

WYROK

z dnia 11 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Konik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółkę Akcyjną z siedzibą w Lubartowie**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Powiat Radzyński z siedzibą w Radzynie Podlaskim**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółkę Akcyjną z siedzibą w Lubartowie** i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów Spółki Akcyjnej z siedzibą w Lubartowie** na rzecz zamawiającego **Powiatu Radzyńskiego z siedzibą w Radzynie Podlaskim**, kwotę w wysokości 3 949,53 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz zwrotu kosztów dojazdu.

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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Powiat Radzyński, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi powiatowej nr 1218L na odcinku Borki – Ulan Majorat.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21 sierpnia 2018 r., pod numerem 159 - 365811.

W dniu 26 listopada 2018 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna z siedzibą w Lubartowie, wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp: unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, odrzucenia jego oferty oraz unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie niżej wskazanych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 3 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż była to jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu,
2. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp poprzez uznanie, iż Odwołujący wniósł wadium w niniejszym postępowaniu w sposób nieprawidłowy, gdyż:
 - zostało ono wystawione w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej,
 - do oferty został dołączony jedynie skan gwarancji, a nie jej oryginał,

podczas gdy, dokument gwarancji został złożony w formie oryginału i wystawiony w sposób wskazany przez Zamawiającego tj. oryginał dokumentu został podpisany zewnętrzną aplikacją do składania kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez gwaranta i załączony do oferty, którą Odwołujący złożył drogą elektroniczną w postępowaniu,

3. art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp poprzez unieważnienie postępowania ze względu na brak środków i rzekome przeznaczenie na ten cel kwoty 8 713 102,52 zł brutto, podczas gdy Zamawiający zwiększył pierwotną kwotę zamówienia do kwoty 11 229 323,40 zł, co powoduje, iż oferta Odwołującego mieściła się w szacunkowej kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na postępowanie.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
3. unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu całego postępowania,
4. dokonania czynności polegającej na wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż jego oferta, gdyby nie została odrzucona byłaby ofertą najkorzystniejszą niepodlegającą odrzuceniu. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zwiększył środki finansowe przeznaczone na zamówienia i wybrał już wcześniej ofertę Odwołującego. Z tego też względu nie ma żadnych podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający nie posiada odpowiednich środków finansowych, a przeznaczone na zamówienie środki finansowe są mniejsze niż szacowana przez Zamawiającego wartość całego zamówienia. W konsekwencji, nie ma żadnych podstaw do unieważnienia całego postępowania.

Następnie Odwołujący wskazał, że jednym z wymogów stawianych przez Zamawiającego było wniesienie wadium. Wszelkie informacje o wadium, w tym treść i sposób jego wniesienia Zamawiający określił w SIWZ. W pkt XII pkt 5 lit. b) zostało wskazane „oryginał dokumentu wymaga podpisania zewnętrzną aplikacją do składania kwalifikowanych podpisów elektronicznych przez właściwe osoby np. reprezentanta banku, ubezpieczyciela”. Zamawiający nie postawił żadnych innych wymogów co do treści, formy lub sposobu wniesienia wadium, niż te określone w SIWZ.

Odwołujący złożył swoją ofertę w przedmiotowym przetargu. Odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 10 386 033,02 zł brutto.

Początkowo Zamawiający przeznaczył na zamówienie kwotę 8 713 102, 52 zł brutto, jednak w dniu 18 października 2018 roku Rada Powiatu uchwałą nr XLVI1/190/2018 zwiększyła limit wydatków o kwotę 2 516 220,84 zł. W konsekwencji na realizację całego zamówienia, Zamawiający przeznaczył kwotę 11 229 323,40 zł.

W dniu 19 października 2018 roku (dzień po podjęciu uchwały), Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego.

W dniu 16 listopada 2018 roku, Zamawiający poinformował Odwołującego, że: (i) unieważnia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, (ii) odrzuca ofertę Odwołującego, (iii) unieważnia postępowanie. Jako podstawę swojej decyzji, Zamawiający wskazał nieprawidłowe wniesienie wadium, gdyż zdaniem Zamawiającego gwarancja wadialna została wystawiona w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej i jako taka jest jedynie skanem dokumentu papierowego.

Ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie zgadza się, z następujących powodów.

Zgodnie z art. 18 pkt 1 ustawy z dnia 5 września 2016 roku o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej, podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą certyfikatu

wywołuje skutki prawne w momencie jego złożenia. Oznacza to, że dokumenty opatrzone takim podpisem jest oryginałem i jako taki wywołuje skutki prawne od momentu opatrzenia go podpisem. Co więcej opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym powoduje nadanie takiemu dokumentu unikalnego i niepowtarzalnego certyfikatu (numeru). Certyfikat ten potwierdza nie tylko jego oryginalność, ale przesądza, że nie ma drugiego takiego samego dokumentu.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Balcia Insurancede SE Spółka europejska Oddział w Polsce (dalej jako „Gwarant”) wystawiła gwarancję wadialną i zaopatrzyła ją elektronicznym kwalifikowanym podpisem. Dokumentowi temu został nadany indywidualny numer porządkowy. W takiej też formie, Odwołujący przekazał dokument wadialny Zamawiającemu. Już sam fakt przekazania tego dokumentu w formie w jakiej Odwołujący otrzymał od gwaranta powinien wystarczać do uznania, że wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy. Niemniej jednak, jak wynika to bezpośrednio z treści gwarancji pkt 10 dokumentu wadialnego, została ona wystawiona w jednym egzemplarzu. Potwierdza to tylko, że Zamawiający posiada oryginał dokumentu i może skutecznie dochodzić z niego praw. Nie jest też prawdą jakoby Odwołujący mógł zwrócić dokument wadialny. Gwarant wystawił tylko jeden egzemplarz zaopatrzony w podpis z indywidualnym numerem i ten egzemplarz posiada właśnie Zamawiający. Tym samym, Odwołujący nie może skutecznie odwołać gwarancji. Niemniej jednak, Zamawiający całkowicie błędnie interpretuje kwestię zwrotu dokumentu wadialnego. Nawet, gdyby Odwołujący zwrócił dokument wadialny -przy Odwołujący twierdzi, że dokument ten jest w posiadaniu Zamawiającego - to i tak nie wywarłoby to żadnych skutków, a samo zabezpieczenie nadal byłoby skuteczne. Kwestia zwrotu dokumentu wadium była także przedmiotem rozstrzygnięć przed Izłą, która w wyroku z dnia 6 kwietnia 2011 roku (sygn. akt: KIO 628/11), orzekła, iż: „Zwrot dokumentu może nastąpić jedynie przez podmiot do tego uprawniony, a więc beneficjenta, na rzecz którego gwarancję wystawiono, czyli Zamawiającego. Zatem twierdzenia, na które powołuje się Zamawiający o rzekomym braku zabezpieczenia ewentualnych swoich roszczeń z tytułu zatrzymania wadium na skutek zwrotu gwarancji przez wykonawcę są nieuzasadnione. Jedynym uprawnionym do zwrotu dokumentu przed upływem okresu obowiązywania gwarancji jest Zamawiający w ściśle określonych przepisami okolicznościach”. Mając na uwadze treść orzeczenia, zdaniem Odwołującego uznać należy rozważania Zamawiającego w kwestii zwrotu dokumentu wadium za całkowicie chybione.

Jednocześnie wbrew twierdzeniom Zamawiającego, dokument wadialny nie jest tylko skanem, jest dokumentem zaopatrzonym w kwalifikowany podpis elektroniczny i jako taki nie może być skanem. Potwierdził to sam gwarant w piśmie z dnia 22 listopada 2018 roku, które zostało wydane na wniosek Odwołującego. Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, uznając że Odwołujący

w sposób nieprawidłowy wniósł wadium, podczas gdy wadium zostało wniesione w sposób jak najbardziej prawidłowy i co więcej, zgodnie z wytycznymi Zamawiającego. Podkreślić jednocześnie należy, iż sam Zamawiający podał w jakiej formie należy wnieść wadium i Odwołujący wniósł je właśnie w takiej formie i postaci.

Podkreślić należy także, iż Zamawiający złożone w takiej samej formie i postaci dokumenty wadialne innych Wykonawców uznał za poprawne. W przypadku konsekwentnego postępowania przez Zamawiającego w kwestii dokumentów wadialnych, musiałby on odrzucić także oferty innych Wykonawców, gdyż złożyli oni - podobnie jak Odwołujący - dokumenty wadialne w taki sam sposób i formie. Z tego też względu w ocenie Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 7 pkt 3 Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, iż wbrew treści pisma z dnia 16 listopada 2018 roku, kwota jaka została przeznaczona na przedmiotowe postępowanie jest wyższa niż wskazał to Zamawiający. Odwołujący raz jeszcze zwrócił uwagę na zwiększenie kwoty na sfinansowanie niniejszego postępowania, co znalazło potwierdzenie w treści uchwały rady powiatu. Tym samym, w ocenie Odwołującego naruszony został art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Na marginesie należy wskazać, iż Zamawiający przed odrzuceniem oferty, mając tak poważne wątpliwości co do dokumentu wadialnego, powinien był wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Zamawiający, nie dokonując tej czynności pozbawił się jednocześnie możliwości wyjaśnienia wątpliwości związanych z tym dokumentem. Niemniej jednak, dokument wadialny został złożony w sposób prawidłowy. Co więcej, Zamawiający może skutecznie dochodzić swoich praw związanych z dokumentem wadialnym.

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie domagając się oddalenia odwołania w całości ze względu na brak interesu prawnego po stronie odwołującego, ewentualnie ze względu na jego bezzasadność.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także złożone dowody, ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem zainteresowanym o ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, że zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego, kopia odwołania została wykonawcom przekazana w dniu 26 listopada 2018 r. elektronicznie za pomocą portalu e-usług zapewniającego komunikację między Zamawiającym a Wykonawcami. W terminie przewidzianym ustawą, do przedmiotowego postępowania odwoławczego, żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia w charakterze uczestnika postępowania.

Izba przyjęła do rozpoznania dowody złożone przez Strony podczas rozprawy, tj.

1. oświadczenie Balcia Insurance z dnia 23 listopada 2018 r. – dowód nr 1;
2. poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pisma z dnia 4 grudnia 2018 r., wraz z kopią dowodu nadania – dowód nr 3;
3. korespondencję mailową między pełnomocnikiem Zamawiającego, a RESO Europa Servie Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Suwałkach – dowód nr 3;
4. wydruk ze strony internetowej z którego wynika, że RESO jest partnerem generalnym Balcia Insurance SE w Polsce – dowód nr 4.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Jak wynika z rozdziału XI „Informacja o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami” SIWZ, Zamawiający zdecydował, na podstawie art. 18 pkt 1 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), że w niniejszym postępowaniu komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywać się będzie wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U.2017.1219 z późn. zm.).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały złożone trzy oferty opiewające na następujące kwoty: 10 386 033,02 zł, 11 189 343,46 zł oraz 15 088 676,15 zł. Przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w wysokości 8 713 102, 52 zł.

Pismem z dnia 16 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że dokonał ponownej analizy złożonych w postępowaniu ofert i doszedł do przekonania, że zaniechał czynności odrzucenia oferty Odwołującego w związku z nieprawidłowym wniesieniem wadium. Oferta Odwołującego została w związku z powyższym odrzucona na podstawie art. 98 ust. 1 pkt 7bustawy Pzp, ponieważ została w sposób nieprawidłowy zabezpieczona wadium z następujących powodów. Po pierwsze gwarancja

wadialna została wystawiona w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej. Po drugie do oferty został załączony jedynie skan gwarancji (elektroniczna kopia dokumentu gwarancji). Co nie stanowi dokumentu elektronicznego. W ocenie Zamawiającego, Odwołujący dysponuje oryginałem gwarancji, natomiast zgodnie z ust. 6.3 gwarancji, wygasa ona z chwilą zwrotu oryginału dokumentu gwarancji Gwarantowi. Zamawiający nie ma wobec tego pewności, czy gwarancja jeszcze obowiązuje, Odwołujący mógł zwrócić oryginał Gwarantowi i doprowadzić w ten sposób do wygaśnięcia gwarancji.

Ponadto w piśmie tym Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż cena najkorzystniejszej oferty, tj. 11 189 343,52 zł brutto, przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, tj. 8 713 102,52 zł brutto.

W dokumentacji postępowania znajduje się również Notatka służbowa z szacowania wartości zamówienia publicznego na przebudowę drogi powiatowej nr 1218L na odcinku Borki – Ulan Majorat, z dnia 10 sierpnia 2018 r., podpisana przez Zastępcę Głównego Księgowego, z treści której wynika, że kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na przedmiotowe zamówienie wynosi 8 713 102,52 zł oraz że kwota ta zabezpieczona jest w planie finansowym.

Ponadto w dokumentacji postępowania znajduje się również Uchwała nr XLVII/190/2018 Rady Powiatu w Radzynie Podlaskim z dnia 18 października 2018 r. w sprawie zmiany wieloletniej prognozy finansowej. Z „Objaśnień przyjętych wartości do wieloletniej prognozy finansowej Powiaty Radzyńskiego na lata 2018 – 2024” wynika, że „Zwiększono limit wydatków majątkowych w 2019 roku o kwotę 2 516 220,84 zł na realizację przedsięwzięcia pn. „Wygodniej, szybciej, bezpieczniej” poprawa spójności komunikacyjnej województwa lubelskiego przez budowę i przebudowę dróg powiatowych usprawniających dostępność komunikacyjną do regionalnych i subregionalnych centrów rozwoju dofinansowanego w ramach RPO Woj. lubelskiego na lata 2014 – 2020 – Przebudowa drogi powiatowej nr 1218L Borki – Ulan Majorat” (vide pkt II.1 strona nr 17).

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów.

W zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że decyzja Zamawiającego była słuszna. Z dokumentacji postępowania wynika wprost, że dokument wadium załączony przez Odwołującego do oferty został wystawiony w formie pisemnej, tj. został opatrzony własnoręcznym podpisem Dyrektora Oddziału, z imienną pieczętką, a na pierwszej stronie (dokument ten składa się z dwóch stron) została zamieszczona własnoręczna parafa. Następnie dokument ten został zeskanowany

(skopiowany) i opatrzony podpisem elektronicznym przez Dyrektora Oddziału. Ponadto z treści tego dokumentu wynika bezsprzecznie, że: gwarancja ta wygasa „automatycznie i całkowicie” w przypadku gdy „nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do Balcia” (vide: pkt 6.3) oraz że „po upływie terminu określonego w pkt 3 gwarancja powinna być zwrócona do Balcia (...)”. W postępowaniu tym oprócz Odwołującego oferty złożyło dwóch innych wykonawców, którzy wnieśli wadium w formie elektronicznej, tj. obie gwarancje zostały opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przez uprawnione do tego osoby, ponadto ich treść również uwzględnia tę okoliczność, co wyraża się m.in. w braku postanowień o wygaśnięciu automatycznie gwarancji w przypadku jej zwrotu do wystawcy. Ponadto z ich treści wprost wynika, że zostały sporządzone w formie elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do reprezentowania gwaranta.

Okoliczności sprawy wskazują, że przedstawiona przez Odwołującego gwarancja wadialna powstała w ten sposób, że jej treść po wydrukowaniu została opatrzona własnoręcznym podpisem Dyrektora Oddziału, czym zgodnie z treścią art. 78 §1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 za zm.) nadał jej formę pisemną, a następnie dokument ten został zeskanowany i ponownie podpisany przez tą samą osobę, tym razem podpisem elektronicznym. Zatem oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powstał w tym przypadku w momencie złożenia przez Dyrektora Oddziału własnoręcznego podpisu na wersji „papierowej” gwarancji. Natomiast późniejsze jej skopiowanie i następnie opatrzenie podpisem elektronicznym było w istocie wytworzeniem elektronicznej kopii tego dokumentu. W ocenie Izby bez znaczenia w okolicznościach przedmiotowej sprawy jest to, że Odwołujący otrzymał od wystawcy gwarancji tylko jej „wersję elektroniczną” i następnie bez ingerencji w jej treść przekazał ją Zamawiającemu. Mając bowiem na uwadze postanowienia gwarancji wadialnej, w tym przede wszystkim zastrzeżenie z pkt 6.3., w ocenie Izby nie można mówić o tym, aby został spełniony cel dla jakiego wadium wymagane jest wnoszone w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a którym to celem jest finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który poprzez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania (vide: M. Jaworska (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2018). Skoro bowiem oryginałem dokumentu gwarancji jest jego forma pisemna („papierowa”), w posiadaniu której Zamawiający się nie znajduje, również Odwołujący (zgodnie z jego twierdzeniem) – też nie, to wobec tego oryginał ten musi być w posiadaniu wystawcy gwarancji. W związku z powyższym wątpliwym jest, aby w sytuacji w której wystąpiły by przesłanki zaspokojenia się Zamawiającego z gwarancji wadialnej – mógł on to skutecznie uczynić.

Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód w postaci oświadczenia wystawcy spornej gwarancji wadialnej jest bez znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej

sprawy, nie tylko ze względów wskazanych powyżej. Izba podziela stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie i podtrzymane podczas rozprawy, zgodnie z którym skuteczność wniesienia wadium powinna być oceniana na podstawie treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą. Tylko bowiem treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez Zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty. Z tego powodu późniejsze oświadczenia, czy wyjaśnienia składane do gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia, gdyż nie tworzą jej treści, ani nie są jej integralną częścią. W tym miejscu Izba odnosząc się do złożonych przez Zamawiającego dowodów nr 3 i 4 wskazuje, że pozostają one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii z tego powodu, że korespondencja ta prowadzona była z podmiotem, który w okolicznościach sprawy nie miał związku z wystawieniem dokumentu spornej gwarancji, co wprost wynika z treści spornej gwarancji.

Raz jeszcze podkreślić należy, że okolicznością przemawiającą za pozytywną oceną czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego było opatrzenie gwarancji wadialnej własnoręcznym podpisem, tj. nadanie jej formy pisemnej. Natomiast późniejszej jej zeskanowanie i ponowne podpisanie – tym razem – kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiło w ocenie składu wytworzenie elektronicznej kopii tego dokumentu.

Zarzut dotyczący bezpodstawnego unieważnienia postępowania również nie zasługiwał na uwzględnienie. Jak wynika bowiem z dokumentacji postępowania, uchwała na którą powołuje się Odwołujący dotyczy zmiany wieloletniej prognozy finansowej. Natomiast z jej treści wprost wynika, jak wskazał Odwołujący, że limit wydatków majątkowych na przedmiotowe zamówienie został zwiększony o wskazaną przez Odwołującego kwotę, jednak uszło uwadze Odwołującego, że zwiększenie tego limitu zostało przewidziane dopiero na rok 2019 r. Abstrahując od tego, że sporna uchwała dotyczy jedynie zmiany prognozy finansowej (a nie np. zmian w budżecie), to należy mieć na uwadze że dotyczy ona dopiero roku 2019 r., zatem nie dotyczy sytuacji obecnej, a ponadto w dokumentacji postępowania znajduje się notatka służbowa z dnia 10 sierpnia 2018 r. podpisana przez Zastępcę Głównego Księgowego, który potwierdza zabezpieczenie w planie finansowym kwoty podanej przez Zamawiającego na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia w wysokości 8 713 102,52 zł. Odwołujący nie wykazał, aby okoliczność podjęcia ww. uchwały spowodowała, że również i kwota zabezpieczona w planie finansowym na realizację przedmiotowego zamówienia uległa zmianie.

W tym miejscu wskazać należy, że Zamawiający musi mieć zabezpieczone środki finansowe na realizację przedmiotu zamówienia w chwili zaciągania zobowiązania, tj. podpisania umowy o zamówienie. Natomiast sam wybór oferty nie powoduje takiego skutku.

Sygn. akt: KIO 2426/18

W związku z powyższym odwołanie należało oddalić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz w oparciu o przepisy 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. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: