

Sygn. akt: KIO 2018/18

WYROK
z dnia 18 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 października 2018 r. przez wykonawcę **SELEN Sp. z o.o. z siedzibą w Grodzisku Mazowieckim**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową Nr 2063 w Warszawie**,

przy udziale wykonawcy **STEKOP S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zakresie części III zamówienia:
 - 1.1. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
 - 1.2. unieważnienie czynności zatrzymania wadium Odwołującego;
 - 1.3. unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
 - 1.4. dokonanie czynności wezwania Odwołującego – na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – do złożenia wyjaśnień dotyczących hasła dostępu do pliku JEDZ;
2. Kosztami postępowania obciąża Jednostkę Wojskową Nr 2063 w Warszawie 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 2017 r., poz. 1579 z późn. 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa Nr 2063 w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dozór i ochrona mienia obiektów administrowanych przez Jednostkę Wojskową Nr 2063 w Warszawie.*

W dniu 4 października 2018 r. wykonawca SELEN Sp. z o.o. wniósł odwołanie dotyczące części III zamówienia, kwestionując zasadność wykluczenia go z postępowania i zatrzymania wadium oraz czynności i zaniechania poprzedzające to wykluczenie. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, który jest w pełni poprawny, a zatem nie podlega uzupełnieniu;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie hasła, którym opatrzony jest dokument JEDZ;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, choć Zamawiający dysponuje dokumentem JEDZ, który potwierdza spełnienie tych warunków oraz brak podstaw do wykluczenia;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezzasadne uznanie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, choć nie została spełniona przesłanka obligująca Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, poprzez bezzasadne zatrzymanie wadium, choć czynność pierwotna – wezwanie do uzupełnień – była obarczona błędem;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezachowanie należytej staranności i zaniechanie dążenia do uzyskania potwierdzenia otrzymania wezwania do uzupełnienia dokumentów.

1. Zarzut bezzasadnego wezwania do uzupełnienia JEDZ zamiast do wyjaśnień

Odwołujący wskazał, że 24 września 2018 r. Zamawiający przekazał mu faksem wezwanie do uzupełnienia dokumentu JEDZ. W wezwaniu tym Zamawiający powołał się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wskazał, że *pliki przesłane przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem innym niż zostało podane w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł otworzyć przesłanych plików.*

Odwołujący podniósł, że nie nastąpiła żadna okoliczność faktyczna, umożliwiająca Zamawiającemu żądanie od Odwołującego uzupełnienia dokumentu JEDZ, gdyż złożony dokument JEDZ jest kompletny, o czym jednak nie przekonał się nawet Zamawiający, ponieważ w ogóle go nie zbadał. Po jego otwarciu Zamawiający uzyska informacje wskazujące, że przedmiotowy JEDZ zawiera wszystkie strony i wymagane oświadczenia oraz nie zawiera błędów. Zatem, czynność wezwania do uzupełnień jest całkowicie bezzasadna, a w najlepszym dla Zamawiającego przypadku – przedwczesna. Dopiero zbadanie przesłanego dokumentu i dopatrzenie się w nim niedoskonałości (lub stwierdzenie, że w ogóle nie znajduje się on w ofercie – co w tym przypadku nie ma miejsca) obliguje Zamawiającego do wezwania wykonawcy do konwalidowania własnej oferty, poprzez uzupełnienie wymaganych w SIWZ dokumentów, pod rygorem zatrzymania wadium.

Zdaniem Odwołującego trybem, który powinien być przez Zamawiającego zastosowany, jest wezwanie do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Problematyczny nie jest bowiem złożony przez Odwołującego dokument JEDZ, lecz złożone w ust. 6 Formularza oferty oświadczenie w zakresie hasła, którym zabezpieczony jest formularz JEDZ (HASŁO DOSTĘPU DO PLIKU JEDZ 124SEL Wykorzystany program szyfrujący/ procedura odszyfrowania danych zawartych w JEDZ: 7-zip). Uzyskane od Odwołującego wyjaśnienia mogą doprowadzić do tego, że Zamawiającemu uda się jednak otworzyć zaszyfrowany plik lub otrzyma poprawne hasło, a cytowany fragment oferty będzie mógł skorygować, stosując tryb z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Aby jednak uzyskać informacje niezbędne do wyjaśnienia zaistniałych problemów technicznych, Zamawiający musi zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienia. Czynność wyjaśnień nie jest bowiem przywilejem Zamawiającego, lecz z uwagi na rygor należytej staranności, jest obowiązkiem Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że wezwanie do złożenia wyjaśnień kierowane do wykonawców w trybie z art. 26 ust. 4 lub 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie podlega ograniczeniom ilościowym, natomiast żądanie uzupełnienia, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może zostać skierowane do wykonawcy tylko jeden raz. Zamawiający nie może zatem bezzasadnie pozbawiać Odwołującego możliwości uzupełnienia JEDZ zaskarżanym wezwaniem. Jeżeli złożony przez Odwołującego JEDZ okazałby się niedoskonały, a Zamawiający uznałby, że niedoskonałość ta jest usuwalna w drodze uzupełnień, to Odwołujący powinien mieć taką możliwość. Zastosowanie trybu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na obecnym etapie, bezprawnie pozbawiłoby Odwołującego możliwości konwalidowania ewentualnych braków JEDZ.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie jest uprawniony do wykluczenia wykonawcy, odrzucenia jego oferty czy też uznania tej oferty za odrzuconą, bez uprzedniego

wzywaniu do wyjaśnień. Konsekwencje wykluczenia oraz odrzucenia oferty czy też uznania tej oferty za odrzuconą są tak daleko idące, że Zamawiający powinien upewnić się, czy na pewno zaistniały przesłanki do podjęcia tych czynności.

Odwołujący podkreślił, że żądana czynność wyjaśnień mieści się w granicach ingerencji w treść oferty, wskazanych przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który stoi na stanowisku, że zasada równego traktowania nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistych omyłek, przy czym należy jednak przestrzegać określonych wymogów.

2. Zarzut bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą

Odwołujący wskazał, że 27 września 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 24 ust. 4 uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą. Jako podstawę faktyczną tych czynności Zamawiający wskazał, że *Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedłożenie wymaganego przez Zamawiającego, niezbędnego do przeprowadzenia postępowania (oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania) Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ). Oświadczenia złożone przez Wykonawcę w formie elektronicznej zostały opatrzone hasłem, które Wykonawca zobowiązany był udostępnić Zamawiającemu w złożonej ofercie. (...) Udostępnione w ofercie hasło nie umożliwia otwarcia przesłanych dokumentów. W związku z powyższym w dniu 24 września 2018r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia, do dnia 26.09.2018r. do godz. 1500 oświadczenia JEDZ opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnioną osobę. Wykonawca nie uzupełnił dokumentu.*

Odwołujący podniósł, że choć Zamawiający nie zbadał dokumentu JEDZ i nie podjął stosownych działań, mających na celu jego zbadanie, to bez jakiegokolwiek wiedzy o treści złożonego JEDZ uznał, że przedłożony dokument nie potwierdza braku podstaw do wykluczenia. Zdaniem Odwołującego, wobec wadliwości czynności wezwania do uzupełnień, uznać należy, że również czynności wykluczenia Odwołującego oraz uznania oferty za odrzuconą obarczone są wadą.

3. Zarzut bezzasadnego zatrzymania wadium

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował Odwołującego iż zatrzymuje wpłacone w części III wadium, w wysokości 50.000,00 PLN. Zdaniem Odwołującego czynność ta była bezpodstawna.

Odwołujący podniósł, że ratio legis wprowadzenia do ustawy Pzp art. 46 ust. 4a było zapobiegnięcie znikom przetargowym – nieuczciwym praktykom wykonawców polegających na świadomym i celowym nieuzupełnieniu dokumentów przez wykonawcę, którego oferta była najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert w celu uzyskania zamówienia przez innego droższego wykonawcę, pozostającego w zmowie z wykonawcą wezwanym do uzupełnienia. Tymczasem Odwołujący od początku działał i działa w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia, o czym świadczy m.in. wniesione odwołanie. Odwołujący podkreślił, że w orzecznictwie stanowczo wskazuje, że przepis art. 46 ust. 4a ustawy Pzp ma charakter restrykcyjny i dolegliwy finansowo dla wykonawcy i dlatego powinien być interpretowany w sposób zgodny z wykładnią celowościową.

Odwołujący zaznaczył, że skutkiem zatrzymania wadium nie będzie przeciwdziałanie zmowie przetargowej – gdyż takowej nie było – lecz pokrzywdzenie rodzinnej firmy, dla której kwota wniesionego w Części III wadium, tj. 50.000,00 PLN, jest kwotą istotną. Zatrzymanie wadium może wpłynąć na kondycję finansową Odwołującego. Odwołujący nie będzie mógł przeznaczyć zatrzymanych środków zarówno ani na bieżącą działalność (m.in. wypłatę wynagrodzeń pracowniczych), ani na inwestycje. Może to doprowadzić do osłabienia zdolności konkurencyjnej Odwołującego na rynku usług ochroniarskich, w tym również w przyszłych potencjalnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie uwzględnił, że może wyjaśnić, dlaczego zaistniała sytuacja, w której Odwołujący nie uzupełnił żądanego dokumentu – czy wynika to z uznania wezwania za nielegalne, czy też może z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego, a może jednak z przyczyn leżących po stronie Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie powinien działać automatycznie, ale powinien sprawdzić, dlaczego Odwołujący nie przedłożył dokumentu JEDZ. Ponowne wezwanie oraz wyjaśnienie przedmiotowej sytuacji byłoby zgodne zarówno z celem przepisów art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jak również art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż przepisy nie zostały stworzone po to, aby bezwzględnie eliminować wykonawców w każdym przypadku niedociągnięcia i karnie zatrzymywać im wadium, ale po to, aby wybierać wykonawców zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania, przy uwzględnieniu indywidualnej charakterystyki danego rynku i postępowania.

Tymczasem, Odwołujący nie dostarczył Zamawiającemu JEDZ, gdyż nie uważa, że przedmiotowe wezwanie do uzupełnień jest legalne. Jednocześnie, Odwołujący postanowił zaskarżyć tę czynność Zamawiającego, aby ostatecznie wyrugować ją z postępowania, wraz z dalszymi nielegalnymi skutkami prawnymi, będącymi konsekwencją tego wezwania. Odwołujący ma bowiem świadomość, że samo poinformowanie Zamawiającego

o nielegalności czynności bez formalnego zaskarżenia tej czynności w ramach dostępnych w ustawie Pzp środków ochrony prawnej, nie skutkuje uchycieniem nielegalnej czynności.

Odwołujący oświadczył, że brak jakiegokolwiek reakcji (nawet grzecznościowego poinformowania Zamawiającego o nielegalności podjętych i zaniechanych przez niego czynności) wynikał z faktu, że informacja przesłana faksem nie dotarła do Odwołującego. O tym, że skarżone wezwanie zostało wystosowane Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o wykluczeniu go z postępowania. Z uwagi na tę informację 2 października 2018 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesłanie dokumentu wezwania. Zamawiający przesłał Odwołującemu skany wezwania oraz potwierdzenia nadania faksu 3 października 2018 r. Zapoznając się z ich treścią Odwołujący powziął szczegółowe informacje, w jaki sposób i jaką drogą wezwanie do uzupełnień zostało przekazane. Odwołujący nie zareagował na to wezwanie, gdyż absolutnie nie miał wiedzy, że faks taki został do niego nadany. Podjął próbę zlokalizowania przedmiotowego wydruku faksu, lecz w dalszym ciągu nie jest w stanie stwierdzić, dlaczego pomimo uzyskania przez Zamawiającego komunikatu „OK” na potwierdzeniu nadania faksu, dokument ten nie trafił do Działu Zamówień Publicznych. Trudno jest Odwołującemu jednoznacznie wskazać, czy wynika z przyczyn technicznych nieleżących po stronie Odwołującego (np. błędny komunikat na wydruku Zamawiającego, usterka techniczna faksu Odwołującego, przypadkowe zabranie dokumentu przez listonosza czy kuriera, przy zbieraniu własnych rzeczy), czy też z przyczyn leżących po stronie Odwołującego (np. błąd ludzki, polegający na przypadkowym zniszczeniu faksu przed jego zarchiwizowaniem, zawiruszenie się faksu, z uwagi na przeciąg i porwanie kartki z faksu). Niezależnie jednak od powodów, dla których wezwanie nie dotarło do Odwołującego, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w żaden sposób nie zbadał tych powodów, lecz w sposób wręcz automatyczny podjął czynność zatrzymania wadium, zupełnie w oderwaniu od celu przepisu, jakiemu służy norma zawarta w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

4. Zarzut niedołożenia należytej staranności przy czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia JEDZ

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w SIWZ określił sposób potwierdzenia otrzymanej korespondencji, lecz obowiązki te nałożył wyłącznie na wykonawców, sam niejako zwalniając się z obowiązku należytej staranności w zakresie dążenia do uzyskania informacji, czy przekazana korespondencja dotarła do adresata. Zgodnie z rozdz. VII ust. 3 pkt 9 SIWZ wykonawca, przesyłając JEDZ, żąda potwierdzenia dostarczenia wiadomości zawierającej JEDZ, zgodnie natomiast z rozdz. VII ust. 5 SIWZ, jeżeli wykonawca przekazuje oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r.

o świadczeniu usług lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Stosownie do rozdz. VII ust. 6 SIWZ, oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje przekazane za pomocą środków komunikacji elektronicznej uważa się za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata tj. na serwer Zamawiającego, przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona.

Odwołujący podniósł, że w wezwaniu do uzupełnienia JEDZ Zamawiający nie zażądał od Odwołującego, aby ten potwierdził fakt otrzymania pisma, tym samym nie dochował należytej staranności w zakresie weryfikacji, czy przesłane przez niego wezwanie rzeczywiście dotarło do Odwołującego. Stwierdził, że skoro Zamawiający uważa, że tak istotne dla prawidłowej komunikacji wykonawca-Zamawiający jest uzyskiwanie od Zamawiającego potwierzeń, że dana korespondencja dotarła do niego, to tę samą miarę powinien był stosować do komunikacji Zamawiający-wykonawca. Zamawiający w Rozdz. VII ust. 6 SIWZ zastrzegł nawet, że od potwierdzenia przez siebie, że dana korespondencja wpłynęła uzależnia dochowanie terminu na dokonanie danej czynności. Jednakże w korespondencji kierowanej do Odwołującego nie dążył nawet do zweryfikowania, czy dane wezwanie faktycznie do Odwołującego dotarło. Takie działanie jest tym bardziej bez troskie, że Zamawiający nie skorzystał z możliwości przesłania wezwania faksem oraz mailem lub na kilka adresów e-mail, lecz wysłał pismo wyłącznie faksem, bez zabezpieczenia się na wypadek zawodności wybranej metody doręczenia, a negatywnymi konsekwencjami za swoje zaniechanie obciąża Odwołującego. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający to podmiot profesjonalny, posługujący się obsługą specjalistów i działający w sztywnych ramach ustawy Pzp. To na nim ciąży obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a wykonawca ma prawo działać w zaufaniu do czynności Zamawiającego i nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędów lub braku wymaganej staranności Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu w zakresie części III zamówienia: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, unieważnienia czynności zatrzymania wadium Odwołującego, unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ oraz dokonania czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oferty w zakresie hasła, którym został opatrzony dokument JEDZ złożony wraz z ofertą.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca STEKOP S.A., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, 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.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 6 oferty Odwołujący podał następujące informacje dotyczące dokumentu JEDZ, który przekazał Zamawiającemu drogą elektroniczną: hasło dostępu do pliku JEDZ: 124SEL, wykorzystany program szyfrujący/procedura odszyfrowania danych zawartych w JEDZ”: 7-zip.

Pismem z 24 września 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń w formie JEDZ. Zamawiający wskazał w wezwaniu, że: *Pliki przesłane przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem innym niż zostało podane w ofercie. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł otworzyć przesłanych plików.* Zamawiający wyznaczył termin uzupełnienia na 26 września 2018 r. godz. 15. W aktach sprawy znajduje się wydruk z faksu, z potwierdzeniem wyniku transmisji (informacja „Ok”). Zamawiający nie zażądał od Odwołującego potwierdzenia otrzymania pisma.

Pismem z 27 września 2018 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający podał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez nieprzedłożenie dokumentu JEDZ. Zamawiający wskazał, że złożone przez wykonawcę oświadczenia w formie elektronicznej zostały opatrzone hasłem, które wykonawca zobowiązany był udostępnić Zamawiającemu w złożonej ofercie. *Wykonawca przekazał Zamawiającemu w ofercie hasło 124SEL przeznaczone do otwarcia przesłanych w formie elektronicznej dokumentów. Udostępnione w ofercie hasło nie umożliwiło otwarcia przesłanych dokumentów. W związku z powyższym w dniu 24.09.2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia, do dnia 26.09.2018 r. do godz. 15.00, oświadczenia JEDZ opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez upoważnioną osobę. Wykonawca nie uzupełnił dokumentu JEDZ. Ponadto Zamawiający poinformował: Zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz*

z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgodny na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zamawiający poinformował również, że zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Podstawą prawną oceny działań i zaniechań Zamawiającego są w rozpoznawanej sprawie następujące przepisy ustawy Pzp:

- *art. 24 ust. 1 pkt 12, 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. 26 ust. 3, zgodnie z którym 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. 87 ust. 1, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- *art. 46 ust. 4a, zgodnie z którym 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.*

Okoliczność, że podane w ofercie Odwołującego hasło dostępu do dokumentu JEDZ było nieprawidłowe, nie była między stronami sporna. Istotą sporu są konsekwencje podania błędnego hasła. Zamawiający w związku z nieuzyskaniem dostępu do tego dokumentu uznał go za niezłożony i zastosował procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a kolejne czynności w postaci wykluczenia wykonawcy i zatrzymania wadium były konsekwencją tego wezwania. Odwołujący natomiast zakwestionował zasadność zastosowania ww. procedury i zarzucił Zamawiającemu zaniechanie wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby stanowisko Odwołującego zasługuje na aprobatę, a działania Zamawiającego nie miały oparcia w stanie faktycznym i przepisach prawa. Zamawiający bezpodstawnie zastosował art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który nakazuje Zamawiającemu wezwanie wykonawcy do przedłożenia dokumentu, który nie został przedłożony, jest niekompletny lub zawiera błędy. W rozpoznawanej sprawie plik zawierający dokument JEDZ został Zamawiającemu dostarczony w formie elektronicznej, z uwagi na brak możliwości jego otwarcia Zamawiający nie mógł go jednak zweryfikować, nie mógł zatem ustalić, że jest on niekompletny lub że zawiera błędy. Z treści wezwania do uzupełnienia dokumentu JEDZ wynika zresztą, że Zamawiający takich okoliczności nie stwierdził, a jedyną okolicznością faktyczną, która legła u podstaw wezwania jest to, że cyt.: *pliki przesłane przez Wykonawcę zostały opatrzone hasłem innym niż zostało podane w ofercie*. Zamawiający zatem nie mógł ustalić i nie ustalił okoliczności, które uzasadniały zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie doszło bowiem ani do formalnej, ani do merytorycznej oceny złożonego dokumentu. Błędem obarczone było hasło dostępu do JEDZ, nie ma natomiast wiedzy, czy sam JEDZ zawiera jakiegokolwiek błędy.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że wobec braku możliwości otwarcia pliku zawierającego JEDZ za pomocą hasła podanego w ofercie Zamawiający nie tylko mógł, ale też miał obowiązek, wezwać Odwołującego do wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu w żadnej mierze nie byłoby prowadzeniem negocjacji co do treści oferty ani nie prowadziłyby do dokonania w niej niedopuszczalnych zmian. Informacja o hasle dostępu do dokumentu JEDZ została podana w ofercie, nie umożliwiła jednak Zamawiającemu dostępu do tego dokumentu. Oznacza to więc, że pojawiła się wątpliwość co do prawidłowości tej informacji. Nie sposób twierdzić, że złożenie przez wykonawcę wyjaśnień dotyczących tego hasła prowadziłyby do jakichkolwiek istotnych, merytorycznych zmian treści oferty, hasło to ma bowiem znaczenie informacyjno-techniczne, nie wpływa natomiast w żaden sposób na zakres i treść zobowiązania wykonawcy. Podobnie, wyjaśnienie kwestii prawidłowości hasła nie wpływałoby na treść i poprawność samego dokumentu JEDZ, a jedynie mogłoby spowodować, że Zamawiający uzyskałby

możliwość zapoznania się z nim, hasło takie jest bowiem tylko narzędziem umożliwiającym dostęp do dokumentu. Zauważenia wymaga także, że pierwszym nasuwającym się powodem niezyskania wglądu do pliku było popełnienie omyłki w hasle wpisanym do oferty, trudno bowiem zakładać, aby wykonawca z premedytacją podał hasło nieprawidłowe, a wyjaśnienie tej okoliczności mogłoby zapobiec wykluczeniu wykonawcy, którego oferta być może jest kompletna i prawidłowa. Wobec powyższego nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Zamawiającego o braku możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Stanowisko to jest tym bardziej nieuzasadnione, że sam Zamawiający stwierdził podczas rozprawy, że gdyby Odwołujący działał z należytą starannością, to powinien zorientować się, że popełnił błąd i z własnej inicjatywy przekazać Zamawiającemu prawidłowe hasło, co byłoby – zdaniem Zamawiającego – dopuszczalne. Pogląd taki jest wewnątrznie sprzeczny, nie sposób bowiem zrozumieć, dlaczego Zamawiający uznaje za niedopuszczalne przeprowadzenie wyjaśnień dotyczących prawidłowości hasła, a jednocześnie zarzuca wykonawcy, że nie poprawił swojego błędu przekazując mu hasło prawidłowe.

Zauważyć należy, że Zamawiający zamiast zmierzać do wyjaśnienia prawidłowości hasła, podjął czynności skutkujące dla wykonawcy daleko idącymi i niewspółmiernymi do popełnionego błędu konsekwencjami. Procedura z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dokonywana jest bowiem pod rygorem wykluczenia wykonawcy z postępowania i ewentualnego zatrzymania wadium. Nie może więc być ona stosowana zamiast wezwania do wyjaśnień, jeśli racjonalnie oceniając sytuację można przewidywać, że wyjaśnienia takie usunęłyby zaistniałe wątpliwości, pozwalając Zamawiającemu ustalić prawidłowość samego dokumentu JEDZ. Prawdopodobną bowiem przyczyną braku dostępu do dokumentu jest omyłka pisarska.

W niniejszej sprawie bezpodstawne skierowanie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp spowodowało w dalszej kolejności powstanie sporu co do skutecznego dostarczenia wezwania Odwołującemu, a w konsekwencji wykluczenie Odwołującego z postępowania i zatrzymanie wadium. Sekwencja tych zdarzeń nakazuje przyjąć, że kwestia prawidłowości wezwania do uzupełnienia JEDZ jest przesądzająca dla oceny następnych czynności. Skoro – jak wyżej zostało wskazane – skierowanie takiego wezwania było niezgodne z przepisami ustawy, to za nieprawidłowe należy uznać kolejne czynności Zamawiającego będące konsekwencją tego wezwania. Należy więc stwierdzić, że wykluczenie Odwołującego z postępowania i zatrzymanie wadium było nieprawidłowe, niezależnie do kwestii skuteczności doręczenia Odwołującemu wezwania. Kwestia ta byłaby istotna dla rozpoznania przedmiotowej sprawy w sytuacji, gdyby wezwanie do uzupełniania dokumentu było zasadne i zgodne z przepisami ustawy (jak zresztą wskazał Odwołujący na rozprawie –

zarzuty w tym zakresie zostały podniesione z ostrożności). Skoro tak nie było, to wykluczenie Odwołującego z postępowania i zatrzymanie wadium należy uznać za bezpodstawne.

Podsumowując, Zamawiający naruszył przepisy: art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 oraz art. 46 ust. 4a ustawy Pzp przez ich bezpodstawne zastosowanie, a także art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie. W konsekwencji naruszone zostały również zasady określone art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na mocy niniejszego wyroku Zamawiający powinien unieważnić wezwanie do uzupełnienia JEDZ, wykluczenie Odwołującego i zatrzymanie wadium oraz wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących hasła. Jeżeli w wyniku udzielonych wyjaśnień Zamawiający uzyska dostęp do dokumentu JEDZ, powinien dokonać jego badania.

W zakresie zatrzymania wadium wyjaśnienia wymaga, zgodnie z orzecznictwem Izby zaskarżenie samej czynności zatrzymania wadium nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania, gdyż czynność ta nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszej sprawie jednak Odwołujący zakwestionował również inne czynności towarzyszące zatrzymaniu wadium, a Izba ustaliła, że Zamawiający dokonując tych czynności naruszył przepisy ustawy, a naruszenie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu, a Izba nakazała usunięcie wszystkich stwierdzonych nieprawidłowości, w tym także w zakresie zatrzymania wadium.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: