

Sygn. akt: KIO 415/20

**WYROK**  
**z dnia 12 marca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Anna Chudzik**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lutego 2020 r. przez wykonawcę **Althea Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie,**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ zgodnie z treścią wezwania zamieszczonego na platformie elektronicznej w dniu 13 lutego 2020 r.;
2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 1 im. prof. Tadeusza Sokołowskiego Pomorskiego Uniwersytetu Medycznego w Szczecinie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa stałej obsługi serwisowej oraz bieżących napraw rezonansu magnetycznego GE Discovery MR450 1,5 T*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 listopada 2019 r. pod numerem 2019/S 226-554863.

W dniu 27 lutego 2020 r. wykonawca Althea Polska Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 10b ustawy Pzp w zw. z: art. 61 § 2 Kc, art. 6 Kc, art. 14 Kc, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na wypadek nieuwzględnienia powyższego zarzutu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne, a zatem komunikacja pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Z uwagi na powyższe, w treści SIWZ Zamawiający wskazał (w rozdziale III, punkt 2), że komunikacja z wykonawcami będzie odbywała się za pośrednictwem Portalu PZP dostępnego pod adresem <https://portal.smartDZp.pl/spsklszczecin/> („Platforma SmartPZP”). Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień, zaświadczeń oraz informacji przyjmuje się datę zapisania na serwerach. Każdy z wykonawców zobowiązany był założyć na Platformie SmartPZP swoje indywidualne konto niezbędne do prowadzenia korespondencji z Zamawiającym. Konto założone na tej platformie było przypisane do wskazanego przez wykonawcę adresu poczty elektronicznej, na który kierowane były generowane automatycznie przez Platformę SmartPZP powiadomienia o dodanej korespondencji do wykonawcy. W przypadku Odwołującego adresem tym był [pl.handel@althea-group.com](mailto:pl.handel@althea-group.com). Ten sam adres został także wskazany przez Odwołującego w treści formularza JEDZ w punkcie dotyczącym informacji o wykonawcy (str. 2 JEDZ).

Odwołujący podał, że 7 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał go na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia wyjaśnień co do zaoferowanej ceny. Informacja o tym wezwaniu została zapisana na Platformie SmartPZP, a platforma ta wygenerowała

automatyczne powiadomienie o fakcie dodania nowej korespondencji przez Zamawiającego, które zostało przesłane pocztą elektroniczną na adres mailowy przypisany na Platformie SmartPZP do konta Odwołującego (pl.handel@althea-group.com). W dniu 11 lutego 2020 r. Odwołujący odpowiedział na wezwanie przedstawiając stosowne wyjaśnienia. Z kolei w dniu 13 lutego 2020 r. o godz. 8:09 Zamawiający wezwał Odwołującego (poprzez zapisanie odpowiedniego dokumentu na Platformie Smart PZP) na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia treści JEDZ. Uzasadnieniem dla powyższego był fakt, że Odwołujący w JEDZ załączonym do oferty nie zamieścił informacji dotyczącej spełnienia kryteriów kwalifikacji (sekcja a lub sekcje A-D części IV JEDZ). Zgodnie z pouczeniem zawartym w treści tego wezwania, Odwołujący uzupełniając swój JEDZ mógł ograniczyć się do wypełnienia wyłącznie sekcji a w części IV JEDZ i nie musiał wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV.

Odwołujący zaznaczył, że wezwanie z 13 lutego 2020 r. nosi datę 12 lutego 2020 r., bo tego dnia dokument został dodany przez Zamawiającego na Platformę Smart PZP (dokładnie: 12 lutego 2020 r. o godz. 13:26), jednak jeszcze bez przekazania jej do Odwołującego. Owo przekazanie (innymi słowy: wysłanie do Odwołującego za pośrednictwem platformy) nastąpiło dopiero 13 lutego 2020 r. o godz. 8:09. W treści Wezwania z 13 lutego 2020 r. Zamawiający wskazał termin na uzupełnienie żądanego dokumentu – 17 luty godz. 9:00. Żadne automatyczne powiadomienie o tym fakcie nie zostało przesłane do Odwołującego na przypisany do jego konta adres poczty elektronicznej (tak jak miało to miejsce przy dotychczas prowadzonej korespondencji z Zamawiającym). Tym samym, pomimo że wezwanie z 13 lutego 2020 r. zostało zapisane na Platformie SmartPZP, Odwołujący nie był tego świadomy. W konsekwencji, nie odpowiedział na to wezwanie w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie (17 lutego 2020 r., godz. 9:00).

Odwołujący wskazał, że jeszcze tego samego dnia (tj. 17 lutego 2020 r.), niecałe dwie godziny po upływie wyznaczonego terminu na uzupełnienie przez Odwołującego dokumentu (godz. 10:57), Zamawiający wgrał na Platformę Smart PZP informację o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania, a o godz. 12:18 przekazał ją (także za pośrednictwem tej platformy) do Odwołującego. W tym przypadku Odwołujący otrzymał automatyczne powiadomienie o dodaniu przez Zamawiającego nowej korespondencji na Platformie Smart PZP, które zostało przesłane pocztą elektroniczną na adres mailowy przypisany na tej platformie do konta Odwołującego. Dopiero z chwilą otrzymania powiadomienia o dodaniu nowej korespondencji z 17 lutego 2020 r. Odwołujący zalogował się na Platformę Smart PZP i pobrał treść tej korespondencji. To z kolei doprowadziło go do tego, że w jego skrzynce odbiorczej znajdowało się także (wcześniej niepobrane) wezwanie z 13 lutego 2020 r. i dopiero wówczas zapoznał się z jego treścią. Odwołujący będąc

zdziwiony faktem, że nie otrzymał pocztą elektroniczną jakiegokolwiek automatycznego powiadomienia o dodaniu przez Zamawiającego wezwania z 13 lutego 2020 r., postanowił wyjaśnić tę sprawę z operatorem Platformy Smart PZP, tj. Portal PZP Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Operator Platformy”). W dniu 18 lutego 2020 r. zwrócił się do Operatora Platformy z prośbą o wyjaśnienie zaistniałej sytuacji zawierającą jej dokładny opis. Intencją Odwołującego było ustalenie, dlaczego nie otrzymał on mailowego powiadomienia z Platformy Smart PZP o fakcie dodania przez Zamawiającego Wezwania z 13 lutego 2020 r. W odpowiedzi na powyższe, przedstawiciel Operatora Platformy oświadczył, że powiadomienia mailowe otrzymywane z platformy SmartPZP są na stałe wpisane w funkcjonalność platformy. W związku z dodaniem nowego dokumentu w korespondencji oferty w postępowaniu ZP-261- 70/2019 o godzinie 08:09 dnia 13-02-2020 zostało wysłane do Państwa powiadomienie w systemie. Powiadomienie mailowe z uwagi na przejściowe trudności w działaniu systemu mailingowego nie zostało wysłane. Przedstawiciel Operatora Platformy potwierdził także, że Odwołujący po raz pierwszy pobrał treść Wezwania z 13 lutego 2020 r. dopiero 17 lutego 2020 r. o godz. 12:36 (a zatem 18 minut po skutecznym doręczeniu mu informacji o wykluczeniu z Postępowania i po ponad 3,5 godzinach od upływu terminu na uzupełnienie żądanego treścią wezwania dokumentu). Odwołujący załączył do odwołania korespondencję mailowa z przedstawicielem Operatora Platformy.

Odwołujący podniósł, że brak przesłania jakiegokolwiek powiadomienia o dodaniu 13 lutego 2020 r. nowej korespondencji przez Zamawiającego potwierdza także inna korespondencja prowadzona pomiędzy przedstawicielem Odwołującego a przedstawicielem Operatora Platformy, którą to korespondencję Odwołujący załączył do odwołania.

Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający do dnia wniesienia niniejszego odwołania nie unieważnił swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego ani nie wystąpił do niego z powtórным wezwaniem do uzupełnienia, wyjaśnienia zaistniałej sytuacji, mimo że jego przedstawiciele byli informowani telefonicznie o zaistniałej sytuacji.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 10b ustawy Pzp 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 świetle przywołanego przepisu to Zamawiający ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowość działania środków komunikacji elektronicznej wykorzystywanych do komunikacji z wykonawcami. Ryzyko niesprawnego funkcjonowania systemu elektronicznego należy więc uznać za jedno z wielu ryzyk procesu komunikowania się, nieróżniące się w istocie

niczym np. od ryzyka niesprawnego działania operatora pocztowego. Adresat oświadczenia nie może być tym ryzykiem obciążony, z zastrzeżeniem oczywiście możliwości ustanowienia przez ustawodawcę wyjątków w przepisach szczególnych albo odmiennych postanowień w umowie stron.

Zdaniem Odwołującego wezwanie z 13 lutego 2020 r. nie zostało mu przekazane w sposób pozwalający adresatowi na zapoznanie się z jego treścią z powodów obciążających Zamawiającego. Z uwagi na przejściowe trudności w działaniu systemu automatycznego powiadamiania o dodanej korespondencji w ramach Platformy Smart PZP Odwołujący nie został bowiem skutecznie powiadomiony o przesłaniu wezwania. Wprawdzie korespondencja skierowana do Odwołującego została fizycznie załadowana na Platformę Smart PZP, jednak Odwołujący nie otrzymał standardowo otrzymywanego przy takich działaniach automatycznego powiadomienia kierowanego na skrynkę mailową wykonawcy. Brak powiadomienia miał zatem, po pierwsze, charakter obiektywny (w sytuacji Odwołującego mógł znaleźć się każdy wykonawca, który akurat tego dnia otrzymałby jakąkolwiek korespondencję od Zamawiającego). Ponadto brak powiadomienia miał charakter niezależny od Odwołującego. Wynikał on wyłącznie z przyczyn leżących po stronie Operatora Platformy, którego przedstawiciel przyznał tę okoliczność w skierowanej do Odwołującego korespondencji. W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego – nie można przyjąć, wezwanie zostało mu skutecznie doręczone.

Odwołujący podniósł, że cena skuteczności doręczenia oświadczenia składanego za pomocą środków komunikacji elektronicznej podlega z kolei art. 61 § 2 Kc, zgodnie z którym 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. Zgodnie z ogólną regułą art. 6 KC, na składającym oświadczenie woli (nadawcy) spoczywa ciężar dowodu, że jego oświadczenie woli doszło do adresata w taki sposób, że adresat mógł się z nim zapoznać w normalnym toku czynności (w tym przypadku ciężar ten obciąża Zamawiającego). W przypadkach komunikacji elektronicznej podstawę do ustalenia chwili złożenia oświadczenia przyjęto wprowadzenie tej informacji "do środka komunikacji elektronicznej". Jednakże, nie jest to jeszcze moment uznany za złożenie oświadczenia woli. Aby go ustalić, należy jeszcze wziąć pod uwagę, że powinno to nastąpić w taki sposób, żeby adresat mógł zapoznać się z treścią oświadczenia w normalnym toku czynności. Taki stan rzeczy może się więc ziścić później niż w momencie wprowadzenia informacji do środka komunikacji adresata. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6 kwietnia 2018 r. (sygn. V Aga 259/18), w którym stwierdza się, że dla uznania, że doręczenie faktycznie miało miejsce, nie jest wystarczające wyłącznie wprowadzenie oświadczenia do systemu komunikacji elektronicznej, ponieważ

stan taki nie stwarza pewności co do tego, czy rzeczywiście trafiło ono do operatora usług telekomunikacyjnych, a następnie stało się dostępne dla adresata tak, aby ten miał możliwość zapoznania się z jego treścią.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wprowadził jakiegokolwiek domniemania skuteczności doręczenia korespondencji do wykonawców. Tym bardziej zatem istotne znaczenie miały automatycznie generowane powiadomienia wysyłane na adres poczty elektronicznej wykonawców, które dawały możliwość uzyskania wiedzy o nowej korespondencji, a zatem stwarzały realną (a nie formalną) możliwość zapoznania się z oświadczeniem skierowanym do wykonawcy. W zaistniałym w sprawie stanie faktycznym, brak takiego powiadomienia skutkowało tym, że Odwołujący miał ograniczoną możliwość zapoznania się z treścią korespondencji niż by miał, gdyby narzędzie do komunikacji zapewnione przez Zamawiającego (Platforma Smart PZP) nie miało akurat w dniu 13 lutego 2020 r. przejściowych trudności w działaniu systemu mailingowego. Powyższe było bezpośrednią i jedyną przyczyną bierności Odwołującego.

W ocenie Odwołującego zupełnie irrelevantną pozostaje należyta staranność wykonawcy, której Odwołującemu nie sposób odmówić. Nie można przecież oczekiwać od wykonawcy (takiego jak Odwołujący, który bierze udział w kilkunastu równolegle prowadzonych przetargach w Polsce, obsługiwanych przez rozmaite platformy zakupowe), aby co kilka godzin logował się na każdą platformę, w oparciu o którą prowadzone są postępowania, w których bierze udział. Sytuację taką można by porównać do tej, kiedy przedsiębiorca w oczekiwaniu na ważną przesyłkę listową codziennie miałby chodzić do urzędu pocztowego (na wszelki wypadek) i każdorazowo upewniać się, czy jakiś list nie został do niego awizowany (bo przecież listonosz mógł przez omyłkę nie zostawić w skrzynce awiza). W tym sensie ewentualna argumentacja Zamawiającego sprowadzająca się do uznania, że skoro Odwołujący pozostaje podmiotem prowadzącym działalność gospodarczą (profesjonalista), to należy wymagać od niego należytej staranności (choć w tym przypadku lepszym określeniem byłaby chyba „nadzwyczajna” staranność) i w związku z tym, powinien on regularnie sprawdzać Platformę Smart PZP pod kątem nowej korespondencji, byłaby zbyt daleko posunięta. Ponadto brak samodzielnego sprawdzenia zawartości ewentualnej korespondencji na Platformie Smart PZP był w tym konkretnym przypadku uzasadniony nie tylko brakiem otrzymania automatycznie generowanego powiadomienia o nowej korespondencji. Należy bowiem zauważyć, że dwa dni przed wezwaniem z 13 lutego 2020 r., Odwołujący przesłał do Zamawiającego (także za pośrednictwem owej platformy) wyjaśnienia dotyczące ceny zaoferowanej w postępowaniu (zob. punkt 1.8 treści uzasadnienia niniejszego odwołania). Tym samym, Odwołujący miał pełne prawo przypuszczać, że brak jakichkolwiek automatycznie generowanych

powiadomień ma związek z procesem badania przedłożonych przez niego dwa dni wcześniej wyjaśnień (o przedstawieniu, których otrzymał automatycznie generowane powiadomienie na skrzynkę pocztową).

Odwołujący stwierdził, że skoro Odwołujący nie został skutecznie wezwany do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie to nie odniosło jakichkolwiek skutków prawnych), to tym samym jego wykluczenie oparte na tej podstawie jest również wadliwe. Niezależnie od powyższego, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania jest także niezgodna z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, a także tezami płynącymi z orzecznictwa Izby. Po pierwsze, wykluczenie Odwołującego wydaje się nie do pogodzenia z zasadą proporcjonalności prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje się w motywie 101 do Dyrektywy 2014/24/UE, drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Trudno byłoby w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym mówić o tym, że brak zaznaczenia jednej kratki w formularzu JEDZ nie stanowi drobnej, jedynie formalnej, nieprawidłowości. Po drugie, wykluczenie Odwołującego w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym miało, co najmniej, charakter przedwczesny. Gdyż Zamawiający nie powinien podejmować decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania nie mając absolutnej pewności co do tego, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe wskazuje na to, że nie powinny istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do słuszności decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Gdyby bowiem takie wątpliwości istniały, to należałoby je rozstrzygnąć na korzyść wykonawcy jako słabszej strony w stosunku do Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę, zabezpieczył ją wadium w wysokości 30.000 złotych, oświadczył, w formularzu ofertowym, że zapoznał się z treścią SIWZ i że ją akceptuje, aktywnie uczestniczył w Postępowaniu, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny ofertowej Odwołującego, trudno byłoby przyjąć, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (bo przecież do złożenia wyłącznie takiego oświadczenia sprowadzało się wezwanie z 13 lutego 2020 r.). Tym bardziej, że Odwołujący począwszy od 26 stycznia 2018 r. do 25 stycznia 2020 r. świadczył u Zamawiającego usługi serwisowe rezonansu magnetycznego, będące przedmiotem Postępowania.

Odwołujący powołał się na opinię prawną dotyczącą sposobu postępowania z ofertą elektroniczną, opublikowanej w Informatorze 3/2019. Wskazano w niej, że w sytuacji wystąpienia problemów technicznych zamawiający jest zobligowany do podjęcia czynności mających na celu wyjaśnienie, jaka jest przyczyna zaistniałych problemów, gdyż ma to kluczowe znaczenie dla dalszego przebiegu postępowania i determinuje dalsze czynności



zamawiającego. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zaniechał w tym przypadku jakichkolwiek czynności weryfikacyjnych, mimo że powinny zaistnieć u niego obiektywne wątpliwości co do zasadności dalszych działań. Wątpliwości powinny być pojawić się u Zamawiającego, tym bardziej że jego działania zmierzały ku jednej z najpoważniejszych sankcji przewidzianych przepisami Pzp w stosunku do wykonawcy – wykluczenia z postępowania. Co za tym idzie, Zamawiający powinien był te wątpliwości wyjaśnić. Gdyby taką próbę podjął, z łatwością ustaliby, że wezwanie nie zostało Odwołującemu doręczone, co musiało skutkować skierowaniem do niego ponownego wezwania.

Dalej Odwołujący podniósł, że nawet przyjmując założenie (z którym Odwołujący się nie zgadza), że wezwanie z 13 lutego 2020 r. zostało skutecznie doręczone (tj. w sposób umożliwiający mu faktyczne zapoznanie się z jego treścią), to i tak Zamawiający wobec oczywistych wątpliwości w zakresie bierności Odwołującego, był w pełni uprawniony do ponownego wezwania Odwołujących do uzupełnienia formularza JEDZ.

Zdaniem Odwołującego treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazuje, ani tym bardziej nie nakazuje zamawiającym na jednorazowy obowiązek wzywania wykonawców do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń. Przepis ten nie zawiera bowiem jakiegokolwiek wskazówki, która przemawiałaby za taką tezą. Przekonanie o jednokrotności wezwania ukształtowało się, błędnie, na podstawie orzecznictwa KIO i sądów powszechnych. Argumentacja taka opiera się na ogólnym i nieuzasadnionym twierdzeniu, jakoby inna wykładnia tego przepisu miała naruszać art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Trudno byłoby jednak zakładać, bez odniesienia się do konkretnych okoliczności faktycznych, że wskazana zasada rzeczywiście zostaje naruszona poprzez skierowanie ponownego wezwania. Za słuszością poglądu o możliwości wielokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przemawia także fakt, że ustawodawca tam, gdzie zamierzał wyraźnie określić „jednorazowość” obowiązku, wskazał to jednoznacznie w ustawie, czego przykładem jest art. 85 ust. 2 ustawy Pzp. Tam zaś, gdzie wolą ustawodawcy jest jednoznaczne wskazanie i jednocześnie ograniczenie ilości możliwych wezwań, przyjmuje on w tym zakresie stosowne regulacje, na co wskazuje przykładowo art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 13 maja 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących, zgodnie z którym zamawiający wzywa do złożenia uzupełnień dokumentów nie więcej niż trzykrotnie. Tam więc, gdzie ustawodawca zamierza wyraźnie przewidzieć określone obowiązki oraz prawa zamawiających, odzwierciedla to jednoznacznie w przepisach. W pozostałych przypadkach pozostawia margines swobody zamawiającemu, który to margines należy zawsze interpretować w związku z naczelnymi zasadami prowadzenia postępowań przetargowych i w odniesieniu do konkretnych okoliczności

danego stanu faktycznego. Nie jest jednak uprawnione przyjmowanie, że ewentualne kolejne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia formularza JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zawsze i w każdej sytuacji jest równoznaczne z naruszeniem art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł, że zarówno wykładnia językowa, jak również prounijna (w szczególności brzmienie art. 56 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazują na brak zasady jednokrotności w zakresie wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co wprost wskazuje na błędną jego interpretację i zastosowanie przez Zamawiającego. Nieznajującym uzasadnienia w zasadach prawa zamówień publicznych jest działanie Zamawiającego sprowadzające się do wykluczenia Odwołującego tylko z powodu wątpliwego braku formalnego (braku zaznaczenia krzyżykiem jednej kratki w sekcji a w części IV JEDZ) w sytuacji, w której brak ten mógł zostać z łatwością uzupełniony poprzez skierowanie do Odwołującego ponownego wezwania. Takie ponowne wezwanie nie naruszałoby w tym przypadku zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ powinno było zostać skierowane do każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu, który znalazłby się w sytuacji analogicznej co Odwołujący. W świetle powyższego, zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z treścią wezwania z 13 lutego 2020 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie, stwierdzając, że określone przez Zamawiającego zasady komunikacji nie obejmowały systemu mailingowego, na którego wadliwe działanie powołuje się Odwołujący.

***Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:***

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W Rozdziale III SIWZ (Sposób komunikacji) pkt 2 Zamawiający podał:

*Komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami, w tym wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje, przekazywane są w formie elektronicznej za pośrednictwem Portalu PZP pod adresem <https://portal.smartpzp.pl/spsk1szczecin/>, w zakładce „Korespondencja”. Za datę wpływu oświadczeń, wniosków, zawiadomień, zaświadczeń oraz informacji przyjmuje się datę zapisania na serwerach. Aktualna data i godzina, zsynchronizowane z Głównym Urzędem Miar, wyświetlane są w prawym górnym rogu Portalu PZP. Wykonawca celem złożenia oferty rejestruje się na platformie pod adresem: <https://portal.smartpzp.pl/spsk1szczecin/> klikając przycisk „Założ konto”. Wykonawca rejestrując się akceptuje warunki korzystania z Portalu PZP, określone w Regulaminie podczas rejestracji oraz uznaje go za wiążący. Korzystanie z Portalu PZP jest bezpłatne. Podgląd i pobieranie dokumentacji postępowania nie wymaga logowania. WAŻNE! Do założenia konta wymagany jest certyfikat kwalifikowany.*

*Szczegółowe informacje dot. sposobu wykonania tych czynności znajdują się w „Instrukcja obsługi Portalu e-Uслуг SmartPZP”, dostępnej na stronie Platformy pod adresem <https://portal.smartpzp.pl/spsk1szczecin/elearning>. Na tej stronie znajduje się również treść Regulaminu Portalu PZP, o którym mowa powyżej.*

W dniu 13 lutego 2020 r. Zamawiający zamieścił na platformie elektronicznej Portal PZP skierowane do Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie datowane na 12 lutego 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia części IV Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia – Kryteria kwalifikacji. Zamawiający podał: *W załączonym do oferty JEDZ Wykonawca nie umieścił informacji dotyczącej spełniania kryteriów kwalifikacji (sekcja α lub sekcje A-D w niniejszej części). Wykonawca może ograniczyć się do wypełnienia sekcji α w części IV JEDZ i nie musi wypełniać żadnej z pozostałych sekcji w części IV. Zamawiający zobowiązał Odwołującego do dostarczenia dokumentu w formie elektronicznej za pośrednictwem Portalu PZP do dnia 17 lutego 2020 r. godz. 9.00 pod rygorem wykluczenia z postępowania.*

Po upływie ww. terminu Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że pismem z 12 lutego 2020 r. (przesłanym 13 lutego 2020 r. za pośrednictwem portalu e-usług Smart PZP) Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz że w wyznaczonym terminie wykonawca nie odpowiedział na wezwanie.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny niniejszej sprawy podlegał ocenie z uwzględnieniem następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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;
- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że 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;
- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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;
- art. 10b ustawy Pzp zgodnie z którym 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;
- § 2 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320), stosownie do którego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu;

- art. 61 § 2 Kc § Kc, który stanowi, że 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.

Okoliczność, że Odwołujący nie otrzymał powiadomienia mailowego o skierowaniu do niego wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, została przez Izbę uznana za udowodnioną. Odwołujący przedstawił na potwierdzenie tej okoliczności treść odpowiedzi uzyskanych od przedstawiciela spółki prowadzącej Portal PZP. W mailu z 17 lutego 2020 r. Odwołujący otrzymał następującą informację: *Uprzejmie informujemy, że w związku z dodaniem nowego dokumentu w korespondencji ofert w postępowaniu ZP-261-70/2019 dnia 13.02.201 zostało wysłane do Państwa powiadomienie w systemie. Powiadomienie mailowe nie zostało wysłane. Z kolei w mailu z 18 lutego 2020 Odwołujący uzyskał następującą informację od podmiotu prowadzącego platformę elektroniczną: (...) powiadomienia mailowe otrzymywane z platformy Smart PZP są na stałe wpisane w funkcjonalność platformy. W związku z dodaniem nowego dokumentu w korespondencji oferty w postępowaniu ZP-261-70/2019 o godzinie 08.09 dnia 13.02.2020 zostało wysłane do Państwa powiadomienie w systemie. Powiadomienie mailowe z uwagi n przejściowe trudności w działaniu systemu mailingowego nie zostało wysłane. Ponadto informujemy, że dokument został przez Państwa pobrany po raz pierwszy o godzinie 12.36 dnia 2020.02.17.*

Z powyższej korespondencji jednoznacznie wynika, że powiadomienie mailowe o skierowaniu do Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów nie zostało do niego wysłane oraz że Odwołujący pobrał to wezwanie z platformy elektronicznej po raz pierwszy już po upływie terminu wyznaczonego przez Zamawiającego na uzupełnienie JEDZ.

Zamawiający natomiast nie tylko nie przedstawił dowodów przeciwnych, ale też w ogóle nie zakwestionował tych okoliczności. Zasadność wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wywodził z przysługujących mu uprawnień do określenia zasad komunikacji z wykonawcami oraz z postanowień SIWZ określających te zasady.

Istotą sporu było więc to, czy fakt nieotrzymania powiadomienia mailowego o skierowaniu do wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów usprawiedliwia niezareagowanie na to wezwanie. W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można uznać, że wezwanie zostało wykonawcy doręczone w sposób gwarantujący mu możliwość zastosowania się do tego wezwania.

Za udowodnione uznano, że platforma posiada funkcjonalność wysyłania powiadomień mailowych o zamieszczeniu na platformie elektronicznej korespondencji skierowanej do wykonawców. Wynika to nie tylko z przedstawionej przez Odwołującego korespondencji z przedstawicielem spółki Portal PZP, ale również z tego, że

o zamieszczeniu wcześniej kierowanej korespondencji wykonawca został poinformowany mailowo. Podobnie, został poinformowany o zamieszczeniu na platformie informacji o wykluczeniu go z postępowania. W związku z tym nie sposób podzielić argumentacji Zamawiającego, że wykonawca dopiero z późniejszej korespondencji z przedstawicielem Portalu PZP uzyskał informację o istnieniu takiej funkcjonalności. Udowodnione zostało również, że Odwołujący po raz pierwszy pobrał wezwanie już po upływie terminu wyznaczonego na uzupełnienie dokumentu.

W związku z powyższym nie można uznać, że przedstawione przez Zamawiającego dowody w postaci umowy o świadczenie usług elektronicznych oraz instrukcji obsługi platformy elektronicznej potwierdzają zasadność stanowiska Zamawiającego. Niezależnie bowiem od informacji wynikających z tych dowodów faktem jest, że Portal PZP posiada funkcjonalność powiadomień mailowych i że powiadomienia te były do wykonawców wysyłane.

Skoro więc Odwołujący miał wiedzę, że taka funkcjonalność na platformie istnieje, to mógł działać w zaufaniu do sposobu jej funkcjonowania i uznać, że brak informacji mailowych oznacza, że żadna nowa korespondencja nie została do niego skierowana. W tych okolicznościach nie można Odwołującemu zarzucić niedołożenia należytej staranności w związku z zaniechaniem bieżącego monitorowania platformy i zamieszczanych na niej dokumentów.

Oceny tej nie zmienia brzmienie postanowień SIWZ odnoszących się do komunikacji między Zamawiającym a wykonawcą. W ocenie Izby, nawet jeśli postanowienia te nie przewidywały powiadomień mailowych, to nie ulega wątpliwości, że powiadomienia takie były do wykonawców wysyłane, a w jednym przypadku, na skutek błędu w działaniu platformy, powiadomienie takie nie nastąpiło.

Ponadto, zdaniem Izby, z postanowień SIWZ dotyczących sposobu komunikacji między Zamawiającym a wykonawcą nie wynika domniemanie, że zamieszczenie wezwania na platformie jest równoznaczne z jego doręczeniem. Ze sformułowania „za datę wpływu (...) przyjmuje się datę zapisania na serwerach” takie domniemanie jednoznacznie nie wynika. Nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez datę wpływu, literalnie sformułowanie to nie oznacza daty doręczenia. W związku z nieprecyzyjnym brzmieniem tego postanowienia, nie może być ono interpretowane na niekorzyść wykonawcy i stanowić podstawy do wniosku o zaistnieniu podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W związku z powyższym Izba doszła do przekonania, że Odwołujący w sposób niezawiniony nie zapoznał się z wezwaniem, a w konsekwencji nie mógł na nie zareagować.

Skład orzekający w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 1748/19, wydanego w podobnym stanie faktycznym. Izba wskazała w nim: *Biorąc pod uwagę opisane powyżej okoliczności Izba uznała, że brak jest podstaw do stwierdzenia, że nieskuteczne doręczenie nastąpiło z przyczyn leżących po którejkolwiek ze Stron. Co istotne, w ocenie Izby, wykazane zostało, że wykonawca nie przyczynił się do braku możliwości zapoznania się z treścią wezwania wystosowanego przez Zamawiającego. Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdził, że wykonawca powinien monitorować tok postępowania logując się na platformę bez względu na otrzymywane powiadomienia lub ich brak. Izba uznała, biorąc pod uwagę sposób działania platformy, tj. system wysyłania powiadomień na podane przez wykonawcę adresy poczty elektronicznej, że nie można wyciągać wobec wykonawcy konsekwencji z tytułu zaniechania poszukiwania aktywności Zamawiającego na platformie w sytuacji, gdy wykonawca nie otrzymał powiadomień o takiej aktywności. Należy zauważyć, że system powiadomień został utworzony właśnie po to, aby nie było konieczne nieustanne monitorowanie czy na platformie pojawiła się jakakolwiek korespondencja.*

Niezależnie od powyższej argumentacji, pomocniczo wskazać również należy na wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę proporcjonalności, zobowiązującą zamawiającego do podejmowania takich działań, które są niezbędne do osiągnięcia celów postępowania. Biorąc pod uwagę zakres nieprawidłowości w przedstawionym przez Odwołującego dokumencie JEDZ (brak zaznaczenia odpowiedniej kratki w sekcji α) oraz okoliczności, z powodu których nie doszło do jego uzupełnienia, należy stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania nie było zgodne z zasadą proporcjonalności.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezasadne, a Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Ponieważ naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu, a Izba nakazała Zamawiającemu ponowienie wezwania o takiej samej treści, jak wezwanie skierowane do Odwołującego 13 lutego 2020 r.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b 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), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

**Przewodniczący:** .....