Sygn. akt: KIO 541/19

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Agata Mikołajczyk

Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego** w Rzeszowie, ul. Moniuszki 10 (35-015 Rzeszów), **M. M.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia Archeologiczna M. M. w Rzeszowie, ul. Langiewicza 25/11 (35-021 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie**, ul. Legionów 20 (35-959 Rzeszów)

orzeka:

1Oddala odwołanie.

2Kosztami postępowania obciąża Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie, M. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Pracownia Archeologiczna M. M. w Rzeszowie i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie oraz M. M. (Pracownia Archeologiczna M. M. w Rzeszowie) tytułem wpisu od odwołania;

2.2zasądza od Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego w Rzeszowie, M. M. (Pracownia Archeologiczna M. M. w Rzeszowie) na rzecz Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) 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:……

Członkowie: .....

.....

Sygn. akt: KIO 541/19

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego GDDKiA Oddział w Rzeszowie, na zawarcie umowy ramowej na *badania archeologiczne na terenie inwestycji drogowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie wraz z opracowaniem wyników badań* (nr postępowania: O.RZ.D-3.2413.25.2018), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.10.2018 r., 2018/S 199-451421, wobec czynności polegającej na wykluczeniu z postępowania, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego oraz M. M. (dalej jako Odwołujący), wnieśli w dniu 28 marca 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 541/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp poprzez wykluczenie z postepowania Odwołującego pomimo niezaistnienia okoliczności przewidzianych w tym przepisie;

2)art. 26 ust. 3 Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w tym poprzez brak wezwania w sposób uniemożliwiający ich faktyczne uzupełnienie – treść jedynego otrzymanego przez Wykonawcę pisma (przesłanego w ocenie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp) była nieprecyzyjna i niekonkretna, co uniemożliwiło Wykonawcy jego faktyczną realizację;

z ostrożności

3)art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez nieprzeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, która wymagała między innymi, lecz nie wyłącznie: kierowania wezwań do Wykonawców sformułowanych w sposób prosty i konkretny, umożliwiający ich realizację oraz przeprowadzenia procedury wyjaśniającej mającej na celu ustalenie, czy wezwanie do przedłożenia dokumentów zostało przez Wykonawcę faktycznie otrzymane;

4)art. 14 ust. 1 Pzp w zw. z art. 61 k.c. poprzez uznanie za skutecznie doręczoną korespondencję wystosowaną do Wykonawcy w dniu 15 lutego 2015 r. drogą elektroniczną;

5)art. 36 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z pkt 12 SIWZ poprzez odstąpienie od narzuconego przez Zamawiającego modelu komunikacji, co objawiło się brakiem weryfikacji faktu otrzymania korespondencji;

6)art. 26 ust. 6 Pzp w zw. z art. 21a w zw. z art. 15 i 17 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym poprzez uznanie okoliczności niekaralności osób zasiadających w Radzie Fundacji za niewykazaną w sytuacji, w której Zamawiający ww. fakt mógł z łatwością ustalić w oparciu o treść bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, tj. odpisu z KRS;

7)art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, w której Zamawiający posiadał wiedzę o niedoręczeniu poprzedniego wezwania Wykonawcy;

8)art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez brak sformułowania uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty w sposób pozwalający na weryfikację prawidłowości tej decyzji. Zamawiający posiadał wiedzę o nieotrzymaniu pierwotnego wezwania przez Wykonawcę, jednak w treści uzasadnienia całkowicie pominął prowadzone z nim rozmowy oraz decyzję co do ponownej przesyłki „zagubionego" dokumentu, tym razem w trybie uzupełnień.
9)Art. 24 ust. 1 pkt 14 Pzp poprzez uznanie, iż Rada Fundacji stanowi organ nadzoru w rozumieniu ww. przepisów, li tylko po nazwie organu, pomimo iż na ww. okoliczności nie przeprowadzono żadnego postępowania wyjaśniającego, a kompetencje rad fundacji nie wynikają wprost z ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia informacji z KRK dla członków Rady Fundacji i dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający poinformował Odwołującego o okolicznościach stanowiących podstawę do złożenia odwołania – o wykluczeniu z postępowania, w dniu 18 marca 2019 r. drogą mailową.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Uzasadnieniem do wykluczenia Odwołującego z postępowania był art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy i uznanie przez Zamawiającego, iż Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia, bez sprecyzowania jakich podstaw miał nie wykazać. Zamawiający w uzasadnieniu tej decyzji odniósł się do pisma z dnia 15 lutego 2019 r., w którym wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy. Zamawiający wskazał, iż Wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń i dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający pismem z dnia 4 marca 2019 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Wykonawcy, mi.in informacji z KRK „w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert". Wykonawca niezwłocznie w dniu 8 marca 2019 r. uzupełnił w oryginale/poświadczonych za zgodność z oryginałem kopiach wszystkie wskazane w piśmie oświadczenia i dokumenty. W ocenie Zamawiającego wśród złożonych dokumentów brakowało informacji z KRK dla osób zasiadających w Radzie Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego, tj. informacji dotyczącej Pana A. P., Pani M. P.-B., Pana M. P., Pana A. R. oraz Pana T. B. Na tej podstawie Wykonawca został wykluczony z postępowania, a oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Odwołujący wskazał na okoliczności, których Zamawiający nie uwzględnił, tj. brak otrzymania pisma z 15 lutego 2019 r., o czym informował Zamawiającego podczas rozmowy wnosząc o ponowne przesłanie pisma. Zamawiający nie otrzymał potwierdzenia odbioru wiadomości, do czego był zobligowany zgodnie z pkt 12.2 siwz. Wezwania kierowane do Wykonawcy nie dotyczyły informacji z KRK dla wskazanych osób, jak również KRK dotyczącej Rady Fundacji, stąd nie można uznać, aby wyczerpana została procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający nie zweryfikował, czy ujawniony w Rejestrze Przedsiębiorców organ Fundacji nazwany „Radą" stanowi faktycznie organ nadzoru w rozumieniu powołanych przepisów.

Odwołujący zaprzecza, aby otrzymał pismo z 15 lutego 2019 r. zawierające wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy do złożenia oświadczeń i dokumentów, ponadto do dnia wniesienia odwołania nie udało się zakończyć prowadzonego postępowania wyjaśniającego (reklamacyjnego) u dostawcy poczty elektronicznej, które potwierdziłoby fakt niedoręczenia spornej przesyłki. Wezwanie takie nie zostało odnotowane ani w folderze skrzynki odbiorczej, ani w folderze SPAM/kosz. Wykonawca poinformował niezwłocznie, po powzięciu informacji, telefonicznie Zamawiającego o tym fakcie, co nastąpiło już po upływie zakreślonego w wezwaniu terminu do złożenia dokumentów. Dopiero odpowiadając na pismo z dnia 4 marca 2019 r. Wykonawca przesłał w dniu 8 marca 2019 r. komplet informacji. Zamawiający potraktował pismo z 4 marca 2019 r., jako „ponowne wezwanie" do złożenia oświadczeń i dokumentów, z czym Odwołujący się nie zgadza. W ocenie Odwołującego Zamawiający wykluczył go z postępowania bez umożliwienia uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy.

Z ostrożności, gdyby uznać, iż pismo z dnia 15 lutego 2019 r. zostało doręczone (czemu Odwołujący nadal zaprzecza), nie byłoby możliwe uznanie, iż Zamawiający wyczerpał procedurą określoną w art. 26 ust. 3 Ustawy. Wezwanie z 4 marca 2019 r. było bowiem nieprecyzyjne i wskazywało na obowiązek przedłożenia KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy. Zamawiający nie wskazał jakie konkretne braki wystąpiły i w jaki sposób powinny być uzupełnione. Nie było wystarczającym wskazanie w wezwaniu na podstawę prawną i należało wyjaśnić Wykonawcy, jakiego dokumentu brakuje i dlaczego (wyrok KIO z 9.01.2017 r., sygn. akt KIO 2437/16, wyrok KIO z 8.03.2017 r. sygn. akt KIO 366/17).

Odwołujący przedłożył informację o podmiocie zbiorowym – Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego, informacje dot. osób, tj. urzędujących członków zarządu Fundacji (D. B., J. B.) oraz informację dotyczącą współkonsorcjanta – M. M.

Fundacja nie ma organu nadzorczego, identycznego jak w spółkach kapitałowych. Powołana w Fundacji Rada jest organem fakultatywnym, a jej uprawnienia i kompetencje są inne, niż u „klasycznych" wykonawców działających w formie spółek kapitałowych. Jej kompetencje nie wynikają z ustawy, a z odpisu KRS wynika, iż Rada Fundacji do 08.12.2011 r. nazywana była „Radą Fundatorów", bardziej przypominającą „walne zgromadzenie", gdyż nie było i nie ma w Fundacji innego organu, który pełniłby funkcje „właścicielskie".

Ponadto, Odwołujący wskazał na brak przestrzegania ustalonych w postępowaniu reguł komunikacji i żądania potwierdzenia/potwierdzania otrzymanych wiadomości (pkt 12.2 siwz), co godziło w zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z najdalej posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie był uprawniony do wezwania o złożenie zaświadczeń z KRK dla członków Rady Fundacji, których fakt niekaralności i jego aktualność potwierdza odpis z rejestru przedsiębiorców, dostępny na stronie WWW.ekrs.ms.gov.pl. Dokonanie wpisu w KRS poprzedzone jest otrzymaniem z Biura Informatycznego KRK dla osób podlegających wpisowi lub wpisanych w dziale 2, 5 i 6- informacji o orzeczonych środkach karnych oraz o skazaniu za określone ustawą przestępstwa. Z uwagi na łączność pomiędzy systemami KRS i KRK należy zauważyć, iż jak wynika z treści wpisu, ostatniej weryfikacji niekaralności składu Rady, Sąd dokonał 28 czerwca 2018 r., a zatem na 6 miesięcy przed terminem składania ofert i weryfikacja ta przebiegła pozytywnie.

Negatywna weryfikacja w KRK nie pozwoliłaby na ujawnienie wnioskowanych zmian w składzie osobowym rady nadzorczej bądź też skutkowałaby wykreśleniem z urzędu wpisów już ujawnionych.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego. Ponieważ następstwem decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania było uznanie jego oferty za odrzuconą Wykonawca nie mógł zawrzeć umowy ramowej, a tym samym realizować w przyszłości zamówień wykonawczych, co wypełnia przesłanki określone w Ustawie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego, a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotem zamówienia jest zawarcie umowy ramowej na badania archeologiczne, na terenie inwestycji drogowych prowadzonych przez GDDKiA Oddział w Rzeszowie wraz z opracowaniem wyników badań.

Zamawiający w siwz – Tom I IDW, pkt 1 podając dane adresowe wskazał m.in. adres mailowy: sekretariat_rzeszow@gddkia.gov.pl. Następnie w pkt 12.1 Zamawiający ustalił formę komunikacji w postępowaniu: za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście, za pośrednictwem posłańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, z uwzględnieniem wymogów dotyczących formy ustanowionych w siwz. Zamawiający wyznaczył pracownika do kontaktowania się z Wykonawcami. W pkt 12.2. Zamawiający wskazał, że *Jeżeli Zamawiający lub Wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.*

Zamawiający przewidział w pkt 9.6 siwz (tom I) zastosowanie procedury odwróconej, o jakiej mowa w art. 24aa Ustawy. Dokumenty i oświadczenia potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy składane miały być na wezwanie Zamawiającego przez Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (pkt 9.4 i 9.7 siwz – tom I). Zgodnie z pkt 9.14 siwz (tom I), *Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego Wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. W przypadku nie złożenia przez Wykonawcę oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do wskazania miejsca z którego Zamawiający może uzyskać w/w oświadczenia lub dokumenty,* ***o ile są one aktualne*** *(pkt 9.15).*

Odwołujący w ofercie wskazał w pkt 13 formularza adres do korespondencji, którą należało kierować do Fundacji Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego na adres ul. Moniuszki 10, 35-015 Rzeszów; e-mail: froa@froa.pl.

Zamawiający mailem z dnia 14.01.2019 r. wezwał Wykonawców, w tym Odwołującego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertami. Wniosek ten został skierowany na wskazany w ofercie adres mailowy Odwołującego o godzinie 14:40. W treści wiadomości Zamawiający prosił o potwierdzenie faktu otrzymania pisma. Załączone do tej korespondencji wydruki z poczty Zamawiającego wskazują, iż otrzymał on komunikat o fakcie dostarczenia wiadomości do podanych czterech adresatów, ale serwery docelowe nie wysłały żadnego powiadomienia o dostarczeniu. Jedynie z serwera poczty Odwołującego przyszedł komunikat o treści: *Twoja widomość została dostarczona do tych grup: .* Dwaj inni adresaci w tym samym dniu odesłali maila z potwierdzeniem odbioru wiadomości odpowiednio o godzinie 14:59 oraz 14:43. Wszyscy Wykonawcy wyrazili zgodę na wydłużenie terminu związania ofertami. W dniu 15 stycznia 2019 r. o godzinie 10:47 Zamawiający otrzymał mail zwrotny od Odwołującego, w którego treści Wykonawca wskazał: potwierdzam otrzymanie emaila wraz z załącznikiem – wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zamawiający w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy wezwał Odwołującego mailem w dniu 15 lutego 2019 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 Ustawy. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał na oświadczenia i dokumenty, jakie Wykonawca miał złożyć w terminie do 26 lutego 2019 r. w tym informację z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13,14 i 21 wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Zamawiający wskazał w wezwaniu na wynikający z art. 26 ust. 6 Ustawy brak obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, w sytuacji gdy Zamawiający posiada określone oświadczenia lub dokumenty lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2014, poz. 1114 oraz z 2016 r. poz. 352). *W takim przypadku Wykonawca jest zobowiązany do wskazania Zamawiającemu oświadczeń lub dokumentów, które znajdują się w posiadaniu Zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp w tym wskazania, czy są one aktualne lub wskazania Zamawiającemu określonych adresów internetowych ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, z których Zamawiający pobierze samodzielnie wskazane prze Wykonawcę oświadczenia lub dokumenty.* Do korespondencji przesłanej mailem Zamawiający załączył wydruk z poczty elektronicznej wskazujący na godzinę 12:33, w której wprowadził treść wiadomości do 'Fundacja Rzeszowskiego Ośrodka Archeologicznego' zawierającej załącznik – w*ezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów.pdf.* W treści wiadomości zawarto prośbę o potwierdzenie otrzymania e-maila wraz z załącznikiem. Zamawiający otrzymał wiadomość zwrotną dotyczącą wysłanej wiadomości do operatora poczty odbiorcy – zenbox.pl z godziny 12:33, zawierającą informację: *Dostarczenie do podanych adresatów lub grup zostało zakończone, ale serwer docelowy nie wysłał żadnego powiadomienia o dostarczeniu: fora@froa.pl.*

W dniu 4 marca 2019 r. o godzinie 13:22 Zamawiający mailem przekazał do Odwołującego na adres mailowy wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Do korespondencji załączono wydruk wiadomości zwrotnej wysłanej z serwera poczty Odwołującego (zenbox.pl) o dostarczeniu wiadomości z godziny 13:22 do froa@froa.pl.

W wezwaniu Zamawiający wskazał na treść pisma z 15.02.2019 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów, w odpowiedzi na które w terminie wyznaczonym Wykonawca nie złożył wymaganych oświadczeń i dokumentów. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia wskazanych oświadczeń i dokumentów, wśród których wymieniona został między innymi *informacja z Krajowego Rejestr Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert*. Zamawiający również w tym wezwaniu wskazał na brak obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów wynikający z przepisu art. 26 ust. 6 Ustawy oraz powiązany z tym obowiązek Wykonawcy wskazania oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Ustawy, w tym wskazania czy są one aktualne lub wskazania określonych adresów internetowych ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, z których Zamawiający samodzielnie pobierze wskazane w wezwaniu oświadczenia i dokumenty. Oświadczenia i dokumenty Odwołujący miał złożyć do 12 marca 2019 r. W treści wezwania Zamawiający zamieścił prośbę o potwierdzenie faktu otrzymania pisma.

W dniu 8.03.2019 r. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu oświadczenia i dokumenty, wśród których nie było informacji z KRK dla osób zasiadających w Radzie Fundacji, wskazanych w odwołaniu, tj. Pana A. P., Pani M. P.-B., Pana M. P., Pana A. R. oraz Pana T. B..

W dniu 15.03.2019 r. mailem z godziny 15:26 poinformował Wykonawców, iż przedłużony o 60 dni termin związania ofertami upływa w dniu 22.03.2019 r i poprosił o niezwłoczne potwierdzenie faktu otrzymania pisma. Wygenerowane wiadomości zwrotne zawierały informację o zakończeniu dostarczenia wiadomości i braku odpowiedzi z serwerów poczty czterech adresatów. Serwer poczty Odwołującego potwierdził dostarczenie wiadomości o godzinie 15:26. Kolejne odpowiedzi wpływały do Zamawiającego w dniach 15, 18 i 19 marca 2019 r.

Zamawiający pismem z dnia 18.03.2019 r. poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, którą to informację przesłał do Odwołującego mailem o godzinie 14:27. Zamawiający o godzinie 14:28 otrzymał zwrotną wiadomość z serwera poczty zenbox.pl o dostarczeniu wiadomości do . Dodatkowo w dniu 20.03.2019 r. Fundacja o godzinie 10:59 wysłała mail do Zamawiającego, w którego treści potwierdziła otrzymanie wiadomości z pismem o wykluczeniu.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, iż prowadził postępowanie reklamacyjne wobec dostawcy usługi e-mail, tj. firmą Zenbox, co miało odbyć się w formie czatu z pracownikiem firmy, jednak na rozprawie dowodu na tą okoliczność nie złożył. Wykonawca otrzymać miał telefonicznie informację, w której potwierdzono, że wiadomość od Zamawiającego z 15.02.2019 r. dotarła na serwer, natomiast nie jest znana przyczyna dlaczego nie dotarła ona na skrzynkę Fundacji. Wyjaśniał dalej, że w tej sytuacji system mógł automatycznie wygenerować potwierdzenie otrzymania widomości, która faktycznie nie została odczytana, co ma powodować ten skutek, że to Zamawiający powinien wykazać dowodem fakt doręczenia wiadomości, zgodnie z zapisami siwz, w której przewidziano obowiązek potwierdzenia zwrotnego informacji przekazanych drogą mailową (pkt 12.2.). Ponadto wskazywał, iż w toku postępowania Zamawiający dokonał zmiany adresu wskazanego do komunikacji, z adresu korespondencyjnego opisanego w pkt 1 siwz, na adres dedykowany dla pracownika skierowanego do tego postępowania.

Zamawiający, jako dowód w sprawie przedłożył kopię dwóch stron ze statutu Fundacji – rozdział IV *Organy i sposób zorganizowania Fundacji,* w której skład wchodzą dotychczasowi członkowie Rady Fundatorów oraz inne osoby wybrane przez członków Rady w drodze jednomyślnej uchwały (§ 16). W § 17 określone zostały kompetencje Rady Fundacji, wśród których wymieniono między innymi: sprawowanie funkcji nadzorujących i kontrolujących w stosunku do Zarządu.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba miała na uwadze stan faktyczny wynikający z przeprowadzonych dowodów z dokumentów – w tym treści siwz, treści wezwań z dnia 15.02.2019 r. oraz 4.03.2019 r. kierowanych do Odwołującego oraz zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania z dnia 18.03.2019 r.

Podniesione zarzuty dotyczyły w pierwszej kolejności ustalenia, czy Zamawiający mógł uznać, iż wezwanie z dnia 15.02.2019 r. zostało skutecznie doręczone Wykonawcy i czy brak odpowiedzi na to wezwanie, w opisanej w odwołaniu sytuacji oznaczał, iż Zamawiający mógł wezwać do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, czy też powinien ponownie przekazać wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy. Konsekwencją braku złożenia kompletu dokumentów (informacji z KRK dla członków Rady Fundacji) na wezwanie z 4.03.2019 r., było wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Z ostrożności Odwołujący wskazywał, że gdyby uznać, iż dopełnione zostały przez Zamawiającego formalności towarzyszące wezwaniu skierowanemu na adres mailowy (w zakresie potwierdzenia otrzymania wezwania przesłanego mailem w dniu 15.02.2019 r.), to brak informacji z KRK dla członków Rady Fundacji nie mógł również uzasadniać stwierdzenia, iż Wykonawca nie wykazał, aby nie zachodziły wobec niego podstawy do wykluczenia z postępowania. W tym zakresie Odwołujący prezentował stanowisko, iż informacja z KRK nie była konieczna, gdyż organ ten nie jest typowym organem nadzorczym (nie jest obligatoryjny, jak również ma inne kompetencje niż „klasyczne" rady nadzorcze spółek kapitałowych), a dodatkowo brak karalności osób zasiadających w organie Zamawiający mógł ustalić z faktu ich wpisania w KRS fundacji, co poprzedzone było procedurą sprawdzenia braku karalności, prowadzoną przed wpisem do KRS.

Odnosząc się zatem do pierwszej z okoliczności dotyczącej braku uzyskania przez Zamawiającego potwierdzenia doręczenia wezwania z 15.02.2019 r. przesłanego na adres mailowy Odwołującego Izba uznała, iż znajdujące się w dokumentacji postępowania potwierdzenie zakończenia dostarczenia wiadomości na serwer poczty Odwołującego (zenbox.pl) oraz wyjaśnienia Odwołującego złożone na rozprawie wskazują, iż wiadomość wraz z załącznikiem została wprowadzona do środka komunikacji w sposób pozwalający na zapoznanie się z treścią informacji. Ewentualne przeszkody, jakie miałyby mieć miejsce w doręczeniu wiadomości na skrzynkę mailową Odwołującego nie zostały przez Odwołującego wykazane. Wykonawca poza zaprzeczeniem faktu otrzymania wezwania z 15.02.2019 r. nie przedstawił żadnej korespondencji, jaką miał prowadzić na czacie z pracownikiem firmy zapewniającej usługę, a ponadto jego wyjaśnienia nie były w tym zakresie pełne i budziły wątpliwości, tak co do formy, w jakiej miało toczyć się postępowanie reklamacyjne, jak i co do jego wyniku. Skoro, jak sam potwierdził, na serwer operatora poczty wiadomość od

Zamawiającego dotarła i nie jest znana przyczyna dla, której wiadomość nie została doręczona na pocztę, to po stronie Wykonawcy spoczywał ciężar wykazania, iż takiej wiadomości nie otrzymał – nie mógł się z nią zapoznać. Zamawiający nie mógł przedstawić dowodu odbioru wiadomości, który mógłby pochodzić z poczty adresata. Dowodem jakim dysponował był ten dostępny z pozycji poczty odbiorczej Zamawiającego, wskazujący na fakt dostarczenia wiadomości na serwer obsługujący pocztę Odwołującego. Uwiarygodniającym twierdzenie Odwołującego, iż wiadomość nie została dostarczona na adres mailowy , byłoby chociażby przedłożenie wydruku ze skrzynki mailowej z dnia 15.02.2019 r. prezentującej wiadomości odebrane o godz. 12:33, czy też logi z poczty przychodzącej, a takiej inicjatywy Odwołujący nie podjął. Wykonawca miał kontaktować się w tej sprawie również z Zamawiającym, jednak żadnej wiadomości skierowanej do osoby wskazanej do kontaktu z Wykonawcami również nie wysłał. W odwołaniu, jak i na rozprawie Odwołujący skupił uwagę na mającym rozstrzygnąć spór - obowiązku uzyskania przez Zamawiającego potwierdzenia otrzymania wiadomości przekazywanych mailem, wprowadzonym w zapisach siwz w pkt 12.2. W jego ocenie Zamawiający powinien przedłożyć dowód doręczenia wiadomości, jakim miałoby być potwierdzenie otrzymania wiadomości wysłane przez Wykonawcę. W tym zakresie przepisy Ustawy, odwzorowane w zapisie siwz nie określają skutków braku otrzymania/wysłania potwierdzenia otrzymania wiadomości email. Ponieważ korespondencja prowadzona była pomiędzy stronami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jednocześnie zobowiązanych do potwierdzania odbioru wzajemnie kierowanej korespondencji, należało przyjąć, iż zarówno Zamawiający jak i Wykonawca powinni mieć prawidłowo skonfigurowaną pocztę, w tym ustawione odpowiednio filtry antyspamowe – aby zapewnić bezproblemowy i niezwłoczny odbiór przesyłanej korespondencji. W ocenie Izby, nie jest właściwe w tej sytuacji przypisywanie odpowiedzialności za brak uzyskania potwierdzenia otrzymania wiadomości wyłącznie stronie Zamawiającej, która może odpowiadać za prawidłowość działania własnego systemu do komunikacji z uczestnikami postępowania i spoczywające na niej obowiązki w zakresie potwierdzania otrzymania wiadomości wysyłanych mailem przez Wykonawców, a nie za ewentualne błędy w działaniu systemu obsługującego pocztę Wykonawcy, których przyczyn ten nie wykazał w toku rozprawy przed Izbą, czy też brak potwierdzenia otrzymania wiadomości. Należy zauważyć, iż Zamawiający kierując pisma drogą mailową do Wykonawców otrzymywał wiadomości zwrotne, w których treści wskazywano na brak odpowiedzi ze strony serwera, na który widomość została wysłana, co nie oznaczało, iż wiadomość nie została doręczona. Przesyłane później wiadomości zwrotne potwierdzały fakt otrzymania pisma od Zamawiającego. Gdyby zatem w roku rozprawy Odwołujący podważył ustalenia, jakie wynikają z dowodu wysłania wiadomości z poczty Zamawiającego, chociażby wydrukiem z własnej poczty odbiorczej z tego dnia, w którym widomość miała być dostarczona, wówczas można byłoby rozważać, czy dowód Zamawiającego na okoliczność wysłania wiadomości mógł być wystarczający dla ustalenia, iż Wykonawca został wezwany do złożenia oświadczeń i dokumentów. Należy zauważyć, iż Zamawiający nie ma narzędzi do wyegzekwowania na Wykonawcy obowiązku potwierdzenia otrzymania wiadomości wysłanej mailem, a zwłoka Wykonawcy w wykonaniu tego obowiązku mogłaby prowadzić w skrajnych przypadkach, do zablokowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której Wykonawca otrzymując informację o czynności, której skutki są dla niego niekorzystne, nie wysyła Zamawiającemu potwierdzenia jej otrzymania. Zamawiający w takiej sytuacji zmuszony byłby ponawiać próby bez gwarancji otrzymania potwierdzenia doręczenia wiadomości. Ponieważ postępowanie o udzielenie zamówienia nie jest postępowaniem administracyjnym należy uznać, iż na obu stronach spoczywa obowiązek dochowania staranności przy składaniu oświadczeń mogących decydować o podjętych czynnościach. Skoro Odwołujący chciał wykazać przed Zamawiającym jeszcze w toku postepowania, iż nie otrzymał wezwania z 15.02.2019 r. to powinien był informację taka przekazać z wykorzystaniem sposobu komunikacji przewidzianym w siwz niezwłocznie po tym, kiedy miał powziąć wiedzę o nieskutecznym przesłaniu wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów. Odwołujący tymczasem dopiero w odwołaniu, a więc już po wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów i decyzji o wykluczeniu z postępowania powoływał się na rzekomy brak doręczenia wezwania z 15.02.2019 r.

W ocenie Izby Zamawiający miał dowód przekazania wiadomości, jakim był raport z zakończenia wysłania wiadomości na serwer obsługujący pocztę mailową Odwołującego, nie znał natomiast szczegółów dotyczących tego czy wiadomość faktycznie dotarła do adresata i została odczytana. Nie miał zatem dowodu dostarczenia na pocztę elektroniczną Odwołującego. Zgodnie z siwz każda strona na wezwanie drugiej zobowiązana było potwierdzić otrzymanie wiadomości przesłanej mailem. Z przedłożonej w sprawie korespondencji prowadzonej z Wykonawcą wynika, iż potwierdzenie otrzymania wiadomości było generowane w sposób automatyczny przez program pocztowy, (potwierdzenie takie Zamawiający otrzymał przy wezwaniu do uzupełnienia dokumentów oraz informacji o wykluczeniu z postępowania), ewentualnie Wykonawca wysyłał odpowiedź sporządzoną w późniejszym terminie (takie wiadomości Odwołujący przesłał na potwierdzenie doręczenia wniosku o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz informacji o wykluczeniu z postępowania). Można w tych okolicznościach mieć wątpliwości, czy Zamawiający dysponował dowodem doręczenia wiadomości na adres poczty Wykonawcy, to jednak w świetle złożonych na rozprawie wyjaśnień Odwołującego nie może budzić wątpliwości, iż na serwer obsługujący pocztę wiadomość ta dotarła. Potwierdza to sam Odwołujący wskazując na ustalenia, jakie poczynił w kontakcie z usługodawcą. W tej sytuacji, chcąc wykazać nieskuteczność doręczenia wiadomości powinien był przed Izbą przedstawić dowód, który wskazywałby na wystąpienie rzeczywistej przeszkody w jej dostarczeniu. Samo przerzucenie ciężaru dowodowego na stronę Zamawiającą w tych okolicznościach nie mogło być skuteczną linią wykazania zasadności zarzutu.

W tych okolicznościach wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów było zasadne. Wykonawca nie złożył dokumentów w terminie wskazanym przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 15.02.2019r., a zatem wypełniona została przesłanka z art. 26 ust. 3 Ustawy – braku złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, uzasadniająca wezwanie z dnia 4.03.2019 r. Izba uznała za nieudowodniony fakt, iż Zamawiający był poinformowany o fakcie niedoręczenia wezwania wysłanego mailem w dniu 15.02.2019 r. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie dowodu, do czego Izba odniosła się wcześniej. Prowadzenie rozmowy telefonicznej z pracownikiem Zamawiającego, jeżeli nawet miało miejsce, to nie powinno zastępować formy komunikacji przewidzianej w siwz. Wykonawca również był związany regułami dotyczącymi sposobu komunikacji, a zatem powinien był dochować staranności informując niezwłocznie Zamawiającego pisemnie, mailem, faksem lub osobiście - o braku otrzymania wezwania. Zamawiający miałby wówczas możliwość oceny, czy doszło do doręczenia wezwania, zanim w postępowaniu podejmował kolejne czynności. Również odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Wykonawca nie kwestionował zasadności trybu przewidzianego do uzupełnienia brakujących dokumentów (art. 26 ust. 3 Ustawy). Odwołujący formułował w tym zakresie jeszcze jeden zarzut, tj. braku precyzji wezwania, w którym Zamawiający nie wskazał wprost na konieczność złożenia informacji z KRK również dla członków Rady Fundacji. W ocenie Izby taka informacja wynika z treści pisma, gdyż Zamawiający określił dla jakich osób

należy złożyć dokument KRK wskazując na zakres opisany normą art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21, czyli również członków organu nadzorczego. Zgodnie z wpisem w KRS o nr 0000219927 – dział 2, rubryka 2, organem nadzoru jest Rada Fundacji. Odwołujący powinien zatem przedłożyć informację z KRK dla osób zasiadających w organie w trybie uzupełnienia brakujących dokumentów.

Odnosząc się dalej do możliwości ustalenia samodzielnie przez Zamawiającego braku karalności osób zasiadających w Radzie Fundacji z faktu ich wpisania w KRS, na co Odwołujący wskazał z ostrożności, Izba uznała również w tym zakresie zarzuty jako niezasadne. Puntem odniesienia dla oceny tej możliwości powinny być zapisy pkt 9.14 i 9.15 siwz (IDW), przywołane w wezwaniach z dnia 15.02.2019 r. oraz 04.03.2019 r., w których Zamawiającywskazał na brak obowiązku złożenia oświadczeń lub dokumentów wynikający z przepisu art. 26 ust. 6 Ustawy i powiązany z tym obowiązek Wykonawcy wskazania oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez Zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 Ustawy, w tym wskazania czy są one aktualne lub wskazania określonych adresów internetowych ogólnodostępnych i bezpłatnych baz danych, z których Zamawiający samodzielnie pobierze wskazane w wezwaniu oświadczenia i dokumenty. Aby Zamawiający mógł uzyskać informacje potwierdzające brak karalności urzędujących członków organu nadzorczego Fundacji, Odwołujący w pierwszej kolejności powinien w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów/uzupełnienia dokumentów wskazać adres internetowy ogólnodostępnej i bezpłatnej bazy danych i potwierdzić aktualność informacji dotyczących osób zasiadających w Radzie Fundacji. Takiej informacji Zamawiającemu nie przekazał. Ponadto fakt niekaralności powinien być potwierdzony informacją z Krajowego Rejestru Karnego, która odpowiada pod względem zakresu sprawdzenia przestępstwom określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 Ustawy. Informacji o braku karalności nie może zastępować wpis w KRS. Zamawiający prawidłowo uznał, iż Rada Fundacji stanowi organ nadzoru, której roli nie przeczy fakt, iż ma ona charakter nieobowiązkowy. Przedłożony wyciąg ze statutu Fundacji potwierdza jej kompetencje opisane w §17., jako organu nadzorującego i kontrolującego Zarząd Fundacji, których nie dotyczyły zmiany uwidocznione w KRS.

W świetle powyższego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy nie naruszała przepisów Ustawy. Zamawiający podejmował czynności zgodnie z przewidzianą formą komunikacji, a przedstawione powyżej okoliczności wskazują, iż to Wykonawca nie dochował staranności w informowaniu Zamawiającego o rzekomym braku niedoręczenia wezwania do złożenia oświadczeń i dokumentów. Izba oceniła stan sprawy uwzględniając wyjaśnienia Odwołującego, w których ten przyznał, iż mail z 15.02.2019 r. został odebrany przez serwer obsługujący jego pocztę, a tym samym Izba uznała, iż wiadomość Zamawiającego został wprowadzona do środka komunikacji elektronicznej w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Ponieważ Odwołujący nie przedstawił dowodów przeciwnych, wskazujących na brak otrzymania wiadomości na skrzynkę odbiorczą, twierdzenia Odwołującego Izba oceniła jako gołosłowne. Ponieważ dalsze czynności Zamawiającego stanowiły konsekwencję uznania, iż wezwanie z 15.02.2019 r. było skuteczne, co Izba potwierdziła, podnoszone zarzuty w całości zostały oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. oraz uzasadnione koszty Zamawiającego stwierdzone rachunkiem przedłożonym przed zamknięciem rozprawy w wysokości 3.600 zł, uwzględniające wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..