Sygn. akt:KIO 2993/20

WYROK

z dnia 4 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 254** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Damasławek z siedzibą w Damasławku przy ul. Rynek 8**

orzeka:

1.**Oddala odwołanie.**

2.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 254** i:

2.1zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną wykonawcę **Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 254** tytułem wpisu od odwołania;

2.2zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 254** na rzecz zamawiającego **Gminy Damasławek z siedzibą w Damasławku przy ul. Rynek 8** kwotę **4 373 zł 57 gr** (słownie: cztery tysiące trzysta siedemdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt siedem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu noclegu, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący: ……..……..……..…

Sygn. akt KIO 2993/20

Uzasadnienie

Gminę Damasławek z siedzibą w Damasławku przy ul. Rynek 8 (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Rozbudowa kanalizacji sanitarnej w gminie Damasławek - rozbudowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Turza”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11 września 2019 r. pod nr 583673-N-2020

Pismem z dnia 12 listopada 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego i Melioracji Sp. z o. z siedzibą w Legnicy przy ul. Jaworzyńskiej 254 (dalej: „Odwołujący” lub „PBSiM”) o wyniku postepowania jak również o wykluczeniu ww. wykonawcy z postępowania.

W dniu 16 listopada 2020 r. wykonawca PBSiM wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w postaci:

–wezwania Zamawiającego z dnia 2 listopada 2020 r. do przedłożenia przez Odwołującego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia dotyczących podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby,
–wykluczenia Odwołującego z postępowania przetargowego.

Powyższym czynnościom Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów:

1.art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji oraz uniemożliwienie Odwołującemu uzupełnienia swojej oferty o brakujące oświadczenie,
2.art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy przez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3.art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania, na skutek nie uzupełnienia w wyznaczonym terminie brakujących oświadczeń koniecznych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo iż nie był on w stanie tego zrobić, bowiem otrzymał wezwanie do uzupełnienia tych braków po upływie terminu, w którym miał je wykonać.

Mając powyższe na uwadze Odwołujący wnosił o:

1. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w szczegółowo w treści uzasadnienia odwołania na fakt:
   a. treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ" lub „specyfikacja") w zakresie sposobu porozumiewania się stron,
   b. przebiegu korespondencji stron,
   c. sposobu porozumiewania się stron,
   d. terminu doręczenia Odwołującemu wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   e. treści wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   f. reakcji Odwołującego na otrzymanie wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   g. terminu przedłożenia przez Odwołującego brakującego oświadczenia wskazanego w wezwaniu do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Bożeny Sowieckiej na fakt:
   a. przebiegu korespondencji stron,
   b. sposobu porozumiewania się stron,
   c. terminu doręczenia Odwołującemu wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   d. treści wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   e. reakcji Odwołującego na otrzymanie wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.,
   f. terminu przedłożenia przez Odwołującego brakującego oświadczenia wskazanego w wezwaniu do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r.

Ponadto Odwołujący wnosił o:

- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności w postaci dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przypisanych.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący kwestionował prawidłowość czynności wykonanych przez Gminę w prowadzonym postępowaniu przetargowym w postaci wezwania pismem z dnia 2 listopada 2020 r., doręczonego w dniu 6 listopada 2020 r. godz. 12:30 do przedłożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia dotyczącego podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby oraz wykluczenia jej z tego postępowania na skutek rzekomego nie wykonania tego wezwania w terminie.

Zdaniem Odwołującego w rozpoznawanej sprawie Zamawiający doręczył Odwołującemu wezwanie po upływie terminu, w którym miał on uzupełnić swoją ofertę o brakujące oświadczenie, czym wprost naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 Pzp., bowiem wyznaczony przez niego termin nie mógł realnie umożliwić wykonawcy złożenie oświadczenia. Jednocześnie powyższym wezwaniem Zamawiający wprowadził rozwiązanie naruszające zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców, bowiem uniemożliwił Odwołującemu wykonanie wezwania określonego w art. 26 ust. 3 Pzp, czym postawił go w znacznie gorszej sytuacji od pozostałych uczestników postępowania, którzy mieli możliwość uzupełnienia ewentualnych braków swoich ofert. Zatem naruszył zasady uczciwej konkurencji opisane w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wyjaśniał, że w tym samym dniu, w którym otrzymał w/w wezwanie, poinformował Gminę o wadliwości tego wezwania. Ponadto niezwłocznie po jego potrzymaniu, je wykonał i przekazał brakujące oświadczenie. W związku, z czym skoro zrealizował te zobowiązanie w najkrótszym możliwym terminie, gdyż otrzymał je w piątek (6 listopada 2020 r.), a spełnił je w poniedziałek (9 listopada 2020 r), to nie można przyjąć, aby podlegał wykluczeniu. Natomiast pomimo tego Zamawiający wykluczył wykonawcę z tego postępowaniu, czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Wraz z odwołaniem Odwołujący przekazał m. in następujące załączniki dotyczące merytorycznego rozpoznania zgłoszonych zarzutów: SIWZ, pisma z dnia: 14 października 2020 r., 16 października 2020 r., wiadomość elektroniczna z dnia 2 listopada 2020 r., pismo z dnia: 2 listopada 2020 r., 3 listopada 2020 r. wraz z dowodem doręczenia, 2 listopada 2020 r., wiadomość elektroniczną z dnia 6 listopada 2020 r., pismo z dnia 6 listopada 2020 r., wiadomość elektroniczna z dnia 9 listopada 2020 r., oświadczenie, zawiadomienie z dnia 12 listopada 2020 r.

W dniu 30 listopada 2020 r. do Izby w formie elektronicznej wpłynęło pismo stanowiące odpowiedź na odwołanie, w którym Zamawiający wnosił o:

- oddalenie odwołania w całości,
- obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego w całości,
- zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę Izby i noclegu oraz kosztów wynagrodzenie pełnomocnika.

W uzasadnieniu podnosił m. in., że Odwołujący powoływał się na fakt otrzymania wezwania tylko (dopiero) w formie pisemnej w postaci papierowej dostarczonego za pomocą Poczty Polskiej S.A. w dniu 6 listopada 2020 r. o godz. 12:30. Natomiast Zamawiający dysponuje potwierdzeniem przedstawionym przez firmę informatyczną obsługującą pocztę elektroniczną Zamawiającego dostarczenia przedmiotowej wiadomości na serwer Odwołującego z dnia 2 listopada 2020 r. o godz. 15:20 z raportem „succes" stanowiącym log odpowiedzi z serwera (załącznik nr 2).

Kolejno Zamawiający wskazywał, że Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie faktu braku otrzymania wiadomości e-mail w przedmiotowej sprawie. W piśmie z dnia 6 listopad 2020 r. przedstawione zostało tylko następujące twierdzenie: „[…] nie otrzymaliśmy wezwania do złożenia uzupełnienia z dnia 02.11.2020 r. […] pocztą e-mail na wskazany w naszej ofercie adres poczty e-mail (sekretariat@pbsim.pl), co dokładnie sprawdziliśmy".

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący tego samego dnia, tj. 6 listopada 2020 r. o godz. 14:11 drogą

elektroniczną, na adres mailowy wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, przekazał Zamawiającemu pismo informujące o otrzymaniu wezwania po upływie terminu, w którym miał je wykonać zawierające prośbę o wyznaczenie dodatkowego terminu do realizacji tej czynności. Jednocześnie dnia 9 listopada 2020 r. drogą elektroniczną został przekazany Zamawiającemu skan oświadczenia, a 10 listopada 2020 r. został doręczony jego oryginał w formie pisemnej. Zdaniem Zamawiającego powyższe świadczy o pełnej akceptacji (i poprawnego funkcjonowania) sposobu komunikacji wskazanej w Rozdziale VII ust. 1,2, 3 i 4 SIWZ.

Następnie Zamawiający wskazał, że Odwołujący zarzucał również naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy, przez uznanie, że Odwołujący nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzut dotyczy zawiadomienia o wyniku postępowania, w tym m.in. o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem nie przedłożył w terminie brakującego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia, nie zaś jak powołał Odwołujący przy formułowaniu zarzutu - braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wnosił, iż poinformowanie Zamawiającego o wadliwości wezwania pismem z dnia 6 listopada 2020 r., a następnie niezwłoczne przekazania brakującego oświadczenia dnia 9 listopada 2020 r. powoduje brak podstaw do wykluczenia Odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego nie sposób zgodzić się z powyższym twierdzeniem Odwołującego, ponieważ przepisy ustawy oraz orzecznictwo, nie pozwala na kolejną szansę w zakresie tożsamego wezwania do uzupełnienia dokumentów, za jakie należałoby uznać zgodę na przedłużenie uprzednio wyznaczonego terminu, o którą Odwołujący wystąpił już po jego upływie. Tym samym Zamawiający podtrzymał obowiązek wykluczenia Odwołującego, na podstawia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, jako że nie wykazał braku podstaw wykluczenia (nie złożył oświadczenia o braku podstaw wykluczenia w zakresie podmiotu trzeciego, na którego zasoby się powołała w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie).

Kolejno Zamawiający odnosił się do zarzutu naruszenie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy, przez wykluczenie Odwołującego z postępowania na skutek nie uzupełnienia przez niego w wyznaczonym terminie brakujących oświadczeń koniecznych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo, iż nie był on w stanie tego zrobić, bowiem otrzymał wezwanie do uzupełnienia tych braków po upływie terminu, w którym miał je wykonać.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający wzywając do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy powinien wyznaczyć termin realnie umożliwiający złożenie (uzupełnienie) oświadczenia przywołując odpowiednie orzecznictwo KIO w tym przedmiocie, ponieważ, jej zdaniem wyznaczony termin był za krótki. Zamawiający nie zgadzał się z twierdzeniem i podkreślał, że termin przez niego wyznaczony był wystarczająco długi do złożenia wymaganego oświadczenia. Dzień 2 listopada 2020 r. wypadał w poniedziałek, a 6 listopada 2020 r. w piątek, a więc nie obejmował żadnych ustawowo dni wolnych od pracy, stanowił aż 4 dni robocze. Dodatkowo złożenie ww. oświadczenia nie wymagało skompletowania żadnych nowych dokumentów ani uzyskania ich od podmiotów trzecich.

Wraz z pismem Zamawiający w postaci załączników złożył następujące dowody:

1. Załącznik nr 1 – potwierdzenia odczytu i odbioru wiadomości zawierającej pismo z dnia 2 listopada 2020 r. (wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą),
2. Załącznik nr 2 – potwierdzenie dostarczenia wiadomości z dnia 2 listopada 2020 r. na serwer Odwołującej (wezwanie do uzupełnienia dokumentów).

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego, dowody, stanowiska i oświadczenia Stron złożone w pismach procesowych oraz na posiedzeniu i rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że Zamawiający w SIWZ w Rozdziale VII „Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami" w ust. od 1do 4 sprecyzował:

„1. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składane przez wykonawców oferty wraz z załącznikami, zmiana oferty, powiadomienie o wycofaniu oferty wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności. Zamawiający nie wyraża zgody na składanie ofert w formie elektronicznej podpisanych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu lub równoważnego środka, spełniającego wymagania dla tego rodzaju podpisu.

2. W przypadku wezwania przez zamawiającego do złożenia (uzupełnienia) oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, należy je przedłożyć (złożyć/uzupełnić) w formie pisemnej.

3. Pozostałe oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazywać mogą sobie faksem lub drogą elektroniczną, przy czym zawsze dopuszczoną jest forma pisemna.

4. Jeżeli oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane są przez zamawiającego lub przez wykonawcę za pomocą faksu lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej zobowiązana jest do niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania".

W dniu 2 listopada 2020 r. Zamawiający drogą elektroniczną na adres wystosował do Odwołującego dwa odrębne wezwania:

1. dotyczące wyrażenia zgodę na przedłużenie okresu związana swoją ofertę oraz okresu ważności wadium oraz
2. na podstawie art.26 ust. 3 Pzp dotyczące uzupełnienia braku w postaci przedłożenia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia dotyczącego podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby. W treści tego wezwania Zamawiający zakreślił termin na złożenie żądanych dokumentów w formie pisemnej do dnia 6 listopada 2020 r. do godz. 12.00.

Nie było sporne między stronami, że Odwołujący wiadomość z dnia 2 listopada 2020 r. dotyczącą wyrażenia zgodę na przedłużenie okresu związana swoją ofertę oraz okresu ważności wadium otrzymał i odpowiedział na wezwanie Zamawiającego.

Jeśli zaś chodzi o wiadomość z pkt 2, dotyczącą wezwania wystosowanego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp to Izba

na podstawie przedstawionego przez Zamawiającego dowodu w postaci korespondencji e-mail z firmą zajmującą się obsługą poczty Zamawiającego LH.pl Sp. z o.o. poczyniła następujące ustalenia. Z treści ww. dowodu wynika, że z poczty Zamawiającego na adres Odwołującego, (który jako prawidłowy został potwierdzony w toku rozprawy) został przesłany e-mail o tytule: „Wezwanie do uzupełnienia" o godz. 15:20:06. Przedstawiona informacja zawierała również log z odpowiedzi serwera odbiorcy z godz. 15:20:19 z adnotacją „success". Zamawiający twierdził, że nie otrzymał żadnej wiadomości zwrotnej o tym, że przesłana przez niego wiadomość nie może być dostarczona. W treści korespondencji podano również, że: „Jeśli nie otrzymali Państwo zwrotki to wiadomość na pewno dotarła do serwera odbiorcy".

Strony też nie kwestionowały również okoliczności związanych z tym, że w dniu 6 listopada 2020 r. po godz. 12.00 za pośrednictwem Poczty Polskiej Odwołujący otrzymał od Zmawiającego pismo z dnia 2 listopada 2020 r., w którym wzywał ją na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia oświadczenia o braku podstaw wykluczenia dotyczącego podmiotu udostępniającego niezbędne zasoby. Strony były również zgodne, co do tego, że w tym samym dniu o godz. 14:11 drogą elektroniczną Odwołujący przekazał Zamawiającemu pismo informujące, iż jego wezwanie otrzymał po upływie terminu, w którym miał je wykonać i poprosił o wyznaczenie dodatkowego terminu do realizacji tej czynności. Jednocześnie w dniu 9 listopada 2020 r. drogą elektroniczną zostało przekazane Gminie brakujące oświadczenie, zaś w dniu następnym zostało ono jej doręczone w wersji papierowej.

Izba ustaliła również, że w dniu 12 listopada 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako powód podając fakt, polegający na tym, że Odwołujący nie przedłożył w terminie wezwania skierowanego do niego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp brakującego oświadczenia. Następnie Zamawiający poinformował, że unieważnił postępowanie przetargowe na mocy art. 92 ust. 1 pkt 7 Pzp, bowiem po wykluczeniu Odwołującego następna najkorzystniejsza oferta znacznie przewyższa kwotę, jaką był on gotowy przeznaczyć na realizację zamówienia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie jest bezzasadne.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Według art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Przedmiotem rozpoznania przez Izbę są zarzuty związane z czynnością Zamawiającego, polegającą na wykluczeniu Odwołującego z prowadzonego postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w kontekście braku zastosowania przez Odwołującego do procedury opisanej w art. 26 ust. 3 Pzp i przedstawienia przez Odwołującego żądanych przez Zamawiającego dokumentów przy uwzględnieniu zasad wskazanych w art. 7 ust. 1 Pzp.

Na wstępie poczynionych rozważań wskazać należy, że nie była kwestionowana zasadność wystosowania przez Zamawiającego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp względem Odwołującego w celu uzupełnienia przez niego dokumentów. Na kanwie powyższego, jak również poczynionych ustaleń, Izba stwierdziła, że rozpoznanie zgłoszonych zarzutów wymaga rozstrzygnięcia kwestii związanej z przesłaniem Odwołującemu w formie elektronicznej wezwania do przedłożenia dokumentów datowanego na dzień 2 listopada 2020 r., wystosowanego przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Podkreślenia wymaga, że strony były zgodne, co do tego, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania był uprawiony do kierowania do wykonawców wezwań na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp drogą elektroniczną. Zresztą Zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania jest zarówno uprawniony jak i obowiązany prowadzić je w sposób sprawny i efektywny, a taki skutek nie będzie możliwy bez stosowania środków komunikacji elektronicznej. Wiedzą powszechnie dostępną jest, iż usprawnienie komunikacji wszystkich podmiotów zaangażowanych zarówno w przygotowanie postępowań o udzielenie zamówień publicznych, jak i uzyskiwanie zamówień, jest generalną intencją ustawodawcy unijnego, a w ślad za nim również krajowego.

Następnie odnosząc się do kwestii doręczenia Odwołującemu wezwania z dnia 2 listopada 2020 r., Izba wskazuje, że Zamawiający w toku rozprawy wykazał fakt skutecznego doręczenia owego wezwania Odwołującemu za pomocą dowodu w postaci korespondencji
e-mail pochodzącej z firmy LH.pl Sp. z o.o. Izba stwierdziła, że z jej treści jednoznacznie wynika, że z poczty Zamawiającego na adres Odwołującego () został przesłany e-mail o tytule: „Wezwanie do uzupełnienia" o godz. 15:20:06. O skutecznym umieszczeniu ww. wezwania na serwerze odbiorcy przesądza informacja zawierająca log z odpowiedzi serwera odbiorcy z godz. 15:20:19 z adnotacją „delivery 67153: success".

W kontekście powyższego Izba stanęła na stanowisku, że wiadomość zawierająca żądanie uzupełnienia

dokumentów, wysłana przez Zamawiającego w dniu 2 listopada 2020 r. o godz.15:20:06 została z sukcesem umieszczona na serwerze odbiorcy.

Odwołujący nie przedstawił jakiekolwiek dowodu przeciwnego temu zaprezentowanemu powyżej. Jedynie przykładowo w tym zakresie można byłoby wskazać chociażby na możliwość przedłożenia wydruku ze skrzynki mailowej z dnia 2.11.2020 r. prezentującej wiadomości odebrane wraz z logami z poczty przychodzącej. Jednak takiej inicjatywy Odwołujący nie podjął a poprzestał jedynie na stwierdzeniu, że dokonał szczegółowego przeszukania i sprawdzenia skrzynki, na którą została przesłana wiadomość i nie ustalił, aby wiadomość taką otrzymał. Co istotne, Odwołujący nawet nie twierdził, że jego skrzynka mogła działać wadliwie, czy też występowała awaria, która mogła powodować zakłócenia w pracy skrzynki. Podkreślenia wymaga, iż w tym zakresie ciężar dowodu zgodnie z art. 6 k.c. obciążał Odwołującego, który ciężarowi temu nie sprostał.

W ocenie Izby raport potwierdzający przyjęcie wiadomości przez serwer odbiorcy jest wystarczającym dowodem dla wykazania przesłania wiadomości Odwołującemu. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 26 sierpnia 2016 roku, sygn. akt KIO 1499/16„*podstawą działania poczty elektronicznej jest pewność dostarczenia wiadomości do adresata. Wszystkie protokoły i zasady rządzące działaniem poczty elektronicznej mają za zadanie zapewnienie, danie pewności wysyłającemu, że w momencie wysyłki wiadomości elektronicznej do odbiorcy, wiadomość ta zostanie do niego i tylko do niego dostarczona. W celu zapewnienia pewności dostarczenia poczty wprowadzono mechanizmy informujące nadawcę o nieprawidłowym lub błędnym nadaniu poczty lub też o błędzie serwera odbiorczego. W przypadku błędów zarówno ze strony nadawcy w postaci np. nieprawidłowego adresu odbiorcy, jak i problemów z dostarczeniem wiadomości do serwera pocztowego odbiorcy, nadawca otrzymuje wiadomość zwrotną z informacją, że wysłana wiadomość nie została dostarczona oraz kod błędu opisujący przyczynę (np. niedostępność serwera pocztowego odbiorcy, przepełnienie skrzynki odbiorczej odbiorcy, itp.). Dlatego też, jeżeli nadawca w ciągu kilku, kilkunastu minut nie otrzyma informacji o błędzie w związku z wysłaną wiadomością, oznacza to, że wiadomość została prawidłowo dostarczona do serwera pocztowego odbiorcy, a tym samym, przy najbliższym połączeniu klienta pocztowego odbiorcy, zostanie ona pobrana przez odbiorcę na jego komputer. (…) Zgodnie natomiast z teorią domniemania doręczenia, wyrażoną w przepisie art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.), oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią".*

Z kolei Sąd Najwyższy – Izba Cywilna postanowieniem z dnia 10 grudnia 2003, sygn. akt V CZ 127/03 uznał, iż oświadczenie woli w postaci elektronicznej dokonywane *on line* zostaje złożone z chwilą jego przejścia do systemu informatycznego prowadzonego i kontrolowanego przez odbiorcę, to jest w momencie przyjęcia oświadczenia przez serwer odbiorcy i zarejestrowania na nim odpowiednich danych.

Wskazując na powyższe, Izba stwierdziła, że Odwołujący – po pierwsze – otrzymał wezwanie do przedłożenia dokumentów wystosowane przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w dniu 2 listopada 2020 roku, tj. w dniu przesłania do niego wiadomości drogą elektroniczną i – po drugie - uchybił wyznaczonemu przez Zamawiającego terminowi do ich złożenia, który przypadał na dzień 6 listopada 2020 r. na godz. 12.00. Tym samym słusznie Zamawiający uznał, że wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odnosząc się do złożonych przez Odwołującego wniosków dowodowych Izba uznała za zbędne przeprowadzanie dowodu z dokumentów znajdujących się w dokumentacji postępowania w zakresie: reakcji Odwołującego na otrzymanie wezwania do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r. oraz terminu przedłożenia przez Odwołującego brakującego oświadczenia wskazanego w wezwaniu do uzupełnienia braków oferty z dnia 2 listopada 2020 r., bowiem okoliczności te były niesporne pomiędzy stronami, a tym samym nie wymagały jakiegokolwiek dowodzenia.

Izba oddaliła również wniosek o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Bożeny Sowieckiej uznając, że dowód ten nie jest niezbędny z uwagi na zgromadzony w sprawie materiał dowodowy a będzie prowadzić będzie jedynie do zwłoki.

Podsumowując Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazywanych przez Odwołującego w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 pkt 1 i 2 lit. b), § 5 ust. 3 pkt 1 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. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty postępowania poniesione przez Zamawiającego w kwocie 4.373,57 zł, w tym: koszt zastępstwa procesowego na kwotę 3600 zł, koszt noclegu w kwocie 195 zł oraz koszt dojazdu na rozprawę w kwocie 578,57 zł - w oparciu o przedłożony na rozprawie spis kosztów wraz z załącznikami w postaci faktur VAT.

……