlegał wykluczeniu, zatem jego oferta, zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 4 Pzp powinna zostać uznana za odrzuconą. Tym samym oferta ta nie powinna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

- co do zarzutu numer 6, tj. zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez wprowadzenie zamawiającego w błąd co do treści certyfikatu Z2 003057 0004 Rev.00, co miało istotny wpływ na decyzje zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia - wybór najkorzystniejszej oferty Izba uznała, że zarzut ten potwierdził się. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 139 wymogiem Zamawiającego było posiadanie przez oferowane mu moduły fotowoltaiczne certyfikatu potwierdzającego zgodność tych modułów PV z normą IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 62804-1:2015 lub z normami równoważnymi wydanymi przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp. Na potwierdzenie spełniania przedmiotowego wymogu wykonawca miał złożyć certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normami IEC 61730:2016, IEC 61215:2016, IEC 628041:2015 lub z normami równoważnymi wydany przez jednostkę oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 ustawy Pzp. 2 września 2019 r. Zamawiający skierował do Przystępującego S. wezwanie okazania stosownych certyfikatów. Przystępujący S. udzielił odpowiedzi, a biorąc pod uwagę jej treść nie budziło wątpliwości Izby, że celem pisma S. z 13 września 2019 r. było zapewnienie Zamawiającego, że zarówno wykonawca, jak i złożona przez niego oferta spełnia wszystkie wymogi wynikające z SIWZ i załączników do SIWZ. Powyższe dotyczy również wskazanego w punkcie 12 pisma certyfikatu modułu PV. Odwołujący wskazał, że Przystępujący S. złożył Certyfikat Z2 003057 0004 Rev. 00 z 26 lipca 2019 r., co Przystępujący potwierdził w złożonych pismach procesowych. W toku rozprawy Odwołujący wskazał, że niemożliwe jest istnienie dwóch certyfikatów o takim samym numerze wydanym w dwóch różnych datach. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący złożył dowód - dokument pochodzący od (...) (wraz z tłumaczeniem na język polski) stanowiący wyjaśnienie metodologii nadawania numerów certyfikatów przez (...). Ustalenie powyższe według Izby podważyło wiarygodność stanowiska Przystępującego S.. Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że Przystępujący S. na potrzeby potwierdzenia spełniania przez oferowany Zamawiającemu moduł fotowoltaiczny (...) posłużył się przerobionym dokumentem. To z kolei prowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, co wpłynęło na wynik postępowania - Zamawiający uznał, że oferta S. spełnia wymogi SIWZ. Tym samym wypełnione zostały przesłanki określone w art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, a zarzut został uznany za zasadny.

O kosztach postępowania odwoławczego izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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 (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę złożył skarżący (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w W., zaskarżając go w następującej części:

- w odniesieniu do sprawy o sygn. KIO 2025/19 – zaskarżył pkt. I ppkt 1 lit. A oraz ppkt. 3 lit. B

- w odniesieniu do sprawy o sygn. KIO 2029/19 – zaskarżył pkt II ppkt 1 oraz ppkt 3 lit. B sentencji Wyroku.

W części dotyczącej sprawy o sygn. KIO 2025/19 skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1. art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. w zw. z art. 14 Pzp poprzez wadliwe uznanie, iż to na Skarżącym ciążył obowiązek udowodnienia zachowania należyte staranności przy realizacji umowy z gminą O. (i ew. N.), w sytuacji gdy w zakresie wykazania przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym;

2. art. 190 ust. 7 w zw. z art. 190 ust. 5 Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp oraz art. 227, 229 i 233 § 1 k.p.c. polegające na bezzasadnym, arbitralnym oraz sprzecznym z zasadami logiki i doświadczenia życiowego uznaniu przez Izbę za niewiarygodne wszystkich dowodów przedłożonych przez S. wskazujących wystąpienie obiektywnych, niezależnych od Skarżącego trudności z dostępnością kompletnych zestawów instalacji solarnych i paneli fotowoltaicznych w III i IV kwartale 2018 r., w tym w szczególności deficytu surowców (np. miedzi), które są konieczne do produkcji komponentów składających się na kompletne instalacje solarne i fotowoltaiczne tj. m.in.:

- Oświadczenia Stowarzyszenia (...) z dnia 14 listopada 2019 r. - dowód nr 11 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.;

- Opinii (...) Stowarzyszenia (...) na temat sytuacji na rynku dostaw surowców dla branży z dnia 14 listopada 2019 r. - dowód nr 11 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.;

- (...) sp. z o.o. z dnia 23 października 2019 r. oraz oświadczenia E. E. Sp. z o.o. z 12 listopada 2019 r. - dowód nr 12 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.;

- Oświadczenia Inspektora Nadzoru z dnia 21 listopada 2019 r. - dowód nr 10 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.

- (...) sp. z o.o. z dnia 18 listopada 2019 roku przedłożonego na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 roku;

- (...) Sp. z o.o. z dnia 7 listopada 2018 r.;

- oświadczenie (...) Sp. z o.o. Sp. k. z dnia 30 sierpnia 2018 r.

- oświadczenie (...) Sp. z o.o. z dnia 3 grudnia 2018 r.

podczas gdy z uwagi na pozycję rynkową i wiarygodność podmiotów, które złożyły ww. oświadczenia, treść tych oświadczeń, obiektywne okoliczności ich wydania, zgodnie z zasadami prawidłowej oceny dowodów, logiki i doświadczenia życiowego zasługiwały na danie im wiary;

3. art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 190 ust. 6 i 7 Pzp w zw. z art. 196 ust. 4 Pzp w zw. z art. 191 ust. 2 Pzp poprzez wybiórczą, sprzeczną z zasadami logiki i doświadczeniem życiowym ocenę materiału dowodowego, a w szczególności pominięcie następujących dowodów:

- Umowa nr (...)271.1.2018 wraz z Anekssem nr (...), pismem S. z dnia 21.11.2018 r. i załącznikami do tego pisma - dowód nr 1a przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.;

- Umowa nr (...)272.38.2018 wraz z Anekssem nr (...), pismem S. z dnia 17.09.2018 r. i załącznikami do pisma oraz pisma S. z dnia 16.10.2019 r. wraz z załącznikami - dowód nr 1b przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.

- Umowa nr AK.1.2018 wraz z Anekssem nr (...) oraz pismem S. z dnia 6.12.2018 r. wraz z załącznikami do tego pisma - dowód nr 1c przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r. - Umowa nr (...) wraz z Anekssem nr (...);

- Umowa nr (...) wraz z Aneksem nr (...) - dowód nr 1a przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- referencje wystawione przez zamawiających publicznych z inwestycji realizowanych w podobnym okresie i w podobnych okolicznościach w ramach innych zamówień realizowanych przez S. - dowód nr 2 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- informacja z dnia 17 stycznia 2019 r. oraz 7 marca 2019 r. dotyczące postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez gminę O. dowód nr 3 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- dowód nr 4 - (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) dokumentacja potwierdzająca zaangażowanie finansowe S. w realizację zamówienia na rzecz gminy O. i N. - dowód nr 4 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- oświadczenie H. z dnia 18.11.2019 r. - dowód nr 5 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.;
- umowy dostawy zawarte pomiędzy S. a H. na potrzeby realizowanych przez S. inwestycji na rzecz gmin O. i N. - dowód nr 6 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- schemat instalacji solarnej - dowód nr 7 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- korespondencja mailowa z dostawcą C. z okresu kwiecień 2019 i później - dowód nr 8 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- (zastrzeżony jako tajemnica przedsiębiorstwa) umowa najmu z dnia 27.08.2018 r. wraz z aneksem nr (...); umowa najmu z dnia 1 12.2018 r. wraz z aneksem nr (...); umowa najmu z dnia 1.12.2018 r. - dowód nr 9 przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- oświadczenie A.M. (...) Technika (...) z dnia 21.11.2019 r.- dowód nr 14a przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- oświadczenie EkoInstalHome A. M. Przedsiębiorstwo (...) z dnia 21.11 2019 r- dowód nr 14b przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- oświadczenie (...) M. S. -- dowód nr 14c przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- oświadczenie (...) Sp. z o.o. z dnia 21.11.2019 r. - dowód nr 14d przedłożony na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.
- artykuły prasowe wskazane przez S. w piśmie S. z dnia 17 września 2018 r. do Gminy P. oraz Gminy B., przedłożone na rozprawie w dniu 22 listopada 2019 r.,

co skutkowało pominięciem ustalenia braku możliwości pozyskania przez S. z przyczyn od niej niezależnych w III i IV kwartale 2018 roku kompletnych instalacji solarnych i nie poczynieniem przez Izbę jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie oraz błędnym ustaleniem stanu faktycznego niezbędnego dla dokonania oceny wystąpienia podstaw do wykluczenia Skarżącego z Postępowania, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji błędnym uznaniem, iż Skarżący dopuścił się rażącego niedbalstwa w zakresie wykonania zamówienia publicznego dla Gminy O. (ew. też takiego uznania w stosunku do realizacji Gminy N.);

4. art. 190 ust. 7 Pzp w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp (art. 229 oraz art. 233 § 1 k.p.c.) poprzez brak wszechstronnego rozważania zgromadzonego materiału dowodowego skutkującego ustaleniami stanu faktycznego sprzeczными z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego, w szczególności faktami przyznanymi w toku postępowania przez stronę postępowania oraz poprzez pominięcia ustalenia i wyjaśnienie istotnych dla sprawy okoliczności, czyli nie przeprowadzenie prawidłowego postępowania dowodowego poprzez:

a) arbitralne i dowolne przyjęcie, że oświadczenie Gminy O. odstąpieniu było skuteczne, w sytuacji gdy S. kwestionuje skuteczność rzekomego oświadczenia o odstąpieniu;

b) uznanie, że w okresie realizowania przez Skarżącego inwestycji na rzecz Gminy O. i Gminy N. nie doszło do nadzwyczajnej, niedającej się przewidzieć sytuacji rynkowej związanej z istotnym deficytem surowców stanowiących komponent wykorzystywany do produkcji elementów instalacji solarnych i fotowoltaicznych, co z kolei wpływało na powstanie niezależnych od dostawców Skarżącego jak i samego Skarżącego opóźnień w realizacji inwestycji na rzecz Gminy O. Gminy N., co zdaniem Izby miałyby wynikać z branżowych portali informacyjnych oraz branżowych publikatorów, podczas gdy okoliczność nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych zawirowań i trudności w dostępności surowców i materiałów mająca istotny negatywny wpływ na całą branżę była wykazana opinią na temat rozwoju rynku kolektorów słonecznych w Polsce w III i IV kwartale 2018 roku wydaną przez Stowarzyszenie (...) z dnia 14.11.2019 r. oraz opinią (...) Stowarzyszenia (...) z dnia 14.11.2019 r.

c) uznanie, że w okresie realizacji inwestycji na rzecz Gminy O. i Gminy N. nie wystąpiły okoliczności nieprzewidywalne i nadzwyczajne związane z deficytami surowców wykorzystywanych do produkcji instalacji solarnych i fotowoltaicznych, podczas gdy okoliczności te zaistniały i stanowiły podstawę zmiany terminów umownych wykonania innych inwestycji realizowanych przez Skarżącego w ramach udzielonych mu zamówień publicznych w terminie zbliżonym do terminu realizacji inwestycji na rzecz Gminy O. i Gminy N.;

d) uznanie, że Skarżący w toku realizacji inwestycji na rzecz Gminy O. zachowywał się biernie, tj. nie podejmował realnych działań zmierzających do wykonania zobowiązania, co doprowadzić miało do odstąpienia od umów z winy Skarżącego, podczas gdy Skarżący podejmował faktyczne działania nakierowane na niezwłoczne przystąpienie do realizacji umów na rzecz Gminy O., w tym nabywał materiały, zmienił dostawcę paneli fotowoltaicznych w celu przyspieszenia dostaw, poniósł wysokie koszty zaangażowania finansowego w przygotowania do realizacji inwestycji, a w momencie pozyskania wszystkich materiałów (tj. kompletnych instalacji solarnych i fotowoltaicznych), zgodnie z Umową, przystąpił do realizacji inwestycji w obiektywnie najwcześniejszym możliwym terminie, nie ponosząc winy za powstałe opóźnienie;

e) uznanie, że Skarżący przystąpił do faktycznej realizacji inwestycji na rzecz Gminy O. wyłącznie ze względu na złożenie przez Gminę O. oświadczenia o odstąpieniu, podczas gdy Skarżący przystąpił do faktycznej realizacji inwestycji w momencie pozyskania wszystkich kompletów instalacji solarnych i fotowoltaicznych, co, zgodnie z umowami zawartymi z Gminą O., dopiero uprawniało go do przystąpienia do realizacji montażu, a ze względu na początkowe przesłanie przez Gminę O. niepełnego oświadczenia o odstąpieniu

f) uznanie, że Skarżący nie informował Gminy O. o zaistniałych opóźnieniach, podczas gdy Skarżący informował na bieżąco Inspektora Nadzoru Inwestorskiego o problemach z dostawami oraz przyczynach tych problemów oraz podejmowanych działaniach u dostawców w celu uzyskania materiałów niezbędnych do realizacji inwestycji O., o przewidywanym terminie rozpoczęcia realizacji, które to informacje były na bieżąco przekazywane przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego do Gminy O.;

g) uznanie, że Skarżący nie wnosił do Gminy O. o zmianę terminów realizacji inwestycji, podczas gdy takie wnioski zostały złożone do Gminy O., lecz nie zostały zaakceptowane przez Gminę O., co w świetle zmienianych przez innych zamawiających publicznych terminów realizacji innych realizowanych przez Skarżącego inwestycji należy oceniać jako obciążającą Gminę O. okoliczność braku współdziałania ze Skarżącym;

h) braku ustalenia, że dostawca H. dostarczający instalacje solarne również został dotknięty problemami nadzwyczajnych i nieprzewidywalnych okoliczności związanych z dostawami komponentów służących do skompletowania pełnych instalacji solarnych, co jednoznacznie wynika z oświadczenia H. z dnia 18 listopada 2019 r. oraz jest potwierdzone w szeregu oświadczeń H. wystawionych w 2018 r., które zostały przedłożone przez Skarżącego w ramach innych zamówień publicznych;

h) uznanie, że dla niewykonania zamówienia kluczowe znaczenie miały problemy z dostępnością instalacji fotowoltaicznych, gdy tymczasem panele fotowoltaiczne stanowiły tylko część zamówienia realizowanego na rzecz Gminy O., a kluczowe dla braku możliwości jego realizacji były problemy z dostępnością kompletnych instalacji solarnych dostarczanych przez H., co zostało całkowicie pominięte przez Izbę;

5. art. 196 ust. 4 Pzp w zw. z art. 190 ust. 6 Pzp przez niewskazanie w treści uzasadnienia Wyroku wszystkich dowodów, na których Izba się oparła i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, a także przez niepodanie w uzasadnieniu Wyroku lub protokołach rozpraw, które dowody Izba pominięła (i z jakich przyczyn) oraz przemilczenie w uzasadnieniu Wyroku większości dowodów załączonych do pism procesowych Skarżącego - co negatywnie wpływa na możliwość przeprowadzenia prawidłowej kontroli instancyjnej zapadłego Wyroku;

6. art. 190 ust. 7 w zw. z art. 190 ust. 5 Pzp przez pominięcie i brak wszechstronnej oceny znaczenia ogłoszenia o zamówieniu, którego treść Izba z urzędu uwzględniła w trakcie orzekania (czemu dała wyraz w uzasadnieniu wyroku) - w zakresie braku w ogłoszeniu wskazania tzw. fakultatywnych przesłanek wykluczenia (z art. 25 ust. 5 Pzp), które znajdują zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

II. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj.:

1. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez błędną jego wykładnię i zastosowanie polegające na:

- uznaniu, iż S., wykonując umowę z gminą O. (i ew. z gm. N.) dopuściła się zawinionego, poważnego wykroczenia zawodowego, które podważa jej uczciwość pomimo, iż zwykle (a tym bardziej niezawinione) opóźnienie w wykonaniu umowy nie ma takiego charakteru, uznaniu (per facta concludentia, bowiem w uzasadnieniu wyroku takiej oceny w istocie nie przeprowadzono), że dla zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp zbędne jest wykazanie, iż niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia było skutkiem kwalifikowanej formy niedbalstwa, mimo że treść art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp wprost i jednoznacznie wskazuje na konieczność wystąpienia właśnie „niedbalstwa rażącego lub zamierzonego działania wykonawcy” co ma na celu odróżnienia tych kwalifikowanych stanów faktycznych od przypadków działania z wykonawców ze zwykłym lub lekkim niedbalstwem (culpa levis, culpa levissima);

- uznaniu, że wdanie się przez Skarżącego z zamawiającym publicznym - Gminą O. w spór sądowy (cywilny), którego przedmiotem jest prawidłowość i skuteczność odstąpienia przez tego zamawiającego od umowy, jest okolicznością pozbawioną znaczenia dla oceny przesłanek wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp oraz całkowite uchylenie się przez Izbę od oceny powoływanej przez Skarżącego argumentacji prawnej podważającej skuteczność złożonego przez Gminę O. oświadczenia o odstąpieniu, co miało istotne znaczenie wobec faktu, iż Skarżący deklarował gotowość wykonania zamówienia dla tej gminy w niewiele późniejszym terminie;

- uznaniu, że niezawinione problemy i komplikacje w toku realizacji jednego zamówienia i opóźnienie w jego wykonaniu, mają decydujące znaczenie dla oceny uczciwości i rzetelności Skarżącego jako wykonawcy na rynku zamówień publicznych, pomimo tego że Skarżący w ostatnich latach zrealizował z powodzeniem niemal sto innych zamówień (niejednokrotnie znacznie większych i skomplikowanych), co stanowi o naruszeniu reguły proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp;

- uznaniu, że okolicznością przemawiającą za brakiem uczciwości wykonawcy może być niewykazanie podjęcia działań zmierzających do zapobieżenia podobnym zdarzeniom w przyszłości, gdy tymczasem podjęcie działań naprawczych (a więc następczych w stosunku do historycznej inwestycji) nie stanowi przesłanki uzasadniającej zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a procedura samooczyszczenia (art. 24 ust. 8 Pzp) nie mogła mieć zastosowania na etapie poprzedzającym wydanie Wyroku przez Izbę, bowiem Skarżący konsekwentnie kwestionował zaistnienie przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, a ewentualne jej przeprowadzenie mogło (i powinno) mieć miejsce dopiero na etapie następującym po rozstrzygnięciu sprawy przez Izbę, czyli przesądzeniu, iż w stosunku do wykonawcy materializuje się ww. przesłanka wykluczenia;

2. art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 354, 355 § 1 i 2 k.c., art. 471 k.c. oraz 472 k.c. w zw. z art. 14 Pzp poprzez błędne uznanie, że S. w wyniku rażącego niedbalstwa nie wykonała umów z Gminą O. (i ew. z Gm. N.), podczas gdy S. nie ponosi winy za opóźnienia powstałe w trakcie wykonania ww. Umów z uwagi na fakt, że stanowiły one konsekwencje okoliczności, za które S. nie można przypisać odpowiedzialności, tym bardziej opóźnienia te nie były wynikiem rażącego niedbalstwa S., w sytuacji gdy prawidłowa i wszechstronna ocena materiału dowodowego winna prowadzić do wniosku, że S. działano co najmniej z zachowaniem należytej staranności, i w konsekwencji błędne uznanie, że zaktualizowały się przesłanki wykluczenia których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp;

3. art. 24 ust. 8 Pzp przez jego błędną wykładnię i niezastosowanie polegające na:

- uznaniu, że wykonawca, który kwestionuje zaistnienie w jego przypadku przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt Pzp i który wdał się w tym zakresie w spór z zamawiającym, jeszcze przed dokonaniem przez Izbę oceny dopuszczalności i zasadności jego wykluczenia powinien podejmować techniczne i organizacyjne działania naprawcze w celu zapobieżenia podobnym zdarzeniom na przyszłość;

- uznaniu, że w przypadku negatywnego rozstrzygnięcia (przyjęcia przez uprawniony organ, że zaistniała podstawa do zastosowania art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp) wykonawca nie powinien mieć możliwości przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności- gdy w świetle dyspozycji art. 24 ust. 8 Pzp zastosowanie tego przepisu i umożliwienie wykonawcy przeprowadzenie tzw. self-cleaningu jest obligatoryjne w przypadku stwierdzenia, iż zachodzi względem niego którakolwiek z przesłanek wykluczenia wskazana w tym przepisie (tj. m in. na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp).

W części dotyczącej sprawy o sygn. KIO 2029/19 skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, które miało istotny wpływ na wynik sprawy tj.:

1. art. 190 ust. 7 w zw. z art. 190 ust. 1 Pzp poprzez bezzasadne, arbitralne oraz sprzeczne z zasadami logiki doświadczenia życiowego uznanie przez Izbę, że:

- Skarżący twierdził, że istniały dwa certyfikaty o nr Z2 003057 0004 Rev. 00 mające dwie różne daty wystawienia tj. 27 lipca 2019 r. oraz 11 września 2019 r. (str. 51 in fine str. 52 uzasadnienia Wyroku), podczas gdy Skarżący nigdy nie twierdził, że istniały dwa certyfikaty o takim samym numerze, a wskazywał, że istnieje tylko jeden certyfikat o nr Z2 003057 0004 Rev. 00 wydany w dniu 11 września 2019 r., natomiast Skarżący wskazywał jedynie, że tłumaczenie oryginalnego certyfikatu, na którym była wskazana błędna data jego wydania tj. 27 lipca 2019 r., odzwierciedlało dokładnie taką samą merytoryczną treść co oryginalny certyfikat z dnia 11 września 2019 r., a w konsekwencji jego treść odpowiadała rzeczywistości i nie mogła wywołać w świadomości Zamawiającego błędnego przekonania o rzeczywistości w zakresie aspektów wpływających na ocenę spełniania przez Skarżącego warunków udziału w postępowaniu;

- Skarżący na potrzeby potwierdzenia spełnienia przez oferowany Zamawiającemu moduł fotowoltaiczny (...) posłużył się przerobionym dokumentem, co prowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd (str. 52 uzasadnienia Wyroku), podczas gdy Skarżący nie posługiwał się przerobionym dokumentem, a tłumaczeniem oryginalnego nieprzerobionego certyfikatu nr Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 11 września 2019 r., które to tłumaczenie zawierało drobne omyłki nie mogące wywołać w świadomości Zamawiającego błędnego przekonania o rzeczywistości, bowiem treści tłumaczenia, którym się posłużył Skarżący była taka sama jak treść oryginalnego certyfikatu o nr Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 11 września 2019 r., a zatem wykazywała stan faktyczny odpowiadający rzeczywistości;

II. Naruszenie przepisu prawa materialnego, tj.:

1. art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez jego błędną wykładnię i zastosowanie będące skutkiem przyjęcia, że:

- dla zastosowania tych przepisów wystarczające jest stwierdzenie, że dokumentacja przekazana przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zawiera jakąkolwiek wadliwość, nawet jeśli ma ona w istocie jedynie odtwórczy (np. wynikający z tłumaczenia), formalny (tj. niepowiązany z merytoryczną zawartością dokumentu) charakter i nie wpływa na prawidłowość złożonej oferty;

- Skarżący wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy przesłanka wprowadzenia Zamawiającego w błąd się nie spełniła, bowiem Zamawiający na żadnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie miał odmiennego od rzeczywistego wyobrażenia o rzeczywistym stanie faktycznym i o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Skarżącego,

W oparciu o powyższe zarzuty, skarżący wniósł o:

- uwzględnienie skargi w całości poprzez orzeczenie co do istoty sprawy oraz

- na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 192 ust. 1 w zw. z art. 198f ust. 2 zd.3 Pzp zmianę Wyroku w zaskarżonej części przez: oddalenie odwołania z dnia 10 października 2019 r. wniesionego przez (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w C. w zakresie wszystkich zarzutów, tj. również oddalenie zarzutów nr 1 i 3 według numeracji przyjętej w uzasadnieniu Wyroku (sygn. KIO 2025/19) oraz oddalenie odwołania z dnia 10 października 2019 r. wniesionego przez (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. w zakresie wszystkich zarzutów, tj. również oddalenie zarzutów nr 5 i 6 według numeracji przyjętej w uzasadnieniu Wyroku (sygn. KIO 2029/19), i w konsekwencji orzeczenia o kosztach postępowania odwoławczego według jego wyniku, tj. zmianę Wyroku przez obciążenie Odwołujących kosztami postępowania i zasądzenie na rzecz S. kwoty 3600 zł. od (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w C. i kwoty 3600 zł. od (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W.,

ewentualnie (w zakresie sprawy o sygn. KIO 2025/19), na wypadek, gdyby Sąd podzielił stanowisko Izby w przedmiocie zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp względem Skarżącej:

- na podstawie art. 198f ust. 2 zd. 2 w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 3 Pzp zmianę Wyroku w zaskarżonej części poprzez nakazanie Zamawiającemu wezwanie Skarżącego do przedstawienia dowodów na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności (tj. do zastosowania procedury z art. 24 ust. 8 Pzp - tzw. self-cleaning);

ewentualnie (w zakresie spraw o sygn. KIO 2025/19 oraz KIO 2029/19) na wypadek, gdyby przed wydaniem przez Sąd wyroku umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta

- na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 3) w zw. z art. 198f ust. 2 zdanie Pzp zmianę Wyroku w zaskarżonym zakresie przez oddalenie odwołań oraz stwierdzenie naruszenia przepisów Pzp 190 ust. 1, 190 ust. 5-7 Pzp, 196 ust. 4 Pzp, 24 ust. 5 pkt 2 Pzp, 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp, art. 354, 355 § 1 i 2 k.c., art. 471 k.c. oraz 472 k.c. w związku z wykluczeniem Skarżącego z Postępowania oraz odrzuceniem jego oferty.

Skarżący wniósł także o zasądzenie (w zakresie sprawy o sygn. KIO 2025/19) od spółki (...) S A. z siedzibą w C. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym wedle norm przewidzianych; (w zakresie sprawy o sygn. KIO 2029/19) od spółki (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. na rzecz (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym wedle norm przewidzianych.

Odpowiedź na skargę złożył jej przeciwnik (...) Spółka Akcyjna w C.. Wniósł o oddalenie skargi oraz o zasądzenie w zakresie sprawy KIO 2025/19 kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego od skarżącego na rzecz odwołującego według norm prawem przepisanych.

Przeciwnik skargi (...) sp. z o.o. Spółka Komandytowa w W. wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów.

Zamawiający nie zajęli stanowiska merytorycznego w sprawie.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga nie zasługiwała na uwzględnienie.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów skargi sprawie o sygn. akt KIO 2025/19 wskazać należy, że Sąd Okręgowy podziela przyjęte za podstawę rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą fakty, nie znajdując podstaw do podzielenia podniesionego w skardze zarzutu naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. Nawet jeśli uzasadnienie zaskarżonego wyroku nie odnosi się z osobna do wszystkich przedstawionych przez skarżącego wniosków dowodowych, to nie oznacza to dokonania wadliwej oceny dowodów i w żaden sposób nie utrudnia przeprowadzenia kontroli instancyjnej.

Istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest to, że - jak wykazał zebrany w sprawie materiał dowodowy - skarżący w dniu 10 września 2018 roku zawarł dwie umowy z Gminą O., których przedmiotem była: 1. budowa mikro instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych (31 instalacji); 2. budowa instalacji mikro instalacji fotowoltaicznych i kolektorów słonecznych – instalacje mieszane (11 zestawów). Termin wykonania tych umów przypadał na 23 listopada 2018 roku. W dniu 14 listopada 2018 roku Gmina O. skierowała do skarżącego pismo ponagląjące, z którego wynika, że do tego dnia nie przystąpiono do realizacji prac. W odpowiedzi na to pismo – pismem z dnia 22 listopada 2018 roku (przeddzień upływu terminu zakończenia prac) – skarżący wnioskował o zmianę terminu wykonania umów do dnia 30 stycznia 2019 roku, z powołaniem się na opóźnienie w dostawie materiałów oraz komponentów, w szczególności powoływał się na brak ich dostępności po stronie dystrybutora tj. firmy (...) Sp. z o.o., jak również wskazywał na zawirowania w gospodarce światowej. Zapewniał przy tym, że w trakcie realizacji przedmiotu umów wykazał się należyłą starannością i determinacją w podjęciu wszelkich sił i środków, mających na celu terminowe wykonanie prac, których – jak wskazywał – wskutek zdarzeń zewnętrznych i niezależnych od siebie nie ma możliwości zakończenia w pierwotnie oznaczonym terminie. W odpowiedzi na to pismo – pismem z dnia 26 listopada 2018 roku – Gmina O. wezwała skarżącego do złożenia - do dnia 28 listopada 2018 roku - wszelkich dokumentów potwierdzających to, że zamawiając materiały i komponenty niezbędne do wykonania przedmiotu obydwu umów skarżący zrobił to w odpowiednim, wynikającym z profesjonalnego charakteru prowadzonej działalności, terminie. W odpowiedzi (pismo z dnia 5 grudnia 2018 roku) skarżący przedstawił złożone do dostawców zamówienia, które jego zdaniem potwierdzały podjęcie wszelkich faktycznych czynności związanych z przystąpieniem do wykonywania prac. Załączone do tego pisma dokumenty - w zakresie istotnych elementów z punktu widzenia wykonania zamówienia – zawierały potwierdzenie złożonych zamówień do producenta kolektorów solarnych firmy (...) i producenta i dostawcy instalacji fotowoltaicznych tj. firmy (...) – bet. Wynika z nich, że zamówienie do H. (kolektory solarne) zostało złożone 22 października 2018 roku, zaś zamówienie do (...) (panele fotowoltaiczne) w dniu 26 listopada 2018 roku. Zaznaczyć należy, że termin zakończenia prac przypadał na 23 listopada 2018 roku, a ich rozpoczęcie miało nastąpić w dniu 5 listopada 2018 roku. W dniu 5 grudnia 2018 roku Gmina O. skierowała do skarżącego oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Poza sporem jest przy tym, że dopiero 7 grudnia 2018 roku skarżący podjął próbę dokonania znikomych czynności w terenie, co miało miejsce już po złożeniu oświadczenia o odstąpieniu od umowy.

Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. W świetle tego przepisu wykluczeniu podlega wykonawca, który naruszył poważnie oraz w sposób zawiniony obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Podstawą wykluczenia jest więc stwierdzenie, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w określonym czasie przed wszczęciem postępowania naruszył w sposób zawiniony obowiązki zawodowe. W swoim orzecznictwie Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (por. wyrok z dnia 13 grudnia 2012 r., C-465/11) (...) S.A. i (...) sp. z o.o. v. Poczta Polska S.A) wyjaśnił, że pojęcie „poważnego wykroczenia” należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się ono zwykle do zachowania danego wykonawcy wykazującego zamiar uchybienia lub stosunkowo poważne niedbalstwo z jego strony. Ustawodawca podał jako jeden z przypadków wypełniających

przesłankę wykluczenia ze względu na zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych sytuację, w której wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie w wyniku działania zamierzonego lub rażącego niedbalstwa. W zakres poważnego naruszenia obowiązków zawodowych wchodzi więc niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, którego źródłem jest umowa, w szczególności umowa w sprawie zamówienia publicznego. W celu uznania, że zachodzi wskazana okoliczność uprawniająca do wykluczenia wykonawcy, zamawiający powinien więc wykazać łącznie, że: wykonawca nie wykonał zamówienia lub wykonał je nienależycie oraz, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest wynikiem działania zamierzonego (wina umyślna) lub działania dotkniętego rażącym niedbalstwem. Niedbalstwo polega na niedołożeniu wymaganej w stosunkach danego rodzaju staranności niezbędnej dla uniknięcia skutku, którego sprawca nie chciał wywołać. W zamówieniach publicznych mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym, stąd też wymagana jest staranność uwzględniająca zawodowy charakter działania wykonawcy (art. 355 § 2 k.c.). Przy ocenie, czy wykonawca dopuścił się niedbalstwa rażącego, należy wziąć pod uwagę zarówno profesjonalny charakter wykonywanych przez niego czynności, typ stosunków łączących strony, jak i konkretne okoliczności.

Przedstawiając w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą wskazane powyżej fakty przeciwnik skargi (...) S.A. w C. w sposób wystarczający wykazał, że skarżący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności to, że w wyniku rażącego niedbalstwa nie wykonał zamówienia na rzecz gminy O.. Poza wszelkim sporem pozostaje bowiem to, że do upływu terminu zakończenia prac (23 listopada 2018 roku), skarżący do wykonania tych prac nawet nie przystąpił. Z samych zaś dokumentów, jakie skarżący dostarczył Gminie O., wynika, że nie dochował należytej staranności zamawiając istotne materiały i komponenty niezbędne do wykonania przedmiotu umów, skoro uczynił to na krótko przed rozpoczęciem terminu prac (co do kolektorów solarnych 22 października 2018 roku, a co do paneli fotowoltaicznych już po terminie zakończenia prac). Podkreślić przy tym należy, że umowy z Gminą O. zostały zawarte 10 września 2018 roku i co najmniej od tego czasu skarżący musiał liczyć się z obowiązkiem wykonania swoich zobowiązań i podejmować wszelkie czynności w celu ich realizacji.

Nie można przy tym podzielić podniesionego w skardze zarzutu naruszenia art. 190 ust. 1 Pzp w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp w zw. z art. 6 k.c. i art. 232 k.p.c. w zw. z art. 14 Pzp i przyjmować za skarżącym, że Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż to na skarżącym ciąży obowiązek udowodnienia zachowania należytej staranności przy realizacji umów z Gminą O.. Ciężar wykazania tej okoliczności spoczywał bowiem na przeciwniku skargi (...) S.A. w C., który z obowiązku tego w sposób należyty się wywiązał, przedstawiając stosowne i wystarczające na to dowody. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Izba wprost wskazała, że odwołujący (obecnie przeciwnik skargi) w prawidłowy sposób udowodnił zarzut, a jedynie przeciwdowody, jakie oferował skarżący, nie zasługiwały na uwzględnienie. Ocenę tę należy podzielić. Podnoszone przez skarżącego okoliczności i zarzuty, zarówno te w toku postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą jak również przed Sądem Okręgowym, nie stanowią wystarczającej podstawy do zakwestionowania wniosków płynących z dowodów, jakich dostarczył przeciwnik skargi.

Całokształt zebranego w sprawie materiału dowodowego i wszystkie jej okoliczności nie pozwalają na podzielenie stanowiska skarżącego, że przyczyną niewykonania umowy z Gminą O. były niezależne od skarżącego zawirowania czy kryzys (jak to utrzymywano w toku postępowania przed KIO) na rynku surowców, co skarżący starał się wykazywać w toku niniejszego postępowania. Przedstawione przez skarżącego dowody w postaci oświadczeń i wydruków – jako w gruncie rzeczy dokumenty prywatne – mogą stanowić jedynie dowód na to, że podpisane w nich osoby złożyły zawarte tam oświadczenia. Nie dowodzą one natomiast wskazywanej przez skarżącego tezy, tym bardziej, że nie sposób zakwestionować stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej wskazującego na to, że tak istotny kryzys na rynku surowców byłby kryzysem powszechnie odczuwalnym i zauważonym. Dokumentom tym zresztą przeczą przedstawione przez przeciwnika skargi dokumenty prywatne, a to uniemożliwia czynienie niewadliwych ustaleń faktycznych na podstawie tak zaoferowanych dowodów. Waler dowodowy złożony na tę okoliczność dokumentów obrazują choćby oświadczenia kontrahenta skarżącego - (...) Sp. z o.o. Sp. k, gdzie ta sama osoba, w przeciągu kilku dni, składa sprzeczne ze sobą oświadczenia w zależności od tego, do jakiego podmiotu są one kierowane i jaki jest cel ich złożenia. Tego typu dowody trudno przyjmować za miarodajne z punktu widzenia tak istotnej okoliczności.

Sąd Okręgowy nie kwestionuje przy tym tego, że na rynku krajowym istniało wzmożone zapotrzebowanie na komponenty konieczne do realizacji umów z Gminą O. ale od profesjonalisty, który podejmuje się określonego zobowiązania należy oczekiwać, że swoje potrzeby w tym względzie w sposób należyty zabezpieczy, zwłaszcza jeżeli decyduje się na zawarcie umowy i zobowiązuje przestrzegania jej warunków, w tym także terminu wykonania.

W ramach przystąpienia do przetargu organizowanego przez Gminę O. skarżący skierował w czerwcu i lipcu 2018 roku wystąpienie do H. (miał dostarczać kolektory solarne) oraz C. (miał dostarczać panele) w celu przygotowanie oferty. Z informacji obu tych kontrahentów skarżącego wynikało, że posiadają oni konieczne komponenty, z tym, że z pisma H. z 2 lipca 2018 roku wynika, że w celu zachowania ważności oferty cenowej wymagane jest potwierdzenie materiałowe otrzymane minimum 2 tygodnie przed terminem dostaw. Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący przyznał, że H. realizuje zamówienie dopiero po podpisaniu umowy. Poza sporem jest jednak, że umowa z H. została podpisana dopiero 5 grudnia 2018 roku, a zatem już po upływie terminu realizacji umów z Gminą O., który upłynął 23 listopada 2018 roku. Co prawda z dowodów przedstawionych przez skarżącego wynika, że jeszcze 5 września 2018 roku skierowano do H. prośbę o przygotowanie umowy oraz że po raz pierwszy przesłano mailowo harmonogram w dniu 16 września 2018 roku, to jednak zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje podstaw do przyjmowania, by pomiędzy 16 września 2018 roku a 22 października 2018 roku (ponowne przesłanie harmonogramu) podjęto jakiegokolwiek kroki w celu realizacji zamówienia, przy świadomości skarżącego co do tego, że dla realizacji zamówienia konieczne jest zawarcie umowy z tym podmiotem. Trudno zatem nie podzielić stanowiska Izby co do tego, że skarżący w tym zakresie wykazał się biernością. Sam zaś skarżący pomimo twierdzeń w tym względzie nie pokazuje żadnych czynności, które w tym czasie przedsięwziął, aby zabezpieczyć realizację zamówienia, co do którego sam przyznaje, że było niewielkie, zwłaszcza, że powołuje się na trudności w dostępie do określonych komponentów, które jeżeli faktycznie występowały, to nakazywały podjęcie w tym celu środków, pozwalających na realizację umowy i dopiero wówczas, gdyby one okazały się nieskuteczne skarżący mógłby powoływać się na swoje niezawinione działanie. Tymczasem jakichkolwiek dowodów na podejmowanie tych czynności brak, co nie pozwala zakwestionować stanowiska Izby co do bierności skarżącego.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie daje również podstaw do czynienia ustaleń, by w kontaktach z C. tj. drugim kontrahentem mającym dostarczyć skarżącemu materiałów (paneli fotowoltaicznych) pomiędzy lipcem (przygotowanie oferty do przetargu) a 19 listopada 2018 roku podejmowane były jakiegokolwiek czynności mające na celu zabezpieczenie realizacji inwestycji. Skarżący przedłożył stany magazynowe C. z lipca i września 2018 roku i z wydruków tych wynika, że ilość modeli Modułu P. J. w magazynach oscylowała raczej w dolnych granicach dostępności. Mimo to dopiero 19 listopada 2018 roku (mail wysłany przez M. T.), czyli na kilka dni przed planowanym terminem zakończenia prac skarżący skierował zapytanie o ofertę do C., uzyskując odpowiedź o będących w magazynie 20 sztukach. Dopiero ta odpowiedź spowodowała, że skarżący podjął próbę pozyskania paneli od (...), co miało miejsce jednak dopiero w dniu 26 listopada 2018 roku, czyli już po tym, jak upłynął termin realizacji umowy z Gminą O..

Za nieprzekonywujące uznać należy stanowisko skarżącego, który usiłuje swoją bezczynność w zamówieniu paneli wiązać ze sposobem wykonania inwestycji i koniecznością jednoczesnego montowania kolektorów solarnych, których miał mu dostarczać H.. Nawet jeśli tak jest, to ukazuje to postawę skarżącego, który zwlekał do samego końca z zabezpieczeniem zamówienia paneli, przez co doprowadził do sytuacji, w której nie było już wystarczającej ich ilości, aby zrealizować zamówienie. Jest to o tyle istotne, że sam skarżący wskazuje na wysoki popyt na materiały a nawet kryzys, a mimo to ich zamówienie zostawił na ostatnią chwilę, co miało ten skutek, że nie był w stanie wykonać zamówienia.

Powyższe okoliczności w ocenie Sądu Okręgowego nie pozwalają na zakwestionowanie stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej co do tego, że skarżący wykonując umowy z Gminą O. dopuścił się zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych i jej niewykonania wskutek rażącego niedbalstwa. To zaś oznacza, że nie może być mowy o naruszeniu wskazanych w skardze przepisów prawa materialnego. Rażące niedbalstwo skarżącego polega, jak słusznie przyjęła Izba, na bezczynności i braku aktywności w czasie, który zapewniłby realizację umów w terminie. Skarżący w skardze wskazuje na podejmowanie wzmożonych wysiłków w celu realizacji zamówienia ale nie zauważa, że te wysiłki

- nawet, gdyby uznać je za wzmożone - podejmowane były w takim czasie, gdy już oczywistym było, że nie jest możliwe wykonanie umów w terminie. Nie przedstawił przy tym skarżący żadnych przekonujących argumentów, nie mówiąc już o dowodach, podejmowanych działań, by w okresie już po zawarciu umowy a przed terminem planowanego rozpoczęcia prac podejmował jakiegokolwiek wysiłki w celu terminowego zrealizowania umów. Brak jest dowodów, by pomiędzy 26 września 2018 roku a 22 października 2018 roku podejmowane były jakiegokolwiek działania w stosunku do H. oraz w okresie od lipca 2018 roku do 19 listopada 2018 roku do C., którzy byli dwoma głównymi dostawcami skarżącego. Na uwadze należy mieć przy tym to, że umowy z Gminą O. nie były zamówieniami dużymi a skarżący co najmniej od 10 września 2018 roku znał termin wykonania obu umów.

Ocena działania skarżącego w kontekście należytej staranności wymaga również zwrócenia uwagi na to, że skarżący nie podjął żadnej formalnej czynności, której celem byłoby powiadomienie zamawiającego o możliwych opóźnieniach w realizacji umów, choć na pewnym etapie doskonale sobie zdawał sprawę tego, że ich wykonanie w terminie nie nastąpi. Tej okoliczności również nie sposób pominąć przy ocenie zachowania skarżącego. Bez wątpienia sytuacja, w której skarżący nie powiadomił Gminy o zagrożeniu realizacji umowy choć wiedział, że nie ma szans na jej realizację podważa jego uczciwość i jest poważnym naruszeniem obowiązków zawodowych. Skarżący bronił się, że domagał się zmiany umowy ale zdaje się nie zauważać, że wniosek o zmianę skierował już po upływie okresu wykonania umów i to wyłącznie na skutek skierowania do niego wezwania przez Gminę O.. Nie ma przy tym większego znaczenia to, czy o zagrożeniu realizacji umowy wiedział inspektor nadzoru, skoro kontrahentem skarżącego była Gmina O. i to ją, jako lojalny kontrahent, powinien zawiadomić o przeszkodach w realizacji umowy, które skutkowały niemożnością jej wykonania. Raz jeszcze podkreślić należy, że skarżący w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej jest profesjonalistą i obowiązuje go wyższy miernik staranności a także znajomości prawa i skutków jakie niesienie za sobą niewykonanie umowy.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala również na podzielenie prezentowanej już przed Sądem Okręgowym tezy skarżącego, że to sytuacja nierzetelnego kontrahenta doprowadziła do zaistniałej sytuacji. Nie jest również tak, by pozwalał on na stwierdzenie, że niezrealizowanie umów z Gminą O. było wypadkowym niepowodzeniem inwestycyjnym, które nie powinno przekreślać udziału skarżącego w zamówieniu publicznym. Zebrany w sprawie materiał dowodowy wykazał bowiem, że w adekwatnym czasie skarżący nie podjął czynności, które zabezpieczyłyby realizację umowy i pozostawał w istocie bierny do czasu, aż oczywistym było, że nie jest w stanie wykonać umów. Nawet wówczas, gdy wiedział, że nie jest w stanie wywiązać się z umów nie powiadomił o tym kontrahenta w takiej formie, jakiej należy oczekiwać od profesjonalisty, czym utrzymywał go w przekonaniu, że realizacja umów jest niezagrożona.

Powyższej oceny nie zmienia przedłożona przez skarżącego na rozprawie apelacyjnej ugoda z Gminą O. z dnia 25 lutego 2020 roku i zawarte w niej oświadczenie obu stron tej ugody, iż wykonawca nie naruszył swoich obowiązków zawodowych, a powstała sytuacja była nie zawiniona przez żadną ze stron. Treść tego dokumentu nie ma wiążącego charakteru dla Sądu rozpoznającego niniejszą sprawę, które władny jest w ramach niniejszego postępowania dokonać samodzielnie oceny przyczyn niewykonania umowy z Gminą O.. Nie jest przy tym rolą Sądu Okręgowego ustalenie przyczyny, dla której Gmina O. złożyła tej treści oświadczenie, które pozostaje w sprzeczności z jej wcześniejszym stanowiskiem. Wskazać jedynie należy, że motywy te mogą mieć różne podłoże, jeżeli zwróci się uwagę na to, że w treści ugody jest mowa o umowie darowizny z dnia 21 lutego 2020 roku, która miała regulować sporne kwestie, a której nie dołączono i jej treść pozostaje nieznana.

Nie sposób również podzielić podniesionego w skardze zarzutu naruszenia art. 24 ust. 8 Pzp, zgodnie z którym wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym,

orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu.

Procedura self-cleaningu, o której mowa w tym przepisie, daje możliwość wykazania przez wykonawcę w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego swojej rzetelności mimo zaistnienia wobec niego podstaw wykluczenia. Trudno w okolicznościach niniejszej sprawy jest mówić o przedstawieniu przez skarżącego dowodów na wykazanie swojej rzetelności jeżeli na etapie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą skarżący w ogóle przeczył, by doszło, z przyczyn leżących po jego stronie, do niewykonania umowy. Samo tylko przedstawienie referencji i zrealizowanych wcześniej umów nie jest wystarczające. Konieczne jest bowiem wykazanie podjęcia środków, które – pomimo stwierdzenia podstaw do wykluczenia – pozwolą na pozytywną prognozę rzetelności w kontekście postawy wyłączenia.

W postępowaniu odwoławczym skarżący przedłożył co prawda ugode ale po pierwsze, z jej treści nie wynika, by była ona formą naprawienia szkody, a po drugie, nie wiadomo czy i w jaki sposób ostatecznie do tego doszło, skoro nie przedłożono umowy darowizny, do której odwołuje się ta ugoda. Akt darowizny co do zasady nie jest formą naprawienia szkody ale formą szczodrobliwości darczyńcy. Podkreślić przy tym należy, że instytucja możliwości wykluczenia z przetargu przewidziana została w celu ochrony zamawiających prowadzących przetargi i wyeliminowania z niej podmiotu, co do którego zachodzą wątpliwości co do rzetelności. Z tego względu oświadczenie podmiotu, względem którego nastąpiło niewykonanie umowy nie może mieć przesądzającego znaczenia. W istocie bowiem chodzi o ochronę szerszego interesu publicznego, a rolą podmiotu, który chce skorzystać z self-cleaningu jest podjęcie środków, które są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Treść ugody, w której neguje się odpowiedzialność za niewykonanie umowy a jednocześnie podmiot, który tej umowy nie wykonał czyni bliżej nieokreśloną darowizną może budzić wątpliwości co do rzeczywistych motywów jej zawarcia. Skarżący jednocześnie nie wyjaśnia kryjących się za tą formą wątpliwości, a przeciż powinien dostarczyć motywów i dowodów, które usuwałyby jakiegokolwiek podejrzenia co do jego rzetelności.

Za nieuzasadniony uznać należało również zarzut naruszenia art. 24 ust. 6 P.z.p. Zgodnie z tym przepisem jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust. 5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Użycie w treści tego przepisu słowa „lub” sprzeciwia się takiej interpretacji, iż wskazanie podstawy wykluczenia powinno nastąpić zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji. Wskazać również należy, że pomiędzy słowami „w ogłoszeniu o zamówieniu” a „w specyfikacji” znajduje się wyłącznie przecinek, nie zaś spójnik „i” bądź „oraz”, który wskazywałby na koniunkcję. Również wykładnia celowościowa sprzeciwia się interpretacji wskazywanej przez skarżącego. W istocie bowiem wskazanie podstawy wykluczenia ma za zadanie zwrócić uwagę potencjalnego wykonawcy na istnienie tego zastrzeżenia, co jest wystarczające jeżeli zostanie zamieszczone w specyfikacji.

Nie zasługiwała również na uwzględnienie skarga w zakresie dotyczącym sprawy o sygn. akt KIO 2029/19 i uwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania (...) sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w W. w zakresie zarzutów 5 i 6 i nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wykluczenie z postępowania wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Sąd Okręgowy w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą leżące u podstaw tego rozstrzygnięcia, jak również dokonaną przez Izbę ocenę prawną.

Wbrew zarzutom skargi zebrany w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na podzielenie wniosku skarżącego, iż pismem z dnia 13 września 2019 roku skarżący przedłożył tłumaczenie istniejącego certyfikatu z dnia 11 września 2019 roku, które zawierało omyłki.

Wezwanie zamawiającego z dnia 2 września 2019 roku nie pozostawia wątpliwości co do tego, że skarżący miał przedłożyć certyfikat potwierdzający zgodność modułu PV z normą PN-EN 61215 lub PN-EN 61646 lub normami równoważnymi, wydany przed jednostką oceniającą zgodność, zgodnie z art. 30b ust. 1 Pzp. W odpowiedzi na to wezwanie skarżący w punkcie 12 swojego pisma oświadczył, że przedkłada certyfikat modułu PV. W istocie złożył dwa

certyfikaty: Nr Z2 003057 0003 Rev. 00 z dnia 24 kwietnia 2019 roku oraz Nr Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 26 lipca 2019 roku. Co do pierwszego z tych certyfikatów, to - wbrew twierdzeniom skarżącego - nie potwierdzał on zgodności modułu ze wskazanymi normami, co wprost wynika z jego treści, a czego dowodem jest również to, że sam skarżący oprócz tego certyfikatu złożył drugi certyfikat.

Co zaś się tyczy tego drugiego dokumentu i twierdzenia skarżącego, że jest to wyłącznie tłumaczenie certyfikatu pochodzącego z innej daty, które zawiera jedynie „drobne” nieścisłości, to przede wszystkim zauważyć należy, że z treści tego dokumentu wcale nie wynika, by był on tłumaczeniem z języka obcego. Również sam skarżący składając ten dokument w postępowaniu o zamówienie publiczne nie oświadczył, że nie składa certyfikatu, a wyłącznie jego tłumaczenie. Trudno przy tym uznać za przekonywujące stanowisko, iż w istocie jest to tłumaczenie, jeżeli weźmie się pod uwagę nie tylko brak cech na to wskazujących ale również weryfikujący kod kreskowy widniejący na tym dokumencie, który kieruje do certyfikatu Nr Z2 003057 0003 Rev. 00 z dnia 24 kwietnia 2019 roku, czego zresztą sam skarżący nie kwestionuje. Nie jest przy tym rolą niniejszego postępowania ustalenie, w jaki sposób doszło do powstania dwóch certyfikatów o tym samym numerze z różnymi datami, co w świetle ustaleń Krajowej Izby Odwoławczej nie jest zgodne z procedurą certyfikacji, ale stwierdzenie tego, czy dokument, jaki złożył skarżący na wezwanie zamawiającego, potwierdzał zgodność modułu PV z normą, o którą mowa w wezwaniu zamawiającego (lub normami równorzędnymi). Treść dokumentu złożonego przez skarżącego na wezwanie zamawiającego takiego potwierdzenia nie stanowi, co poniekąd sam skarżący potwierdza poprzez złożenie kolejnego certyfikatu z późniejszej daty.

Obowiązek przedstawienia właściwego certyfikatu istniał w chwili wezwania przez zamawiającego i dokument potwierdzający spełnienie norm winien był zamawiającemu przedłożony na tamtym etapie postępowania. Z tego względu składane później, w tym także w toku postępowania przed Sądem Okręgowym, oświadczenia, które miałyby wskazywać na spełnienie przez moduł PV norm wskazanych przez zamawiającego nie może mieć znaczenia dla rozpoznania sprawy. Słusznie bowiem przeciwnik skargi (...) Grup wskazuje na sformalizowany przebieg postępowania o zamówienie publiczne i ocenę złożonej oferty w oparciu o dokumenty, które są dostarczane zamawiającemu.

Mając na uwadze powyższe za nieuzasadniony uznać należy zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów; 17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Przedstawienie przez skarżącego na wezwanie zamawiającego dokumentu, który nie potwierdza spełnienia norm, określonych w SIWZ, należy bez wątpienia uznać za wprowadzające w błąd. Zgodnie z art. 355 § 1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności (§ 2). Bez wątpienia wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego należy traktować jak profesjonalistę, którego cechuje wyższy miernik staranności. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, a także oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Składając certyfikat Nr Z2 003057 0003 Rev. 00, którego treść nie potwierdza warunku spełnienia norm, które wskazał zamawiający oraz certyfikat Nr Z2 003057 0004 Rev. 00 z dnia 24 kwietnia 2019 roku, którego weryfikujący kod kreskowy w rzeczywistości kieruje do tego pierwszego certyfikatu skarżący wprowadził zamawiającego w błąd. Przedstawił bowiem dokumenty, które mimo swojej treści nie stanowiły potwierdzenia istotnej z punktu widzenia zamówienia okoliczności.

W żaden sposób nie można podzielić twierdzeń skargi, iż w sytuacji tej nie dochodzi do stworzenia odmiennego od rzeczywistego wyobrażenia o rzeczywistym stanie faktycznym. Jeżeli nawet – jak obecnie twierdzi skarżący – przedstawił certyfikat Nr Z2 003057 0004 Rev. 00 w formie, która stanowi niedokładne tłumaczenie innego certyfikatu, to bez wątpienia ponosi odpowiedzialność za złożenie takiego wadliwego dokumentu, którego treści co najmniej nie zweryfikował, nie mówiąc już o tym, że przedstawiony przez niego dokument – poprzez kod weryfikacyjny – odsyła do zupełnie innego certyfikatu.

Sąd Okręgowy pominął zgłaszane w postępowaniu apelacyjnym wnioski dowodowe, poza tymi, których możliwość powołania wcześniej nie istniała, co dotyczy ugody zawartej z Gminą O. i umowy zawartej z I., mając na względzie to, że nie było przeszkód, aby wnioski te złożyć w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą (art. 381 k.p.c.). W szczególności skarżący nie był w stanie racjonalnie wyjaśnić przyczyn, dla których wnioski te nie były wcześniej zgłoszone. Jego wyjaśnienie, że w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą nie prowadzi się dowodów z zeznań świadków i przesłuchania stron pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią art. 190 ust. 3 Pzp. W ocenie Sądu Okręgowego zebrany w sprawie materiał dowodowy był wystarczający dla rozpoznania niniejszej sprawy.

Oddaleniu uległy wnioski dowodowe przeciwnika skargi (...) S.A. złożone w toku postępowania apelacyjnego (za wyjątkiem dowodu z umowy z dnia 11 marca 2020 roku) jako nie mające znaczenia dla rozpoznania sprawy, co w szczególności dotyczy wniosku o zobowiązanie skarżącego do dołączenia umowy darowizny z Gminą O.. Nie rolą Sądu ani przeciwnika skargi było dowodzenie okoliczności, które uprawniałyby skarżącego ze skorzystania z instytucji self-cleaningu. Co zaś się tyczy samej ugody, to - jak już wskazano wcześniej – jej zawarcie nie prowadzi do niemożności ustalenia rzeczywistej przyczyny niewykonania umów z Gminą O..

Mając na względzie powyższe okoliczności skarga jako nieuzasadniona podlegała oddaleniu na podstawie art. 198f ust. 2 Prawa zamówień publicznych.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 198f ust. 5 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 98 k.p.c. w zw. z art. 391 par. 1 k.p.c. w zw. z art. 198a ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Na należne przeciwnikom skargi koszty złożyła się kwota po 1800 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, obliczona na podstawie § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 15 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych w zw. § 3 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Artykuł 198f ust. 5 p.z.p. określa zasadę orzekania o kosztach postępowania w sprawach ze skargi na orzeczenie izby, wprowadzając jako wyłączną regułę odpowiedzialności za wynik postępowania. Zgodnie z treścią art. 198a ust. 2 p.z.p. do postępowania ze skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej stosuje się odpowiednio przepisy kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, jeżeli przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Sąd Okręgowy orzekał więc jako sąd drugiej instancji. W takim wypadku bez wątpienia do wynagrodzenia pełnomocnika znajduje zastosowanie § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych. Zgodnie z tym przepisem stawki minimalne za prowadzenie sprawy w postępowaniu apelacyjnym wynoszą przed sądem okręgowym - 50 % stawki minimalnej, a jeżeli w pierwszej instancji nie prowadził sprawy ten sam radca prawny 75 % stawki minimalnej, w obu przypadkach nie mniej niż 120 zł. Przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 5 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity – Dz. U. z 2018 roku, poz. 972) określają wysokość stawki wynagrodzenia pełnomocników na kwotę nie wyższą niż 3600 zł (§ 3 pkt 2 lit a). Jeżeli Sąd Okręgowy orzekał jako sąd drugiej instancji od orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przy odrębnej regulacji wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu przed tą Izbą, to ta regulacja winna stanowić podstawę dla określenia wysokości wynagrodzenia pełnomocnika w postępowaniu ze skargi na orzeczenie KIO. Bez wątpienia bowiem § 10 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia w sprawie opłat za czynności radców prawnych wiąże wysokość wynagrodzenia pełnomocnika z tym, jakie obowiązywało w pierwszej instancji, ograniczając jego wysokość do 50 %, a gdy jeżeli w pierwszej instancji nie prowadził sprawy ten sam radca prawny 75 % stawki minimalnej w

tym postępowaniu. Ponieważ w postępowaniu przed KIO (pierwszo-instancyjnym) obowiązywała stawka 3600 zł, to należne wynagrodzenie pełnomocników przeciwników skargi wynosi 50 % tej stawki, czyli 1800 zł.

SSO Zbigniew Zgud SSO Jarosław Tyrpa SSO Liliana Kaltenbek