

Sygn. akt: KIO 2396/19

**WYROK
z dnia 9 grudnia 2019 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie 9 grudnia 2019 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę Geotik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Poczta Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Pozyskanie systemu zarządzania i ewidencji floty”, numer referencyjny: PI.PZ.2600.051.2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 135-333879. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 25 listopada 2019 r. wykonawca Geotik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 10b Pzp przez brak zapewnienia dostępu Odwołującemu do dokumentów przesyłanych do niego w toku postępowania, w szczególności wezwań, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 3 Pzp, w związku z czym właściwości techniczne środków komunikacji z Odwołującymi były dyskryminujące;
2. art. 24 ust. 1 Pzp przez jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, podczas gdy powołane przepisy w zakresie pkt 1 – pkt 11 zostały uchylone i nie obowiązywały w chwili wszczęcia postępowania o zamówienie oraz w chwili podjęcia przez Zamawiającego decyzji o wykluczeniu Odwołującego. W odniesieniu do pkt 12 – pkt 23 Zamawiający nie wykazał w uzasadnieniu wykluczenia Geotik z postępowania, wypełnienia przesłanek określonych w ww. przepisach w zaistniałym stanie faktycznym;
3. art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp przez jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, podczas gdy złożył on wraz z ofertą odpis z KRS spółki Geotik Sp. z o.o. aktualny na dzień 24 września 2019 r., wykazując, że nie znajduje się w stanie upadłości, potwierdzając tym samym spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, w szczególności, że Zamawiający mógł uzyskać ww. odpis KRS 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 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590);

4. art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp przez jego zastosowanie i uznanie, że Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, podczas gdy złożył on wraz z ofertą aktualne na dzień 31 lipca 2019 r. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, zaświadczenie z ZUS o niezaleganiu w opłacaniu składek aktualne na dzień 31 lipca 2019 r. oraz oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych o których mowa w ustawie z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych aktualne na dzień 26 września 2019 r., wykazując brak naruszenia obowiązków dotyczących płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, potwierdzając tym samym spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia;
5. art. 26 ust. 1 Pzp przez wezwanie Odwołującego, który wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym brak podstaw do wykluczenia, do złożenia dokumentów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Dalej: SIWZ), zamiast zażądać potwierdzenia aktualności złożonych dokumentów;
6. art. 26 ust. 3 Pzp przez wezwanie Odwołującego, który wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym brak podstaw do wykluczenia, do uzupełnienia dokumentów określonych w SIWZ, zamiast żądania potwierdzenia aktualności złożonych przez Odwołującego dokumentów;
7. art. 26 ust. 2f Pzp przez brak zastosowania tego przepisu wobec Odwołującego i wezwanie go do ponownego złożenia oświadczeń i dokumentów, zamiast wezwania do potwierdzenia ich aktualności;
8. art. 26 ust. 6 Pzp przez brak zastosowania tego przepisu wobec Odwołującego, który wykazał potwierdzenie spełniania warunków, w tym brak podstaw do wykluczenia do złożenia dokumentów określonych w SIWZ, w sytuacji, gdy Zamawiający posiadał już aktualne oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 (określone w SIWZ) dotyczące Odwołującego;
9. art. 46 ust. 4a Pzp przez zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, który wykazał potwierdzenie spełniania warunków, w tym brak podstaw do wykluczenia, a w związku z tym nie był zobowiązany do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania ponieważ dokumenty były kompletne, nie zawierały błędów i nie budziły wątpliwości, dlatego Odwołujący nie był uprawniony ani zobowiązany do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, a względnie do udzielania wyjaśnień w terminie wskazanym przez Zamawiającego;
10. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp przez brak podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, w stanie faktycznym, w którym oferta Odwołującego nie podlegała wykluczeniu,

a ponadto wskazana przesłanka nie znajdowała zastosowania, ponieważ przesłanka ta określona w art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy postępowań wieloetapowych;

11. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania, w którym złożono ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę;

12. art. 7 ust. 1 Pzp przez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania i proporcjonalności w przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w szczególności ze względu na wskazane powyżej naruszenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty i wykluczenia Odwołującego oraz unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności zatrzymania wadium,
3. powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przy zastosowaniu właściwych obiektywnie kryteriów oceny oferty złożonej w postępowaniu, a w konsekwencji - dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ponadto Odwołujący wniósł zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania, w tym zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Przedmiotem zamówienia było udostępnienie Zamawiającemu Systemu Zarządzania i Ewidencji Floty w modelu SaaS - software as a service, dostawa, montaż, demontaż urządzeń monitorujących, przeprowadzenie instruktażu oraz świadczenia usług wsparcia i rozwoju na rzecz Zamawiającego. Postępowanie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 39 w zw. z art. 134 ust. 1 Pzp przy użyciu środka komunikacji elektronicznej – Platformy SmartPZP (dalej: Platforma) pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/pocztapolska>. Zgodnie z SIWZ Odwołujący obowiązany był dołączyć do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ przy użyciu Platformy, za pomocą formularza Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Oświadczenie to stanowiło wstępne potwierdzenie, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Termin składania ofert za pośrednictwem Platformy wyznaczony został na 19 sierpnia 2019 r. Zgodnie z Rozdziałem VI ust. 4 SIWZ, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia zobowiązany był wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w terminie nie krótszym niż 10 dni dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w tym, w szczególności dokumentów potwierdzających

okoliczności w zakresie braku podstaw do wykluczenia (Rozdział VI ust. 4 SIWZ pkt 1), tj.:

1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego,
2. odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej,
3. zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Odwołujący nie zalega z opłacaniem podatków (...),
4. zaświadczenia właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS lub KRUS albo innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek (...),
5. oświadczenia wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne (...),
6. oświadczenia wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne (...),
7. oświadczenia wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych (...).

Na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (Rozdział VI ust. 4 pkt 2 SIWZ):

8. wykazu usług wykonanych (...) oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami o których mowa są referencje, bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane,

Na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej (Rozdział VI ust. 4 pkt 3 SIWZ):

9. informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wymaganą SIWZ wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową Wykonawcy (...) lub innego dokumentu, który w wystarczający sposób potwierdza spełnianie opisanego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący w dniu 26 września 2019 r. złożył ofertę wraz z wszystkimi ww. dokumentami.

W trakcie postępowania doszło do sytuacji, w której sposób funkcjonowania zastosowanych przez Zamawiającego narzędzi i urządzeń wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne spowodowały, że Odwołującemu nie zostały skutecznie doręczone wezwania wysłane przez Zamawiającego przez Platformę (wezwanie z dnia 11 października 2019 r. oraz z dnia 24 października 2019 r.). Powiadomienia, które otrzymał Odwołujący przez Platformę, po przekierowaniu, nie prowadziły do miejsca, w którym znajdowały się

dokumenty związane z postępowaniem, stąd Odwołujący nie posiadał wiedzy o wpływających wezwaniach od Zamawiającego, w czasie umożliwiającym odpowiednią reakcję. Platforma stworzona na zlecenie Zamawiającego, nie była jednoznaczna w obsłudze. Ponadto Zamawiającego miała charakter przejściowy (etap testowy) i podlegała bieżącym modernizacjom (pojawiały się nowe funkcjonalności, znikaly poprzednie). W szczególności brak było jasno widocznych dokumentów, które zostały wysłane do wykonawców przez Zamawiającego. Odwołujący, mimo dołożenia wszelkich starań, nie był zatem w stanie powziąć wiadomości o pojawiających się pismach. W efekcie, z przyczyn komunikacyjnych, doszło ze strony Odwołującego do przeoczenia. Odwołujący nie odebrał i nie odczytał wezwań wysłanych przez Zamawiającego w systemie.

Odwołujący działał w dobrej wierze i z należytą starannością - regularnie monitorował system, a także podejmował liczne próby uzyskania informacji telefonicznej na temat toczącego się postępowania, dowodem czego był rejestr połączeń telefonicznych wykonywanych w dniach 2-11 października 2019 r. W dniu 11 października 2019 r. po pojawieniu się pierwszego komunikatu na Platformie o dodaniu dokumentu, Odwołujący podjął próbę jego odnalezienia. Na stronie głównej Zamawiającego pojawiała się ogólna informacja, że komunikacja jest możliwa wyłącznie przez Platformę. W związku z powyższym, Odwołujący uznał, że pojawiające się komunikaty były rezultatem błędu systemowego po stronie Zamawiającego. Link znajdujący się w e-mail'u, który stanowił powiadomienie o dodaniu dokumentu do Platformy prowadził tylko na stronę postępowania. W dokumentach postępowania nie pojawiły się nowe informacje. Odwołujący w międzyczasie wielokrotnie telefonicznie kontaktował się z Zamawiającym w celu uzyskania informacji dotyczących postępowania oraz przygotowywał zasoby firmy oraz prowadził rekrutację pod kątem realizacji umowy z Zamawiającym. W związku ze znacznym upływem czasu, 15 listopada 2019 r. Odwołujący ponownie zadzwonił do Zamawiającego i został poinformowany, że wszystkie informacje znajdują się na platformie, w treści SIWZ oraz zasadach komunikacji. Po ponownym przeczytaniu dokumentów, przeanalizowaniu instrukcji oraz e-learningu Odwołujący odnalazł miejsce, które umożliwiało wysłanie dokumentów, jednak w dalszym ciągu nie posiadał wiedzy o dodanych tam dokumentach, ponieważ nie miały one oznaczonego żadnego statusu, takiego jak np. „nieprzeczytane”. W tym samym dniu Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo z prośbą o wyznaczenie terminu spotkania oraz dodatkowe referencje, po czym otrzymał informację od Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania i zatrzymaniu wpłaconego wadium w wysokości 120 000 zł z powodu braku reakcji Odwołującego na ww. wezwania. Jako podstawę prawną wykluczenia, Zamawiający wskazał art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp, a odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 Pzp. Zdaniem Zamawiającego,

Odwołujący złożył dokumenty wymienione w Rozdziale VI ust. 4 SIWZ, ale w sposób niezgodny z art. 26 ust. 1 Pzp oraz postanowieniami SIWZ, według których w sytuacji, kiedy wykonawca złożył ww. dokumenty wraz z ofertą, Zamawiający nie miał obowiązku ich badania.

Zgodnie z opisem zamieszczonym w Instrukcji dla Wykonawcy: „W celu odebrania zawiadomienia, wezwania lub informacji przekazywanej przez Zamawiającego należy po wybraniu postępowania, którego dotyczy zawiadomienie, wezwanie lub informacja, na stronie postępowania nacisnąć „Oferty”, zaznaczyć ofertę i nacisnąć „Korespondencja”, a następnie w części „Korespondencja oferty” należy zaznaczyć plik zawierający zawiadomienie, wezwanie lub informację, i nacisnąć Pobierz”. W skrzynce odbiorczej Odwołującego nie było jednak możliwości „zaznaczenia” oferty. Zaznaczenie wymaga widoczności tzw. checkboxa. W obecnej formie należy skierować kursor na ofertę i po jej podświetleniu kliknąć na nią jak na link, co potwierdzało nagranie Odwołującego: <https://www.youtube.com/watch?v=JOYW1D2RQxU&feature=youtu.be> oraz zrzuty ekranowe ww. strony załączone do odwołania. Materiał wideo opisujący dostęp miejsca publikacji dokumentów został opublikowany dopiero w dniu 22 października 2019 r. pod następującym linkiem: <https://www.youtube.com/watch?v=AjnWoKnfYFM>

Platforma zakupowa, która została stworzona na zlecenie Zamawiającego, mogła powodować błędy w obsłudze po stronie wykonawców. Miała ona charakter przejściowy (etap testowy) i podlegała bieżącym modernizacjom (pojawiały się nowe funkcjonalności, znikaly poprzednie). W szczególności brak było w systemie jasno widocznych dokumentów, które zostały wysłane przez Zamawiającego do wykonawców. Z tego względu Odwołujący, mimo dołożenia wszelkich starań, nie był w stanie poznać wiadomości o wezwaniach z października 2019 r. Odwołujący działał w dobrej wierze, ponieważ regularnie monitorował system, a także podejmował liczne próby uzyskania informacji telefonicznych na temat toczącego się postępowania, dowodem czego był rejestr połączeń telefonicznych z 2-11 października 2019 r. wykonywanych przez pracownika Odwołującego do osoby prowadzącej postępowanie. Odwołujący wielokrotnie próbował skontaktować się z Zamawiającym drogą telefoniczną. Zamawiający jednak nie udzielił jakiegokolwiek odpowiedzi i uchylał się do komunikacji telefonicznej.

W ocenie Odwołującego powyższy opis stanu faktycznego potwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 10b Pzp. Podstawową zasadą zamówień publicznych jest brak dyskryminacji i zasada równego traktowania. Tymczasem narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z Odwołującymi przy użyciu środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były dyskryminujące, a przez to naruszające zasadę równego traktowania.

Zarzut 2

Samo zaistnienie jednej z przesłanek nie powinno skutkować automatycznym wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Może on bowiem przedstawić dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki były wystarczające do wykazania jego rzetelności. Możliwe jest to w odniesieniu do przesłanek z art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5 Pzp.

Zamawiający nie wskazał precyzyjnej podstawy prawnej wykluczenia. Przepisy art. 24 ust. 1 pkt 1 do 11 Pzp zostały uchylone znacznie wcześniej przed wszczęciem postępowania. Tym samym nie mogły zostać zastosowane. Z kolei przesłanki wykluczenia wykonawców z postępowania określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 do 23 Pzp znacząco się od siebie różnią i są od siebie niezależne. W uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający ograniczył się m.in. do zdania, że „Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia z postępowania”, bez odniesienia do konkretnego punktu wskazanego przepisu. W ocenie Odwołującego nie zachodziły wobec niego żadne przesłanki do wykluczenia go z postępowania, wobec czego podjęta przez Zamawiającego czynność była bezprawna.

Zarzut 3

Zgodnie z § 5 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dalej: Rozporządzenie) na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia w związku z omawianą okolicznością Odwołujący zobowiązany był złożyć odpis z właściwego rejestru lub CEIDG, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji. Odwołujący złożył odpis z KRS spółki aktualny na dzień 24 września 2019 r. wraz z ofertą, wobec czego spełnił zarówno przesłanki wynikające z Rozdziału VI ust. 4 pkt 1 lit. b SIWZ, jak i przesłanki z ww. Rozporządzenia. Tym samym nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp. Ponadto Zamawiający mógł uzyskać aktualny odpis z KRS 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 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590);

Zarzut 4

Odwołujący wraz z ofertą złożył aktualne na dzień 31 lipca 2019 r. zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, zaświadczenie z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o niezaleganiu w opłacaniu składek aktualne na dzień 31 lipca 2019 r. oraz oświadczenie o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych o których mowa w ustawie z 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych aktualne na dzień 26 września 2019 r. Tym samym Odwołujący spełnił wymogi wskazane w Rozdziale VI ust. 4 pkt 1 lit. c, d i g SIWZ oraz w Rozporządzeniu, co dowodziło

bezzasadności wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Ponadto Zamawiający nie stwierdził, że Odwołujący naruszył obowiązki w zakresie płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia, a jedynie stwierdził brak reakcji Odwołującego na wezwanie do złożenia dokumentów.

Zarzut 5 i 6

Odwołujący wraz z ofertą złożył wszelkie konieczne i wymagane oświadczenia i dokumenty potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenia i dokumenty były kompletne, nie zawierały błędów, ani nie budziły wątpliwości.

W tych okolicznościach wezwanie Odwołującego do złożenia ww. dokumentów było całkowicie bezpodstawne i nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust. 1 Pzp. Zamawiający mógł ewentualnie co najwyżej zażądać potwierdzenia aktualności złożonych dokumentów. Biorąc pod uwagę powyższe, wykluczenie Odwołującego nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 26 ust. 3 Pzp.

Zarzut 7 i 8

Wezwanie Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 było bezprzedmiotowe, bo Zamawiający już posiadał te dokumenty. Zatem bezskuteczny upływ terminów do wykonania wezwań nie mógł rodzić po stronie Odwołującego negatywnych skutków, w szczególności wykluczenia go z postępowania i zatrzymania wadium. Jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość, co do aktualności któregośkolwiek z ww. dokumentów to powinien wezwać Odwołującego do złożenia, precyzyjnie wskazanych, aktualnych dokumentów, czego zaniechał.

Zarzut 9

Zatrzymanie przez Zamawiającego wadium było bezprawne i nastąpiło z rażącym naruszeniem art. 46 ust. 4a Pzp, gdyż w sprawie nie zachodziły podstawowe przesłanki do zastosowania tego przepisu. Odwołujący nie złożył odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów i oświadczeń z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego. Ponadto Zamawiający miał możliwość wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej - oferta Odwołującego była jedyną złożoną w postępowaniu i spełniała wszelkie wymogi formalne. Odwołujący miał wolę zawarcia umowy w wyniku rozstrzygnięcia postępowania.

Zarzut 10

Art. 89 ust. 1 pkt 5 dotyczy możliwości odrzucenia oferty w postępowaniu wieloetapowym, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębnie ocenę złożonych ofert. W takim postępowaniu Odwołujący, który nie spełni warunków udziału w postępowaniu podlega wykluczeniu i nie zostaje zaproszony do składania ofert, a gdyby mimo to złożył ofertę to taka oferta podlega odrzuceniu

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Przepisu tego nie stosuje się do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Zarzut 11

Odwołujący złożył ważną i nie podlegającą odrzuceniu ofertę. W związku z powyższym unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia było bezzasadne i nastąpiło z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

Zarzut 12

Zamawiający przez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty (oraz zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego), a – w konsekwencji - unieważnienie postępowania, doprowadził do tego, że prowadzone postępowanie utraciło walor postępowania prowadzonego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami jawności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z:

1. SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Pozyskanie systemu zarządzania i ewidencji floty” z dnia 11 lipca 2019 r. wraz z załącznikami, oraz instrukcji użytkownika Wykonawcy SMARTPZP – na okoliczność trybu udzielenia zamówienia, wykazu wymaganych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia,
2. Wydruku rejestru połączeń wykonywanych w dniach 2-11 października 2019 r., pisma Odwołującego z 15 listopada 2019 r. - wniosku o wyznaczenie terminu spotkania z Zamawiającym, dodatkowych referencji z 15 listopada 2019 r. – firm: Anko, Abacus Sp. z o.o., Fleet Center Sp. z o.o., Podhalańskie Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., Kwidzyńskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Budowlanych Strzelbud Sp. z o.o., Grupa Żywiec S.A. – na okoliczność dobrej wiary i dołożenia należytej staranności przez Odwołującego w wywiązaniu się z zobowiązania,
3. Pisma Zamawiającego z 15 listopada 2019 r. o wykluczeniu z postępowania, pisma Zamawiającego z 15 listopada 2019 r. o zatrzymaniu wadium, pisma Zamawiającego z 15 listopada 2019 r. o unieważnieniu postępowania – na okoliczność wykluczenia Odwołującego z postępowania i zatrzymania wpłaconego przez niego wadium,
4. Oferty podstawowej wraz z listą załączników z dnia 26 września 2019 r.,
5. Odpisu KRS Odwołującego,
6. Oświadczenia JEDZ,
7. Informacji o niekaralności pana M.P. z Krajowego Rejestru Karnego,
8. Wyciągu salda rachunku bankowego,

9. Pełnomocnictwa szczególnego dla pana P.M.,
10. Potwierdzenia wpłacenia wadium przez Odwołującego,
11. Informacji o niekaralności pana P.M. z Krajowego Rejestru Karnego z dnia 1 sierpnia 2019 r.,
12. Zaświadczenia z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach,
13. Formularza ofertowego wraz z oświadczeniami Odwołującego: o nieprzynależności do tej samej grupy kapitałowej, co inni wykonawcy; wykazu wykonywanych usług, oświadczenie o niewydaniu wobec Wykonawcy prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczeniem podatków, opłat, lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne; o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o nieorzeczeniu tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne,
14. Zaświadczenia o niezaleganiu w opłacaniu składek,
15. Referencji od następujących podmiotów:
 - a. Eiffage Polska Budownictwo S.A.,
 - b. Carefleet S.A.,
 - c. Flora Praszka Sp. z o.o.,
 - d. Bank Poczty S.A.,
 - e. Conexio Sp. z o.o. Sp. k.,
 - f. Fleet Center Sp. z o.o.,
 - g. mBank S.A.,
 - h. Niezależny Fundusz Leasingowy Sp. z o.o.,
 - i. Podhalańskiego Przedsiębiorstwa Mostowo-Drogowego S.A.,
 - j. Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A.,
 - k. Firmy Bracia U. A. i J. U. Spółka Jawna,
 - l. Zakładu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.,- na okoliczność wykazania faktu złożenia przez Odwołującego wymaganych dokumentów, braku podstaw do jego wykluczenia, wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
16. oględzin nagrań ze stron internetowych:
 - a) <https://www.youtube.com/watch?v=JOYW1D2RQxU&feature=youtu.be>;
 - b) <https://www.youtube.com/watch?v=AjnWoKnfYFM>;
 - c) <https://www.youtube.com/watch?v=bLR6avlz1cc&feature=youtu.be>oraz zrzutów ekranowych ze strony: <https://www.youtube.com/watch?v=JOYW1D2RQxU&feature=youtu.be>

- na okoliczność dołożenia należytej staranności przez Odwołującego, braku należytej widoczności nowych dokumentów w Systemie, braku intuicyjnego panelu i funkcjonalności systemu umożliwiających łatwe dotarcie do istotnych dokumentów i informacji w systemie Zamawiającego; opublikowaniu przez Zamawiającego materiału wideo opisującego dostęp do miejsca, w którym dodawane są dokumenty w dniu 22 października 2019 r.

5 grudnia 2019 r. Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania wskazując ponadto:

Rozdział VI ust. 4 SIWZ stanowił, że Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp tj. w zakresie wskazanym w Rozdziale VI ust. 4 pkt. 1) i 3) SIWZ. Odwołujący w dniu 26 września 2019 r. nie czekając na wezwanie złożył wraz z ofertą wskazane wyżej dokumenty, naruszając tym samym postanowienie SIWZ oraz własne oświadczenie zawarte w pkt 2 Formularza ofertowego o treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ (w tym z wzorem umowy stanowiącym zał. nr 6 do SIWZ) i nie wnosimy do nich zastrzeżeń oraz przyjmujemy warunki w nich zawarte”. Zamawiający 11 października 2019 roku, wykonując obligatoryjne wezwanie, działając na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp (w związku z Rozdziałem VI ust. 4 SIWZ), skierował do Odwołującego wezwanie do złożenia w wyznaczonym przez siebie terminie, aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzających brak podstaw wykluczenia. Ponieważ, do upływu terminu określonego przez Zamawiającego (tj. do 21 października 2019 roku), Odwołujący nie złożył oczekiwanych dokumentów, Zamawiający 24 października 2019 roku wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń, w zakresie wyżej wskazanym. Oba wezwania pozostały bez odpowiedzi.

Konsekwencją było wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1 i pkt 8 Pzp

Zamawiający nie naruszył przepisów objętych zarzutami nr 2 do 8 odwołania, nie uzyskał bowiem dokumentów i oświadczeń Odwołującego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, na dzień ich złożenia, w odpowiedzi na obowiązek wynikający z art. 26 ust. 1 Pzp, a więc na dzień 21 października 2019 roku i na dzień 29 października 2019 roku.

W zakresie zarzutów nr 9 do 11, Zamawiający wskazał, że nie naruszył art. 46 ust. 4a Pzp

w zakresie zatrzymania wadium, jak również art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Na wezwanie Zamawiającego, wystosowane na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Odwołujący nie złożył żądanych dokumentów, co spowodowało jego wykluczenie z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 Pzp. Zamawiający przyznał, że zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania uznaje się za odrzuconą, nie powinien zatem stosować art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jako podstawy odrzucenia. Błąd nie miał jednak wpływu i nie wywierał skutku na wynik postępowania. Konsekwencją uznania oferty Odwołującego za odrzuconą było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż w postępowaniu nie było żadnej innej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Dalszą konsekwencją było zatrzymanie wadium.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 odwołania Zamawiający wskazał, że platforma SmartPZP stosowana jako środek komunikacji elektronicznej była stosowana przez Zamawiającego od listopada 2018 roku i w oparciu o nią Poczta Polska S.A. przeprowadziła ponad 300 postępowań o udzielenie zamówienia. Wszyscy potencjalni wykonawcy biorący udział w postępowaniach inicjowanych przez Poczta Polska S.A. nie mieli trudności z dostępem do dokumentów i korespondencji związanej z prowadzonymi postępowaniami. Odwołujący bez problemu zadawał pytania do SIWZ w przedmiotowym postępowaniu, złożył też bez problemu ofertę wraz z JEDZ, odebrał pisma z dnia 15 listopada 2019 roku oraz złożył dodatkowe referencje.

W Rozdziale VII ust. 23 SIWZ znajdowała się informacja dla wykonawców o możliwości skorzystania, w przypadku potrzeby, z pomocy technicznej w zakresie funkcjonowania Platformy wraz z informacją o dniach i godzinach w jakich można uzyskać stosowną pomoc. Co do zarzutu nr 12 Zamawiający uważa, że nie złamał zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zachowania zasad proporcjonalności i przejrzystości w toku postępowania. Wszyscy potencjalni wykonawcy, którzy zainteresowani byli przedmiotowym przetargiem mieli równe prawa udziału w postępowaniu z zachowaniem zasady konkurencyjności.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale 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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1, tj. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 10b Pzp przez brak zapewnienia Odwołującemu dostępu do dokumentów przesyłanych do niego w toku postępowania, w szczególności wezwań, o których mowa w art. 26 ust. 1 i 3 Pzp nie potwierdził się.

W zakresie dotyczącym zarzutu nr 1 SIWZ wprowadził następujące regulacje dotyczące sposobu komunikacji Zamawiającego z wykonawcami za pośrednictwem Platformy zakupowej:

„II. Tryb udzielenia zamówienia.

(...)

2. Postępowanie prowadzone jest w języku polskim przy użyciu środka komunikacji elektronicznej Platformy SmartPZP (zwanej dalej „Platformą”) pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/poczta-polska>”.

„VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia.

1. Do oferty każdy Wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca składa przy użyciu Platformy oświadczenie na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE w postaci elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (...).

10. Wykonawca w terminie 3 dni od dnia zamieszczenia na stronie internetowej, przez którą dostępna jest Platforma informacji, o której mowa w art. 86 ust. 5 PZP, złoży Zamawiającemu za pośrednictwem Platformy, oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 23 PZP (sporządzone z wykorzystaniem wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ). (...).”.

„VII. Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami.

1. Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia, wezwania oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej przy użyciu Platformy. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, dokumentów oraz informacji przyjmuje się datę zapisania na serwerach. Aktualna data i godzina, zsynchronizowane z Głównym Urzędem Miary, wyświetlane są w prawym górnym rogu Platformy.
2. Przyjmuje się, że dokument wysłany przy użyciu Platformy został doręczony Wykonawcy w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią.

(...)

9. Wysłanie i odbieranie dokumentów elektronicznych i informacji, w tym składanie ofert i oświadczeń, przy użyciu Platformy wymaga:
 - 1) użycia komputera, na którym zainstalowane jest oprogramowanie: (...)
 - 2) włączenia obsługi JavaScript w przeglądarce, o której mowa w rozdz. VII ust. 9 pkt 1),
 - 3) stałego dostępu do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 1 Mb/s,
 - 4) zarejestrowania Wykonawcy na Platformie, z zastrzeżeniem postanowień rozdz. VII ust. 11,
 - 5) zalogowania na Platformie, z zastrzeżeniem postanowień rozdz. VII ust. 11.
10. Porozumiewanie się Zamawiającego z Wykonawcą wymaga użycia komputera, na którym zainstalowana jest przeglądarka internetowa (...), włączenia obsługi JavaScript w przeglądarce, o której mowa powyżej, stałego dostępu do sieci Internet o gwarantowanej przepustowości nie mniejszej niż 1 Mb/s, zarejestrowania Wykonawcy na Platformie oraz zalogowania na Platformie.

(...)

12. Połączenie z Platformą następuje przy wykorzystaniu protokołu HTTPS. Szyfrowanie danych odbywa się przy pomocy protokołu SSL. Złożona przez Wykonawcę oferta (w tym pliki załączone przy jej składaniu) jest zaszyfrowana i do chwili otwarcia ofert i odszyfrowania tej oferty Zamawiający nie ma do niej dostępu. Czasem przekazania danych jest data i godzina zapisania przekazywanych danych na serwerze, na którym działa Platforma. Data i godzina, według których oznaczany jest czas przekazania danych, są zgodne z datą i godziną wyświetlanymi w prawym górnym rogu strony internetowej, przez którą możliwy jest dostęp do Platformy i są zsynchronizowane

z datą i godziną podawaną na stronie internetowej Głównego Urzędu Miar. Czas przekazania oferty jest wskazany w dokumencie „potwierdzenie złożenia oferty” w zakładce „Oferty” i zawiera datę i dokładny czas (hh:mm:ss) złożenia oferty.

(...)

15. W celu złożenia oferty Wykonawca wykonuje następujące czynności: (...)

Uwaga: Zamawiający zaleca, aby Wykonawca w celu zapoznania się z funkcjonowaniem Platformy skorzystał z zakładki „E-learning” znajdującej się po lewej stronie strony internetowej: <https://portal.smartpzp.pl/poczta-polska> (...).

18. W celu odebrania zawiadomienia, wezwania lub informacji przekazywanej przez Zamawiającego należy po wybraniu postępowania, którego dotyczy zawiadomienie, wezwanie lub informacja, na stronie postępowania nacisnąć „Oferty”, zaznaczyć ofertę i nacisnąć „Korespondencja”, a następnie w części „Korespondencja oferty” należy zaznaczyć plik zawierający zawiadomienie, wezwanie lub informację, i nacisnąć „Pobierz”.

19. W celu zapoznania się z informacją z otwarcia ofert opublikowaną przez Zamawiającego należy po wybraniu postępowania, którego dotyczy informacja, na stronie postępowania nacisnąć „Dokumentacja postępowania”, a następnie zaznaczyć plik zawierający informację i nacisnąć „Pobierz” (...).

23. Pomoc techniczną w zakresie funkcjonowania Platformy — Informacja dla Wykonawców można uzyskać w dni powszednie w godz. 7:00 — 19:00 pod nr tel. (...).

26. Przepisy ustawy PZP nie pozwalają na jakikolwiek inny kontakt - zarówno z Zamawiającym jak i osobami uprawnionymi do porozumiewania się z Wykonawcami - niż wskazany w niniejszym rozdziale SIWZ. Oznacza to, że Zamawiający nie będzie reagował na inne formy kontaktowania się z nim, w szczególności na kontakt telefoniczny lub osobisty w swojej siedzibie”.

Biorąc pod uwagę przytoczone postanowienia SIWZ Izba uznała, że Zamawiający w sposób nie pozostawiający wątpliwości poinformował wykonawców o sposobie komunikacji z nim na potrzeby prowadzonego postępowania. Zauważyć należy, że oprócz powyższych informacji, do dyspozycji wykonawców opublikowana została instrukcja korzystania z platformy zakupowej, dostępna była też platforma e-learning’owa pozwalająca na dodatkowe zapoznanie się ze sposobem funkcjonowania Platformy zakupowej.

Szczególnie istotne znaczenie w przedmiotowej sprawie ma przytoczone wyżej postanowienie punktu VII ppkt 2 SIWZ, którym Zamawiający wprowadził domniemanie prawidłowego doręczenia dokumentów wysłanych do wykonawców za pośrednictwem

Platformy: „dokument wysłany przy użyciu Platformy został doręczony Wykonawcy w sposób umożliwiający zapoznanie się z jego treścią”. W okolicznościach sprawy nie budzi również wątpliwości fakt, że Odwołujący miał świadomość, że po upływie terminu składania ofert Zamawiający wysyłał do niego „jakieś” dokumenty. Odwołujący przyznał, że otrzymywał automatyczne powiadomienia e-mail'owe o pojawieniu się na jego profilu nowych dokumentów ze strony Zamawiającego. Biorąc pod uwagę treść punktu VII ppkt 2 SIWZ Odwołujący powinien dołożyć wszelkiej staranności, by dotrzeć do tych dokumentów i zapoznać się z ich treścią.

11 października 2019 r. za pośrednictwem Platformy do Odwołującego zostało skierowane następujące wezwanie: „Zamawiający — Poczta Polska S.A. w imieniu, którego postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień, działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wzywa Państwa do złożenia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń:

- 1) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu — tj. dokumentów, o których mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 2) i pkt 3) SIWZ,
- 2) potwierdzających brak podstaw wykluczenia — tj. dokumentów, o których mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 1) SIWZ.(...)

Dokumenty należy przekazać w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy do dnia 21.10.2019 r.”

Na wezwanie ze strony Odwołującego nie było żadnej reakcji. W tej sytuacji 24 października 2019 r. Zamawiający skierował do Odwołującego, za pośrednictwem Platformy zakupowej następujące wezwanie: „Zamawiający — Poczta Polska S.A., w imieniu którego postępowanie prowadzi Poczta Polska S.A. Biuro Zamówień, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, dalej PZP, wzywa do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia dokumentów i oświadczeń:

- 1) potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu — tj. dokumentów, o których mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 2) i pkt 3) SIWZ,
- 2) potwierdzających brak podstaw wykluczenia — tj. dokumentów, o których mowa w rozdziale VI ust. 4 pkt 1) SIWZ.

Na wezwanie z dnia 11.10.2019 r. nie złożyliście Państwo wymaganych dokumentów.

Dokumenty należy przekazać w formie elektronicznej za pośrednictwem Platformy do dnia 29.10.2019 r.”

Wezwanie powyższe również nie spowodowało żadnego działania ze strony Odwołującego. Konsekwencją było wykluczenie Odwołującego z postępowania, które nastąpiło 15 listopada 2019 r.

Zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego zaprezentowanym podczas rozprawy, główną przyczyną, dla której Odwołujący nie zapoznał się z treścią ww. wezwań, a w efekcie nie zastosował się do nich, był nieintuicyjny sposób obsługi Platformy zakupowej. Odwołujący wyjaśnił, że po uzyskaniu automatycznych powiadomień e-mail'owych usiłował pozyskać przesłane do niego dokumenty korzystając z hiperłączy (linków) zawartych w treści tych powiadomień. Linki nie prowadziły jednak do nowo dodanych przez Zamawiającego dokumentów, a otwierały jedynie stronę główną Platformy zakupowej. Odwołujący przyznał, że uznał, iż powyższe wskazuje na nieprawidłowe działanie Platformy i zaniechał dążenia do pobrania przesłanych mu dokumentów, ale podejmował konsekwentne i wielokrotne próby kontaktu telefonicznego z Zamawiającym.

Art. 10b Pzp stanowi: „Zamawiający zapewnia, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia”. W obliczu ustalonego stanu faktycznego Izba uznała, że Zamawiający nie naruszył przytoczonego przepisu Pzp. Zarzut nr 1 odwołania nie zmierzał do wykazania, że Platforma zakupowa Zamawiającego nie spełniała jakiegokolwiek z powyższych wymogów. Odwołujący z całą pewnością był w stanie w prawidłowy sposób korzystać z dostępnych mu funkcji Platformy, o czym świadczy chociażby fakt skutecznego złożenia oferty. Fakt ten dowodził zdolności Odwołującego do korzystania z udostępnionego mu narzędzia. Podniesienie zarzutu nieintuicyjnego sposobu obsługi Platformy wskazuje, że przyczyny, dla których Odwołujący zignorował wezwania z 11 i 24 października 2019 r. miały charakter subiektywny, całkowicie zależny od Odwołującego. Ustalenie to przesądza o niezasadności zarzutu nr 1.

Zwrócić należy również uwagę, że Zamawiający w punkcie VII ppkt 23 SIWZ podał numer telefonu do infolinii technicznej, która miała służyć pomocą wykonawcom, na wypadek zaistnienia problemów z obsługą i funkcjonowaniem Platformy. Odwołujący nie skorzystał z tej możliwości, zamiast tego podjął próby bezpośredniego kontaktu telefonicznego z pracownikiem Zamawiającego, na okoliczność czego złożył dowody załączone do Odwołania. Działanie takie, wobec treści punktu VII ppkt 26 SIWZ powinno być skazane na niepowodzenie – Zamawiający wprost poinformował, że nie przewiduje możliwości kontaktu telefonicznego z biorącymi udział w postępowaniu wykonawcami. Tym samym Odwołujący musiał być świadomy, że próby kontaktu telefonicznego z Zamawiającym nie powinny przynieść spodziewanego rezultatu w postaci pozyskania informacji, co do sposobu obsługi Platformy zakupowej. Podobnie należy ocenić próby doprowadzenia do spotkania

z Zamawiającym, jakie podjął Odwołujący. Działanie takie z całą pewnością nie może zostać ocenione jako prawidłowy sposób postępowania wykonawcy w obliczu ewentualnych trudności w obsłudze Platformy zakupowej.

Zarzuty nr 2 do 4, tj. zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 24 ust. 1 Pzp,
- art. 24 ust. 5 pkt 1 Pzp,
- art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp

nie potwierdziły się.

15 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Informacja o wykluczeniu zawierała następujące uzasadnienie dokonanej czynności:

„Podstawa prawna wykluczenia: art. 24 ust. 1 i ust. 5 pkt 1 i 8 pzp.

Podstawa faktyczna wykluczenia: Zamawiający w rozdz. VI ust. 4 SIWZ jednoznacznie określił zakres i termin złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu — „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP (...)”.

Wykonawca wraz z ofertą złożył dokumenty wymagane w rozdz. VI ust. 4 SIWZ, a więc niezgodnie z przywołanym zapisem SIWZ. W oparciu o art. 26 ust. 1 pzp, w sytuacji gdy Wykonawca składa już z ofertą dokumenty, Zamawiający nie ma obowiązku ich badania i powinien, w momencie uznania oferty za najwyżej ocenioną, wezwać Wykonawcę do ich złożenia, działając w oparciu o art. 26 ust. 1 oraz zapis rozdz. VI ust. 4 SIWZ.

W konsekwencji Zamawiający wezwał w dniu 11.10.2019 r. Wykonawcę do złożenia, w terminie do dnia 21.10.2019 r., dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie złożył dokumentów w terminie wymaganym przez Zamawiającego (brak jakiegokolwiek reakcji ze strony Wykonawcy). Wykonawca, dniu 24.10.2019 r. został wezwany do uzupełnienia, w terminie do dnia 29.10.2019 r., ww. dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp. Również na to wezwanie Wykonawca nie zareagował (nie złożył dokumentów). W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania”.

W świetle ustaleń poczynionych przez Izbę w zakresie dotyczącym zarzutu nr 1 odwołania w ocenie Izby Odwołujący, z przyczyn leżących po jego stronie, nie zapoznał się treścią wezwań z 11 i 24 października 2019 r., a w konsekwencji nie zastosował się do ich dyspozycji. Tym samym, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była w pełni zasadna i prawidłowa. Odwołujący nie złożył na wezwanie Zamawiającego dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który stanowi, że z postępowania 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. Fakt, że Odwołujący załączył do swojej oferty wszystkie dokumenty, których zgodnie z punktem VI ppkt 4 SIWZ żądać miał Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, nie ma znaczenia dla oceny działań Zamawiającego. Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Termin składania ofert upłynął 26 września 2019 r., o godzinie 14.00. Wezwanie, które na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający skierował do Odwołującego wysłane zostało 11 października 2019 r. i zgodnie z jego treścią Odwołujący do 21 października 2019 r. miał obowiązek złożyć dokumenty i oświadczenia wymienione w treści wezwania - aktualne na dzień złożenia. Tym samym, ww. dokumenty i oświadczenia miały odzwierciedlać stan późniejszy o niemal jeden miesiąc od dnia złożenia oferty. O ile Zamawiający mógł uwzględnić część dokumentów i oświadczeń złożonych razem z ofertą, to wobec brzmienia art. 26 ust. 1 Pzp nie mogły one w pełni potwierdzać, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Podstawa prawna wskazana przez Zamawiającego tj. art. 24 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 8 Pzp, w świetle uzasadnia podstaw faktycznych wykluczenia („W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia z postępowania”) nie była wskazana w sposób właściwy, tj. odpowiednio precyzyjny. Uzasadnienie faktyczne wskazuje na wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i to tak podstawa prawna powinna zostać wskazana w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego.

Art. 192 ust. 2 Pzp stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Kierując się dyspozycją tego przepisu Izba oddaliła zarzuty nr 2

do 4 odwołania uznając, że o ile wskazana podstawa prawna wykluczenia Odwołującego nie była w pełni precyzyjna, to fakt ten nie miał wpływu na wynik postępowania. Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania, a brak precyzji Zamawiającego we wskazaniu podstawy prawnej czynności wykluczenia w żaden sposób powyższego nie zmienił.

Zarzuty nr 5 do 8, tj. zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 26 ust. 1 Pzp,
- art. 26 ust. 3 Pzp,
- art. 26 ust. 2f Pzp,
- art. 26 ust. 6 Pzp,

nie potwierdziły się.

Zgodnie z punktem VI ppkt 4 SIWZ Zamawiający przewidywał, że „przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp”, a zatem w sposób zgodny z dyspozycją art. 26 ust. 1 Pzp. Jednocześnie Zamawiający nie wprowadził żadnego wymogu złożenia ww. dokumentów i oświadczeń razem z ofertą, a zatem tak, jak zrobił to Odwołujący. Zamawiający nie przewidział również żadnego odstępstwa od regulacji zawartej w punkcie VI ppkt 4 SIWZ na wypadek złożenia przez wykonawcę kompletu oświadczeń i dokumentów razem z ofertą. Tym samym uznać należy, że Zamawiający był w pełni uprawniony do wezwania 11 października 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia tych oświadczeń i dokumentów. Logiczną konsekwencją braku reakcji Odwołującego na to wezwania było kolejne, z 24 października 2019 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Z tego względu w ocenie Izby oba wezwania a były zgodne z przepisami Pzp. Skoro Odwołujący nie zgadzał się z faktem wezwania go 11 i 24 października 2019 r. to był uprawniony do skorzystania z odpowiedniego środka ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni - jeżeli zostały przesłane w inny sposób - w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba ustaliła, że zarzuty o numerach od 5 do 8 wymierzone są w czynności Zamawiającego, na które ze względu na upływ terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp Odwołującemu nie przysługiwało już odwołanie. Tym samym

zarzuty powyższe zostały uznane za spóźnione. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Ze względu jednak na konieczność ustalenia stanu faktycznego i rozstrzygnięcia kluczowego dla wszystkich pozostałych zarzutów odwołania zarzutu nr 1, zarzuty nr 5 do 8 musiały zostać rozpoznane. Wypełnienie przesłanek do odrzucenia zarzutów nr 5 do 8 na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp ujawniło się dopiero po zamknięciu rozprawy. Z tego względu Izba uznała, że zarzuty te jako rozpoznane merytorycznie i uznane za niezasadne, należy oddalić.

Zarzuty nr 9 do 12, tj. zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 46 ust. 4a Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp,
- art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp,
- art. 7 ust. 1 Pzp,

nie potwierdziły się.

Izba uznała zarzuty o numerach od 9 do 12 za niezasadne w wyniku oddalenia zarzutów nr 1 do 8.

Zatrzymanie przez Zamawiającego wadium wniesionego przez Odwołującego było logiczną i zgodną z prawem konsekwencją faktu zignorowania przez Odwołującego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp z 24 października 2019 r. Zgodnie z art. 46 ust. 4a Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. W ocenie Izby, wobec ustalonego stanu faktycznego zostały wypełnione przesłanki wskazane w ww. przepisie. Wobec powyższego obowiązkiem Zamawiającego było zatrzymanie wadium Odwołującego i takiej czynności Zamawiający dokonał.

Prawidłowe było również uznanie przez Zamawiającego oferty Odwołującego za odrzuconą – niezależnie od podstawy prawnej wskazanej przez Zamawiającego oferta wykonawcy wykluczonego z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp bezpośrednio z mocy dyspozycji przepisu zostaje uznana za odrzuconą. Zaistnienie tego skutku nie jest uzależnione od czynności Zamawiającego – przepis stanowi, że „Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”, a nie, że Zamawiający uznaje ofertę za odrzuconą

albo odrzuca ofertę. Tym samym już momencie dojścia do skutku wykluczenia Odwołującego z postępowania jego oferta została uznana za odrzuconą.

Konsekwencją wykluczenia z postępowania jedyne go wykonawcy, który złożył ofertę musiało być, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp unieważnienie postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono 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 (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....