

Sygn. akt: KIO 1573/18

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę BEZPIECZNIE.IT Sp. z o. o. w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego w wysokości 11 117 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto siedemnaście złotych zero groszy) obciąża wykonawcę BEZPIECZNIE.IT Sp. z o. o. w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BEZPIECZNIE.IT Sp. z o. o. w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od wykonawcy BEZPIECZNIE.IT Sp. z o. o. w Warszawie na rzecz zamawiającego Państwowego Funduszu Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych w Warszawie kwotę 3 617 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych jako wynagrodzenie pełnomocnika oraz opłata skarbową.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1573/18

Zamawiający Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych z siedzibą przy al. Jana Pawła II 13 w Warszawie (00 – 828), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa licencji na system backup do systemu wizualizacyjnego”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZP/22/18, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 28 czerwca 2018 r. pod numerem 580770-N-2018, dalej zwane jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 7 sierpnia 2018 r. odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu wniósł wykonawca BEZPIECZNIE.IT Sp. z o. o. z siedzibą przy ul. Poleczki 20a w Warszawie (02 – 822), dalej zwany jako „odwołujący”.

W odwołaniu, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p., postawiono zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia (pisownia oryginalna):

1. art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp, poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 89 ust. 1 pkt. 7b) pzp, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego, która została zabezpieczona wadium,
3. braku dokonania czynności badania i oceny ofert, co winno doprowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej z uwagi na to, że oferta wykonawcy Fast IT sp. z o.o. Sp. k. podlega odrzuceniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, odrzucenie oferty Fast IT sp. z o.o. Sp. k. i wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, ponadto wniesiono o przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania oraz przedstawionych na rozprawie, przeprowadzenie dowodu z przesłuchania świadka D.F. prezesa Banku BS Dzierżoń, na okoliczność wniesienia wadium w formie e-gwarancji przed terminem składania ofert, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł wraz z kosztami dojazdu wnioskowanego przez odwołującego świadka.

W uzasadnieniu wniesionego środka ochrony prawnej odwołujący podniósł, co następuje. Pismem z dnia 2.08.2018 r. (znak WAL.ZP.261.22.2018) zamawiający poinformował odwołującego, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. odrzucił jego ofertę, wskazując że w dniu 11.07.2018 r. otrzymał e - mail za pomocą którego próbowano przesłać dokument dotyczący wadium. W otrzymanej wiadomości znajdował się wyłącznie plik z podpisem elektronicznym. Zdaniem zamawiającego przy próbie weryfikacji podpisu otrzymano informację o braku pliku podpisywanego, a dodatkowo zamawiający stwierdził, że wadium zostało złożone niezgodnie z wymogiem Rozdziału XIII pkt 3 SIWZ.

Według odwołującego dokonane przez zamawiającego odrzucenie jego oferty jest bezpodstawne. Jedną z form przewidzianych dla wnoszenia wadium, wskazaną w art. 45 ust. 6 p.z.p., jak również wskazaną w SIWZ, jest gwarancja bankowa (rozdział XIII pkt 2.4). Następnie odwołujący przytoczył treść SIWZ dotyczącą wadium.

Odwołujący podniósł również, że podstawą do odrzucenia oferty zgodnie z tym co napisał zamawiający jest wniesienie wadium w jednej z form wskazanych w pkt 2, tak więc stanowisko zawarte w odrzuceniu, co do miejsca złożenia wadium w siedzibie PFRON, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, bowiem wymóg ten jest wymogiem formalnym - jak również sam zamawiający w SIWZ określił w jakich okolicznościach zastosuje art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.

Dalej odwołujący wskazał, że złożył wadium w formie e-gwarancji bankowej, a więc oryginał tego dokumentu został dostarczony do zamawiającego, przed terminem składania ofert. Stanowisko to, według odwołującego, potwierdza również opinia UZP/DP/0/026/565(4)/16/PK KW-45/A4 z dnia 29.03.2017 r., której fragment zacytował. Następnie odwołujący wskazał, że wadium zostało wniesione przez wykonawcę, jako e-gwarancja bankowa, przez Prezesa Banku Spółdzielczego w Dzierzgoniu, na adres zamówienia_publiczne@pfron.org.pl, w środę 11 lipca 2018 r. o godzinie 10:58, tj. przed terminem złożenia ofert wyznaczonym na godzinę 11:00, 11 lipca 2018 r. Odwołujący zacytował treść wiadomości e-mail (dowód – screen wiadomości).

Odwołujący podniósł, że jego niewątpliwą intencją było zabezpieczenie własnej oferty wadium, w formie e-gwarancji bankowej. Z chwilą wprowadzenia w elektroniczny system pocztowy odbiorcy zamawiający otrzymał informację o wysłanej gwarancji wadialnej, przypisanej konkretnemu wykonawcy (odwołującemu), a czynność ta została wykonana przed terminem złożenia ofert. Zatem sposób wniesienia wadium nie naruszał żadnego z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa z zakresu obrotu pieniężnego, ani ustawy o zamówieniach publicznych, czego wyrazem jest powyżej wskazana opinia prawna UZP.

Ponadto, według odwołującego, zgodnie z art. 78 (1) § 2 k.c. forma elektroniczna oświadczenia woli jest równoważna z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Zatem elektroniczna forma czynności prawnej, polegająca na złożeniu oświadczenia woli

w postaci elektronicznej oraz opatrzenie tego oświadczenia kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczna z formą pisemną. „Taka forma czynności prawnej jest prawie zrównana w skutkach prawnych z formą pisemną — kodeks wprost zastrzegał że sama ustawa, lub inna czynność prawna pomiędzy stronami, mogą zastrzegać inaczej — natomiast obecnie konsekwencje złożenia oświadczenia woli w formie elektronicznej są jasne - jego „moc” jest równa formie pisemnej”. Zgodnie z art. 45 ust. 3 p.z.p. wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert - „wnosi” co oznacza, iż już sam fakt przesłania gwarancji znaczy, że wadium zostało wniesione.

Odwołujący zaznaczył także, iż wadium należy uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń, w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, wtedy bowiem spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę.

W ocenie odwołującego nie jest prawdą, jak twierdzi zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty, że nie otrzymał gwarancji drogą elektroniczną. Gwarancja została wysłana drogą elektroniczną i w stanie nieuszkodzonym dotarła ona do zamawiającego. Według odwołującego wykonawca nie ponosi żadnej odpowiedzialności za stan systemów zamawiającego, a zatem nie odpowiada także za jego techniczne możliwości, bądź niemożliwości odczytania przesłanego pliku. Samo twierdzenie zamawiającego, sprowadzające się do oceny, że przy próbie weryfikacji podpisu otrzymano informację o braku pliku podpisywanego, nie jest dowodem na brak wniesienia wadium przez odwołującego. W opinii odwołującego nie jest również dowodem pojemność pliku. Odwołujący podniósł również, że plik podpisu jest nierozzerwalnie związany z dokumentem podpisywanym, czego dowodzi rozszerzenie pliku pdf, a także jego zawartość, zaś na wypadek twierzeń przeciwnych zamawiającego, odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka D.F. prezesa banku BS Dziergoń oraz dowodu z oświadczenia wiceprezesa p. R. K., który wysyłał gwarancję.

Następie odwołujący wskazał, że w orzecznictwie sądowym dotyczącym doręczeń oświadczeń woli wyrażonych w postaci elektronicznej, wykazanie skutecznego, a więc niewątpliwego, „zapisania na skrzynce pocztowej adresata” powoduje, że adresat ponosi ryzyko związane z ewentualnym nie odczytaniem takiej wiadomości, zaś w tym stanie faktycznym niewątpliwie zamawiający wiadomość otrzymał. Ponadto bank poprosił o potwierdzenie otrzymania wiadomości, czego zamawiający nie uczynił, a więc wiążące są postanowienia SIWZ, dotyczące obowiązku potwierdzania przez drugą stronę informacji przekazywanych za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej - zamawiający wskazał, że brak wywiązania się z tego obowiązku będzie uznawane jakby oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje dotarły do wykonawcy w dniu i godzinie jego nadania oraz były czytelne.

Odwołujący podkreślił również, że „istotą dokumentu elektronicznego jest sytuacja w której odbiorca ma pewność, że dokument został podpisany przez właściwą osobę tzn. zostało złożone ważne i wiążące oświadczenie woli. Przesłany plik stanowi tzw. odcisk palca, tzn. unikalny plik kontrolny gwarancji bankowej, i nosi on następujące cechy:

1. Zawiera unikalną sumę kontrolną odnoszącą się do unikalnego dokumentu gwarancji bankowej, której numer 24/GW/2018 jest bezpośrednio zaszyty w pliku.
2. Wskazuje na unikalny numer dokumentu wadialnego.
3. Posiada unikalny znacznik czasu informujący o dacie złożenia podpisu elektronicznego na dokumencie gwarancji bankowej 24/GW/2018 tzn. informuje o której gwarancja bankowa weszła w życie tzn.: 2018.07.11 godzina 8:44.
4. Zawiera informacje wskazujące na to, kto podpisał dokument 24/GW/2018.”

W ocenie odwołującego bank powiadomił zamawiającego, że zamawiający jest w posiadaniu gwarancji wadialnej, która została uruchomiona przez bank 11.07.2018 r. o 8:44, zaś przedstawiona gwarancja bankowa spełnia wymóg swojej wiarygodności, posiada charakter nieodwołalny i bezwarunkowy oraz zabezpiecza ofertę, przez cały okres związania ofertą, a także dotyczy tego konkretnego postępowania (dowód - kopia gwarancji wadialnej).

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości i obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztami opłaty skarbowej w wysokości 17,00 zł.

Zamawiający podniósł, że w wiadomości e-mail z 11 lipca 2018 r. odwołujący usiłował zamawiającemu przesłać drogą elektroniczną gwarancję bankową, niemniej jednak w załącznikach do wiadomości (w postaci plików: 1) WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf.XAdES 2) K.,R..vcf) znajdował się wyłącznie plik z podpisem elektronicznym oraz wizytówka firmowa osoby wysyłającej maila.

Według zamawiającego podpis elektroniczny, którym do złożenia gwarancji bankowej miał posłużyć się odwołujący, w formacie pdf.XAdES, występuje w dwóch postaciach, jako: a) podpis wewnętrzny i b) podpis zewnętrzny.

W przypadku podpisu wewnętrznego certyfikat kwalifikowanego podpisu elektronicznego wprowadzany jest do struktury pliku (łączony z treścią właściwego dokumentu, który jest podpisywany) i widoczny po otwarciu pliku, np. jak we wniesionym odwołaniu, co zostało zweryfikowane przez zamawiającego za pomocą programu do składania i weryfikacji takiego podpisu. Druga postać podpisu, w formacie pdf.XAdES, to tzw. podpis zewnętrzny, na który z punktu widzenia technicznego składają się dwa pliki: a) plik kontrolny zawierający informację o podpisie i b) plik właściwy zawierający treść dokumentu

podpisywanego, i według zamawiającego z takim rodzajem podpisu mamy do czynienia w niniejszej sprawie.

Zdaniem zamawiającego w przypadku dokumentu podpisanego wewnątrznie treść oświadczenia woli lub wiedzy danego podmiotu znajduje się w treści pliku pdf wraz z podpisem, natomiast dla zapoznania się z treścią pliku podpisanego zewnętrznym podpisem konieczne jest uzyskanie przez adresata wiadomości dwóch plików, stanowiących komplet, natomiast nie jest możliwe zweryfikowanie jednego pliku bez posiadania drugiego.

Ponadto, w ocenie zamawiającego, na str. 6 zd. 1 odwołania odwołujący sam wskazuje, że zamawiający otrzymał wiadomość e-mail w której znajdował się jedynie plik kontrolny. Plik kontrolny potwierdza jedynie, że dany plik o danej nazwie został w określonym czasie, miejscu i przez określoną osobę podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, zaś w żaden sposób nie można wywnioskować z niego treści oświadczenia woli zawartego w podpisywanym dokumencie, lecz jedynie potencjalną, nadaną przez wysyłającego nazwę pliku. Oznacza to, że zamawiający w chwili upływu terminu składania ofert nie posiadał złożonego przez wykonawcę dokumentu, z którego wynikałaby gwarancja wadialna.

Zamawiający podkreślił również, że to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia, że oprócz pliku kontrolnego (co zostało przez odwołującego przyznane) właściwy plik zawierający treść gwarancji bankowej, zabezpieczającej wadium w postępowaniu, został do wiadomości poczty elektronicznej załączony i wysłany.

Następnie zamawiający dodał, że dokonał wnikliwej analizy czy na etapie odbierania wiadomości na serwerze poczty przychodzącej nie doszło do uszkodzenia wiadomości lub utraty jej treści – takich zdarzeń nie stwierdzono. Zamawiający dokonał również kilkakrotnego sprawdzenia załącznika o nazwie „WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf.XAdES” za pomocą kilku dostępnych programów do składania i weryfikacji podpisu elektronicznego. We wszystkich przypadkach wynik sprawdzenia był identyczny, tzn. plik nie zawiera żadnego oświadczenia woli w zakresie wadium w postaci gwarancji bankowej. Dla wykazania prawdziwości tychże twierdzeń zamawiający, za pomocą obrazów typu print screen zobrazował przebieg weryfikacji za pomocą programu „proCentrum Smart Sign” firmy Asseco Data Systems S.A. Zamawiający wskazał plik znajdujący się na pulpicie skopiowany wprost z wiadomości e-mail odwołującego, istotna jest informacja o formacie pliku XadES – zewnętrzny oraz, że w wyniku uruchomienia procedury weryfikacji pliku uzyskano komunikat, z którego wynika, że nie jest możliwe dokonanie weryfikacji podpisu zewnętrznego z tego względu, że brakuje pliku podpisanego. Oznacza to, według zamawiającego, że wykonawca przesłał do niego jedynie plik kontrolny podpisu, nie zaś plik zawierający oświadczenie woli w postaci gwarancji bankowej.

W dalszej części zamawiający wskazał, że odwołujący przy składaniu wadium posłużył się osobą trzecią – pracownikiem banku, która najprawdopodobniej popełniła błąd przy podpisywaniu pliku gwarancji wadialnej oraz jego wysłaniu, tym niemniej za działanie tej osoby ponosi odpowiedzialność odwołujący. Na poparcie swojego stanowiska odwołujący przywołał wyrok sygn. akt KIO 144/18. Zamawiający podniósł również, w zakresie pkt 2 i 3 rozdziału VIII SIWZ – informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywanie oświadczeń i dokumentów, że „odpowiednie domniemania zostały zastrzeżone wyłącznie na rzecz jednej strony tj. zamawiającego w stosunku do wykonawcy”, tym niemniej zdaniem zamawiającego nawet gdyby zamawiający potwierdził fakt otrzymania wiadomości e-mail oraz jej czytelność to nie usunęłoby to stanu w którym e-mail nie zawierał odpowiednich załączników w postaci dokumentu zawierającego treść gwarancji z którą zamawiający mógł się zapoznać.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wskazał w jakim działaniu lub zaniechaniu zamawiającego upatruje naruszenia fundamentalnych zasad postępowania, podkreślając brak uzasadnienia zarzutu. Co do zarzutu braku dokonania czynności badania i oceny ofert, co winno doprowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej z uwagi na to, że oferta wykonawcy Fast IT Sp. z o.o. Sp. k. podlega odrzuceniu, zamawiający podniósł, że zarzut ten jest bezpodstawny, gdyż jest on obecnie w trakcie badania i oceny ofert, czego wyrazem jest odrzucenie oferty odwołującego. Ponadto odwołujący nie wskazał argumentacji za słusnością postawionej tezy, w istocie wobec braku dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykazywanie, że oferta konkurenta winna zostać odrzucona jest przedwczesne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 ust. 1 p.z.p. oraz art. 180 ust. 2 pkt 4 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega

rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania *meritum* sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek materialnoprawnych wskazanych w art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Jak podniósł odwołujący, w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż jego oferta została złożona zgodnie z przepisami prawa, nie podlega odrzuceniu, a dodatkowo w sytuacji, gdy oferta drugiego wykonawcy podlega odrzuceniu, z przyczyn wskazanych w piśmie z 23 lipca 2018, będącym załącznikiem do odwołania, to oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, zatem odwołującemu powinno zostać udzielone niniejsze zamówienie publiczne.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wykazał, a zamawiający nie zakwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przejawiającego się możliwością poniesienia przez odwołującego szkody, w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: "Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia", uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania, przedłożonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym nie doszło do naruszenia zarzucanych zamawiającemu norm, zatem rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, w oparciu o zakreślone we wcześniejszej części uzasadnienia akta sprawy odwoławczej, następujące okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

I. Zamawiający w rozdziale XXIII SIWZ (mylnie oznaczonym jako XIII, z błędną numeracją podpunktów – dwa razy występuje pkt 3), wskazał następujące wymagania dotyczące sposobu wnoszenia i formy wadium:

„2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: (...)

g) gwarancjach bankowych, (...)

3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą, począwszy od dnia, w którym upływa termin składania ofert.
3. Wadium, z wyjątkiem przelewu pieniężnego, składa się w oryginale w siedzibie PFRON (al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa, kancelaria – parter) najpóźniej przed upływem terminu składania ofert. Wskazane jest, aby kopia dokumentu stanowiąca dowód wniesienia wadium potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę, była dołączona do oferty.
4. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia treść dokumentu ma zawierać zobowiązanie, odpowiednio podmiotu udzielającego gwarancji lub poręczyciela, do bezwarunkowej, nieodwołalnej zapłaty wymaganej kwoty gwarancji lub poręczenia na pierwsze żądanie pisemne Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a ustawy i art. 46 ust. 5 ustawy.
W dokumencie tym gwarant/poręczyciel nie może uzależniać dokonania zapłaty od spełniania przez beneficjenta (PFRON) dodatkowych warunków lub przedłożenia dodatkowych dokumentów z wyjątkiem dokumentu potwierdzającego umocowanie do działania w imieniu PFRON.
6. Oferta wykonawcy, która nie będzie zabezpieczona wadium w formie, o której mowa w pkt 2 powyżej, zostanie przez zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 7b ustawy.”

- II. Termin na składanie ofert w postępowaniu upłynął w dniu 11 lipca 2018 r. godz. 12:00;
- III. W dniu 11 lipca 2018 r. godz. 10:54 wysłano do zamawiającego na adres e-mail przeznaczony do kontaktu (rozdział XVIII pkt 5 SIWZ), korespondencję elektroniczną w przedmiocie wadium z dwoma załącznikami do wiadomości - plikiem „WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf.XAdES” oraz plikiem K.,R..vcf;
- IV. W treści złożonej oferty odwołujący w na str. 3 w pkt 10 wskazał, że wniósł wadium w formie e-gwarancji bankowej, na adres e-mail zamawiającego. Na str. 9 oferty znajduje się oświadczenie odwołującego, w przedmiocie wniesienia wadium drogą elektroniczną w formie e-gwarancji bankowej BS Dzierzoń.
- V. W aktach znajduje się kopia dokumentu GWARANCJA NR 287/24/GW/2018 z dnia 11 lipca 2018 r., przedłożona jako dowód przez odwołującego, zgodnie z którą Bank Spółdzielczy w Dzierzgoniu, reprezentowany przez prezesa zarządu (D.F.) i wiceprezesa zarządu (R.K.), udziela odwołującemu gwarancji zabezpieczenia wadium w postępowaniu w wysokości 13 000,00 zł. Gwarancja ta posiada odrębne

podpisy w formie parafek na str. 1 oraz odręczne podpisy na str. 2 gwarancji, osób składających oświadczenie w imieniu banku - prezesa i wiceprezesa.

Na podstawie pkt 6 ppkt 5) gwarancji wygasa ona „automatycznie i całkowicie w przypadku: 5) na skutek zwrotu oryginału Gwarancji przed upływem terminu jej ważności.” Ponadto zgodnie z pkt 8 gwarancji „Gwarancja powinna być zwrócona Bankowi po jej wygaśnięciu lub dokonaniu całkowitej spłaty zobowiązania.”

- VI. W dniu 2 sierpnia 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego, że odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że w otrzymanej wiadomości znajdował się wyłącznie plik z podpisem elektronicznym (rozmiar pliku to ok. 5 kB). Przy próbie weryfikacji podpisu otrzymano informację o braku pliku podpisywanego. Dodatkowo oferta podlega odrzuceniu na podstawie ww. przepisu ustawy, ponieważ wykonawca nie złożył wadium w sposób prawidłowy, zgodnie z Rozdziałem XIII pkt 3 SIWZ, gdzie zamawiający jednoznacznie określił, że „Wadium, z wyjątkiem przelewu pieniężnego, składa się w oryginale w siedzibie PFRON (al. Jana Pawła II 13, 00-828 Warszawa, kancelaria – parter) najpóźniej przed upływem terminu składania ofert (...)”.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 p.z.p., przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, że zabezpieczenie wadium, będące gwarancją bankową, zostało uregulowane w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 1876 ze zm.), zwanej dalej jako „p.b.”.

Zgodnie z art. 81 ust. 1 p.b. gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Natomiast, na podstawie art. 81 ust. 2 p.b., udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Ponadto udzielenie i potwierdzanie gwarancji bankowych stanowi czynność bankową (art. 5 ust 1 pkt 4 p.b.), zaś oświadczenia woli związane z dokonywaniem czynności bankowych mogą być składane w postaci elektronicznej (art. 7 ust. 1 p.b.). Istotnym jest również, wobec brzmienia art. 81 ust. 2 p.b., iż jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, uznaje się, że czynność dokonana w formie, o której mowa w ust. 1, spełnia wymagania formy pisemnej także wtedy, gdy forma została zastrzeżona pod rygorem nieważności (art. 7 ust. 3 p.b.).

Mając na uwadze powyższe uznać należy, że ustawa dopuszcza możliwość złożenia przez wykonawcę gwarancji bankowej w postaci elektronicznej. Natomiast skutek złożenia oświadczenia woli w tej postaci jest równoznaczny z zachowaniem formy pisemnej, nawet jeśli ustawa przewiduje rygor nieważności, gdyż norma art. 7 ust. 3 p.b. eliminuje wątpliwości co do tego, że złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej spełnia wymagania formalne dla formy pisemnej, nawet jeśli została ona zastrzeżona w innych przepisach pod rygorem nieważności. Przepis ten, zrównujący na potrzeby obrotu bankowego formę elektroniczną z formą pisemną, znajduje w obrocie powszechnym odpowiednik w art. 60 i 78¹ k.c.

Istotnym jest również, iż dla zachowania wymogów ustawy przewidzianych dla bankowych dokumentów elektronicznych jest ich należyte utworzenie, utrwalanie, przekazanie, przechowywanie i zabezpieczanie (art. 7 ust. 2 p.b.). Szczegółowe wymagania w tym zakresie – zgodnie z art. 7 ust. 4 p.b. - określa rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 26 października 2004 r. (Dz.U. Nr 236, poz. 2364) w sprawie sposobu tworzenia, utrwalania, przekazywania, przechowywania i zabezpieczania dokumentów związanych z czynnościami bankowymi, sporządzanych na elektronicznych nośnikach informacji, dalej zwane jako „rozporządzenie dot. elektronicznego dokumentu bankowego”.

Zgodnie § 3 pkt 1 przedmiotowego rozporządzenia ilekroć w rozporządzeniu jest mowa o podpisaniu - należy przez to rozumieć czynność polegającą na: a) złożeniu bezpiecznego podpisu elektronicznego albo b) złożeniu podpisu elektronicznego lub dołączeniu danych identyfikujących, zgodnie z umową stron, a w przypadku dokumentów wewnętrznych banku - zgodnie z jego uregulowaniami wewnętrznymi. Natomiast § 3 pkt 2 rozporządzenia wskazuje, że podpis elektroniczny i bezpieczny podpis elektroniczny - należy rozumieć jako podpisy określone w ustawie z dnia 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450, ze zm.).

Na kanwie § 4 rozporządzenia utworzenie dokumentu polega na zapisaniu sekwencji danych, związanych z jedną lub wieloma czynnościami bankowymi, na elektronicznym nośniku informacji i podpisaniu tych danych. Zaś z § 5 rozporządzenia wynika, że utrwalenie dokumentu polega na jego zapisaniu na elektronicznym nośniku informacji w sposób zapewniający sprawdzenie jego integralności, możliwość weryfikacji podpisu elektronicznego lub danych identyfikujących oraz możliwość odczytania wszystkich informacji zawartych w tym dokumencie, aż do zakończenia okresu przechowywania dokumentu.

Ponadto istotnym jest, że zgodnie z § 7 pkt 1 rozporządzenia przechowywany może być tylko dokument utrwalony, który zgodnie z pkt 4 przepisu, po upływie wymaganego okresu przechowywania dokument zostaje usunięty z elektronicznego nośnika informacji w sposób nieodwracalny. Należy również zaznaczyć, że § 6 rozporządzenia reguluje sposób przekazania dokumentu elektronicznego, które może nastąpić przez przekazanie

elektronicznego nośnika informacji, na którym został utrwalony dokument, lub dokonanie elektronicznej transmisji dokumentu.

Z zestawienia powyższych przepisów wynika, że bankowy dokument elektroniczny w postaci gwarancji bankowej, spełniający ww. wymogi rozporządzenia dot. elektronicznego dokumentu bankowego, winien być utrwalony na elektronicznym nośniku informacji i podpisany za pomocą podpisu elektronicznego, w sposób który zapewniałby przez cały okres przechowywania dokumentu (czyli co najmniej przez okres wymaganego zabezpieczenia oferty wadium) możliwość dokonania kontroli integralności dokumentu, weryfikacji podpisu elektronicznego (lub danych identyfikujących) oraz możliwość odczytania wszystkich informacji zawartych w gwarancji wadialnej. Natomiast po upływie okresu przechowywania – usunięty z nośnika, tak aby nie było możliwe odtworzenie dokumentu. Wykonawca może doręczyć e-gwarancję bankową poprzez fizyczne przekazanie nośnika informacji z dokumentem (np. płyta CD, pendrive, komputerowy dysk wymienny) lub przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej, poprzez e-mail.

W konsekwencji powyższego, rozstrzygając czy możliwym jest wniesienie gwarancji bankowej w formie bankowego dokumentu elektronicznego należy stwierdzić, że taka forma gwarancji, na kanwie omawianych norm prawa bankowego, jest dopuszczalna. Należy zaznaczyć również, że doktryna wykształciła stanowisko, które Izba w składzie rozpoznającym sprawę podziela, że sporządzenie prawidłowej elektronicznej gwarancji bankowej, ze skutkiem formalnym jak dla formy pisemnej, wymaga zachowania wymogów wskazanych w art. 7 ust. 2 p.b., które ustawodawca uszczegółowił w omawianym rozporządzeniu dot. elektronicznego dokumentu bankowego. „W art. 7 ust. 2 p.b. ustawodawca przewiduje możliwość zastąpienia dokumentacji papierowej elektroniczną. (...) Warunkiem prowadzenia dokumentacji w tej formie jest jej należyte utworzenie, utrwalanie, przekazanie, przechowywanie i zabezpieczanie. Brak spełnienia któregokolwiek z tych wymogów powoduje, że dokumentacja elektroniczna nie będzie miała skutków wyrażonych w art. 7 ust. 3.” (komentarz do art. 7 Prawa bankowego, red. dr Grzegorz Sikorski, 2015, wyd. 1, Legalis). Ponadto, postanowienia „art. 7 ust. 1 – 3 p.b. należy traktować łącznie (...) ust. 3, określając skutki prawne w postaci zrównania formy elektronicznej z formą pisemną, w swym literalnym brzmieniu odwołuje się tylko do ust. 1, podczas gdy z całokształtu unormowań ust. 1–3 wynika, że skutki te dotyczą oświadczeń woli złożonych na dokumentach elektronicznych spełniających warunki określone w ust. 2.” (komentarz do art. 7 Prawa bankowego, red. dr Bernard Smykla, 2011, wyd. 2, Legalis).

Wykształcenie tego stanowiska przez doktrynę jest oczywistą konsekwencją faktu, że najistotniejsze zasady obrotu instrumentami finansowymi to szybkość i pewność. O ile realizacja postulatów przyspieszenia obiegu dokumentów bankowych nie wymaga szerszego wyjaśnienia w świetle wprowadzenia możliwości posługiwania się formą zdematerializowaną,

o tyle należy mieć na względzie, że nie odbywa się to i nie może się odbywać kosztem pewności obrotu. Stąd też zarówno wykładnia systemowa, teleologiczna jak i funkcjonalna nakazują przyjęcie, że dokument gwarancji bankowej w formie elektronicznej, dla zrównania go z formą pisemną, musi spełniać wszystkie wymogi zapewniające, że płynące z niego uprawnienia nie doznają uszczerbku i że osoba korzystająca z niego będzie mogła polegać na nim tak jak na dokumencie sporządzonym w formie pisemnej. Tak jak zatem postuluje doktryna, wszelkie wymogi formy elektronicznej dokumentu bankowego muszą być odczytywane łącznie w procesie rekonstrukcji normy uchylającej zastosowanie formy pisemnej jako wyłącznie właściwej i dopuszczającej stosowanie równoważnie formy elektronicznej.

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę rozpoznawanego sporu Izba stwierdziła, że załącznik do e-maila z 11 lipca 2018 r. nie spełnia wymogów określonych dla elektronicznego dokumentu gwarancji bankowej, w szczególności nie spełnia dyrektyw określonych w rozporządzeniu dot. elektronicznego dokumentu bankowego, zaś odwołujący nie wykazał okoliczności przeciwnej.

Należy zaznaczyć, że stan faktyczny sprawy nie był co do zasady pomiędzy stronami sporny, spornym była zawartość załącznika do wiadomości elektronicznej z 11 lipca 2018 r. dotyczącego wadium.

Odwołujący wskazywał, że w pliku znajduje się gwarancja bankowa, o treści zgodnej z przedłożonym dowodem – kopią gwarancji bankowej nr 287/24/GW/2018, na poparcie swoich twierdzeń przedstawiono Izbie wydruk zrzutu ekranu wiadomości e-mail z 2 załącznikami (*vide* pkt III okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) oraz wydruk zrzutu ekranu wiadomości e-mail z 3 załącznikami ze skrzynki banku, z której wysłano gwarancję zamawiającemu. Odwołujący przedłożył również wydruk, który jak wskazywał stanowi wyciąg z pliku XML z aplikacji Szafir, dotyczący dokumentu WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf. Ponadto istotnym jest, że na rozprawie pełnomocnik odwołującego Pani D.F. (prezes zarządu Banku BS Dziergoń) oświadczyła, że osobiście podpisała, przy użyciu podpisu elektronicznego plik „WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf.XAdES”. Na poparcie tej okoliczności złożono również odpis umocowania przez R.K. (wiceprezesa zarządu banku) i J.C. (członka zarządu banku) Pani D.F. do jednoosobowego podpisywania certyfikatem kwalifikowanym dokumentów przesyłanych drogą elektroniczną, z nr seryjnym podpisu, wydanym przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A.

Zamawiający oświadczył natomiast, że przesłany sporny załącznik posiada jedynie plik kontrolny, nie zaś treść podpisanej gwarancji, na dowód czego zamawiający przedstawił zrzuty ekranu z – jak wskazywał – procesem weryfikacji pliku załącznika, z których wynika,

że plik ten jest podpisem elektronicznym w postaci podpisu zewnętrznego i dla zapoznania się z treścią oświadczenia, które zostało podpisane tymże podpisem, niezbędny jest plik właściwy, zawierający treść gwarancji bankowej.

Izba uznała za wiarygodne i mające odzwierciedlenie w przedłożonym dokumencie pełnomocnictwa, oświadczenie pełnomocnika Pani D.F., że to ona podpisywała dokument gwarancji za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Z umocowania tego wynika, że podpis elektroniczny został wydany przez Krajową Izbę Rozliczeniową S.A. – podmiot ten udostępnia aplikację Szafir (co wynika, z karty dostawcy KIR S.A. w rejestrze dostawców usług zaufania prowadzonym przez Narodowe Centrum Certyfikacji), a także zostało przyznane przez odwołującego – przedstawił on wydruk pliku XML pochodzący z tej aplikacji. W aplikacji tej, jak wynika z informacji pochodzących z podręcznika użytkownika aplikacji, typ podpisu może być zewnętrzny lub wewnętrzny. Podpis wewnętrzny zawarty jest w pliku i po wykonaniu tworzony jest jeden nowy plik, natomiast przy podpisie zewnętrznym występują dwa pliki – źródłowy i plik podpisu, które muszą zostać łącznie przesłane adresatowi, tylko wówczas zostanie dostarczona całość, którą można nazwać dokumentem podpisanym (*vide* wyrok WSA w Rzeszowie z 12.09.2017 r. sygn. akt I SA/Rz 468/17).

Izba podzieliła twierdzenia zamawiającego, że sporny załącznik zawiera jedynie plik kontrolny, zgodnie z przedstawionymi na niezakwestionowanych skutecznie co do autentyczności zrzutami ekranu, przedstawiającymi sposób weryfikacji załącznika, co potwierdziło oświadczenie zamawiającego, że ze sprawdzeniu spornego pliku wynika, że podpis elektroniczny jest w postaci zewnętrznej. Odwołujący zaniechał w tym zakresie podjęcia inicjatywy dowodowej i pomimo, że nic nie stało na przeszkodzie, aby przedstawił własną weryfikację złożonego podpisu, za pomocą powszechnie dostępnych weryfikatorów, ograniczył się on wyłącznie do wydruków zrzutów ekranu wiadomości e-mail, z których nie wynika, co w załączniku do wiadomości elektronicznej się znajdowało.

Ponadto przedstawiony przez odwołującego wydruk pliku XML został przez Izbę pominięty, jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia w przedmiocie ustalenia co znajdowało się w załączniku do wiadomości e-mail, gdyż wydruk pliku XML nie został w jakikolwiek sposób powiązany z plikiem podpisanym podpisem elektronicznym, który został przesłany zamawiającemu. Przedłożony wydruk XML, zgodnie z jego treścią, dotyczy pliku „WADIUM w formie gwarancji 24-GW-2018.pdf” i potwierdza, że Pani D.F. podpisała gwarancję bankową swoim podpisem elektronicznym – w treści znajduje się nr seryjny podpisu, zgodny z pełnomocnictwem. Jednakże odwołujący nie wykazał, że doręczył właśnie tenże plik zamawiającemu. Brak powiązania przedłożonego dowodu ze spornym załącznikiem do wiadomości elektronicznej dot. wadium spowodował, że nie mógł on stanowić dowodu na to, że przesłany plik zawierał w treści gwarancję bankową.

W konsekwencji powyższego, wobec bierności dowodowej odwołującego, Izba podzieliła argumentację zamawiającego w przedmiocie zawartości załącznika do maila dotyczącego gwarancji wadialnej. Argumentację, że przedstawiony załącznik zawiera formę zewnętrzną podpisu potwierdza dodatkowo rozmiar pliku załącznika - 5 kB, który wskazuje, że nie znajduje się w nim żaden większy plik (np. pdf zawierający gwarancję bankową), a jedynie podpis.

Zatem należało przyjąć, że w terminie na składanie ofert nie doręczono zamawiającemu gwarancji wadialnej, skutecznie zabezpieczającej ofertę odwołującego, zgodnej z wymaganiami treści SIWZ (rozdział XIII), co oznacza, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p., który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, nie znajduje uzasadnionych podstaw i jako taki został przez Izbę oddalony.

W istocie jednak, nawet przyjęcie, że w pliku znajdowała się gwarancja bankowa podpisana przez panią D.F., nie zaś wyłącznie plik kontrolny - zgodnie z postulatem odwołującego - nie odniosłoby tego skutku procesowego, że odwołujący wykazałby skuteczne zabezpieczenie oferty wadium, albowiem uszło jego uwadze, że nawet stosownie do jego własnych twierdzeń, przesłany został nie elektroniczny dokument gwarancji bankowej, a podpisana podpisem zewnętrznym kopia gwarancji wystawionej w formie pisemnej.

Izba stwierdziła, na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego, że odwołujący nie podjął nawet próby dostarczenia zamawiającemu oryginału gwarancji bankowej, mającego skutecznie zabezpieczać jego ofertę wadium. W aktach znajduje się gwarancja bankowa (*vide* pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), która została wystawiona w formie pisemnej, podpisana przez dwóch członków zarządu.

Natomiast odwołujący, co przyznał na rozprawie, próbował przesłać zamawiającemu gwarancję (czy, precyzyjniej mówiąc – skan oryginału gwarancji) podpisany przez panią D.F., a zatem wedle jego własnych twierdzeń, którym zamawiający nie oponował i nie było podstaw, aby przyjąć, że nie odpowiadają one prawdzie, byłaby to jedynie kopia gwarancji, potwierdzona za zgodność z oryginałem przez członka zarządu, mającego umocowanie do podpisywania dokumentów kwalifikowanym certyfikatem. Twierdzenia odwołującego, że opatrzenie dokumentu gwarancji bankowej kwalifikowanym podpisem elektronicznym zrównuje tę formę z formą pisemną jest prawidłowe, jednakże forma pisemna nie oznacza, że plik byłby oryginałem gwarancji wadialnej.

Powyższe stwierdzenie, że oryginałem wadium jest gwarancja bankowa w formie pisemnej, podpisana przez dwóch członków zarządu, wynika bezpośrednio z treści przedstawionej gwarancji, w której widnieje klauzula o obowiązku zwrotu gwarancji po

wygaśnięciu lub spłacie zobowiązania, co wyklucza możliwość zwrotu formy elektronicznej, która - gdyby przyjąć możliwość, że forma elektroniczna przesłana e-mailem jest oryginałem - byłaby formą zdematerializowaną, i tym samym niemożliwą do zwrotu, co należy wykluczyć ze względu na fakt, iż żaden racjonalny podmiot występujący w obrocie nie umieszcza w gwarancji klauzul, które byłyby niemożliwe do realizacji, a już zwłaszcza dotyczących utraty przez nią mocy. Takie stwierdzenie znajduje również potwierdzenie w treści rozporządzenia dot. elektronicznego dokumentu bankowego, zgodnie z którym oryginał e-dokumentu wadialnego, po upływie wymaganego okresu przechowywania, usuwa się z elektronicznego nośnika informacji, natomiast w treści gwarancji jest mowa o zwrocie, który jest niewątpliwie czynnością wymagającą dla swojego wykonania istnienia zmaterializowanej formy tego co jest zwracane, a tym przypadku oryginału dokumentu gwarancji, wystawionego w formie pisemnej.

Zatem Izba przyjęła, że oryginałem jest forma pisemna, podpisana przez dwóch członków zarządu, opisana w pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast, zgodnie z treścią gwarancji, na skutek zwrotu oryginału przedmiotowa gwarancja wygasa. Powyższe ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia z tej przyczyny, że wyłącznie przedłożenie zamawiającemu pisemnego oryginału gwarancji, czego wymagał on zgodnie z pkt 3 rozdziału XIII SIWZ, skutecznie zabezpieczyłoby ofertę wadium, uchylając ryzyko, że po przedstawieniu zamawiającemu gwarancja wygaśnie w wyniku zwrotu jej oryginału do banku. W ustalonym stanie faktycznym, gdyby nawet zamawiający dysponował dokumentem gwarancji, podpisanym za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez panią D.F., byłaby to kopia, nie dająca zamawiającemu żadnej pewności co do możliwości zatrzymania wadium, w konsekwencji czego zamawiający nie dysponowałby ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta co do spłaty wadium, zaś wykonanie uprawnień beneficjenta gwarancji mogłoby okazać się niemożliwe. Mając na uwadze powyższe, wobec brzmienia treści gwarancji, oferta nie byłaby skutecznie zabezpieczona wadium, zaś kopia nie spełniałaby wymogów SIWZ, co wyczerpuje hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.

Skład rozpoznający sprawę wskazuje, że podziela w tym zakresie linię orzecniczą, zgodnie z którą złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowi o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego w tej formie. Kserokopia stanowi jedynie potwierdzenie przyjęcia zobowiązania przez gwaranta spełnienia świadczenia na rzecz podmiotu uprawnionego, wskazanego w treści gwarancji, nie stanowi jednak o wypełnieniu obowiązku wniesienia wadium zamawiającemu, wobec istnienia w treści gwarancji klauzuli, że zwrot oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania banku. (por. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 15.10.2012 sygn. akt: KIO 2090/12, KIO 2121/12, z 25.06.2012 sygn. akt: KIO 1215/12, z 18.10.2011 r. sygn. akt: KIO 2172/11, z 2.08.2011 r. sygn. akt: KIO 1544/11, z 9.02.2012 r.

sygn. akt: KIO 150/12, z 23.09.2014 r. sygn. akt: KIO 1883/14, czy z 20.10.2015 r. sygn. akt: KIO 2166/15).

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p., poprzez brak prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zastosowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Umknęło uwadze odwołującego, że samo powołanie się w treści zarzutu na normę zasad ogólnych p.z.p. (art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.) nie jest wystarczające dla uznania takiego zarzutu za nadający się do rozpoznania. Wypada zauważyć, że Izba, dokonując wykładni norm prawa zamówień publicznych, uwzględnia systemową rolę i teleologiczny aspekt naczelných zasad p.z.p., które są dyrektywami interpretacyjnymi co do szczegółowych norm p.z.p. Nie zwalnia to jednak odwołującego z obowiązku wskazania okoliczności faktycznych, które uzasadniają w jego ocenie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. oraz wykazania związku pomiędzy czynnością lub zaniechaniem zamawiającego w konkretnych, wykazanych okolicznościach, a naruszeniem tychże dyrektyw ogólnych.

Zarzut sformułowany jako brak dokonania czynności badania i oceny ofert, co winno doprowadzić do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej z uwagi na to, że oferta wykonawcy Fast IT sp. z o.o. Sp. k. podlega odrzuceniu, wobec braku zakończenia czynności badania złożonych w postępowaniu ofert przez zamawiającego jest zarzutem przedwczesnym i jako taki podlegał oddaleniu.

Na kanwie art. 190 ust. 6 p.z.p. Izba oddaliła wniosek odwołującego o przesłuchanie świadka D.F., która złożyła oświadczenie na rozprawie, występując jako pełnomocnik odwołującego.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972),

zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez odwołującego wpis, a także nakazując odwołującemu dokonanie zwrotu zamawiającemu uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzeniem pełnomocnika, na podstawie przedłożonej faktury VAT oraz opłaty skarbowej, zgodnie wnioskiem odwołującego i dowodem jej uiszczenia.

Przewodniczący:

.....