

**WYROK**

**z dnia 7 czerwca 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Robert Skrzyszewski**

**Bartosz Stankiewicz**

**Protokolant: Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 czerwca 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 maja 2019 r. przez wykonawcę **bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu** przy udziale wykonawcy **Perceptus Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zielonej Górze**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością 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 wykonawcę **bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **bezpieczne.IT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** na rzecz **Skarbu Państwa – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

.....  
.....  
.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Skarb Państwa – Centrum Informatyki Resortu Finansów w Radomiu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zakup usługi kompleksowej ochrony antywirusowej stacji roboczych i serwerów.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 17 maja 2019 roku wykonawca bezpieczne.it wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, a tym samym dokonywanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców,

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania oferty i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

Odwołujący wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przypadku, gdyby zamawiający uwzględnił odwołanie, oferta odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą patrząc na punktację wynikającą z kryteriów oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący stwierdził, że złożył u zamawiającego oryginał bankowej gwarancji wadialnej na 6 dni (30 kwietnia br.) przed upływem terminu składania ofert (6 maja 2019). Dokument wadium został przez gwaranta wystawiony w formie pisemnej i w takiej też formie został przekazany zamawiającemu. Przekazany dokument stanowi oryginał gwarancji bankowej i uprawnia zamawiającego jako beneficjenta do skorzystania z gwarancji wadialnej w przypadkach przewidzianych w ustawie P.z.p..

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2019, dostarczonym odwołującemu tego samego dnia, odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że:

„W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Bezpieczne.it Sp. z o.o. złożył wadium w zwykłej formie pisemnej, która w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie jest formą właściwą dla tego rodzaju czynności - taka czynność jest niezgodna z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowieniami Rozdziału XX ust. 6 SIWZ.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b przewiduje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium. Odrzucenie oferty w przypadku niewłaściwego sposobu wniesienia wadium jest obligatoryjne w razie wystąpienia określonych przesłanek w przepisie. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca Państwa ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu."

Odwołujący podniósł, że identyczny przypadek był rozpatrywany przez trzyosobowy skład orzekający w odwołaniu zakończonym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 marca 2019, o sygnaturze KIO 338/19.

W uzasadnieniu wyroku Izba wskazała, że zarzut oparty na art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. ma inne znaczenie niż to argumentuje zamawiający w niniejszym odrzuceniu.

Za wyrokiem KIO 338/19

„Bezzasadność tego zarzutu odwołania Izba oparła na stwierdzeniu, że w przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę, że dokument potwierdzający wniesienie wadium został Zamawiającemu doręczony w przeddzień upływu terminu składania ofert, a jego treść nie była przedmiotem sporu. W związku z powyższym niewątpliwie oferta Przystępującego została zabezpieczona w jednej z form przewidzianych przepisami Pzp, a sam Zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia.

W konsekwencji omawiany zarzut odwołania zasadał się *de facto* na formalistycznym poglądzie o wyższości kwestii technicznych, tj. sposobu przekazania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium nad istotą tej instytucji, jaką jest - najogólniej rzecz ujmując - zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą. Skład orzekający podkreśla, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wysoce sformalizowane, to jednak ów formalizm nie jest istotą tej procedury.

Z uwagi na powyższe opisany w art 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp przypadek nieprawidłowego wniesienia wadium należy identyfikować, przykładowo, z sytuacjami, w których treść

dokumentów potwierdzających wniesienie wadium nie obejmuje wszystkich przypadków jego zatrzymania.”

Odwołujący stwierdził, że aby mówić o możliwości eliminacji oferty z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, należałoby wskazać podstawę prawną jej odrzucenia. Naruszenie formy komunikacji, do której sprowadza się czynność zamawiającego w tym postępowaniu, nie skutkuje odrzuceniem w przypadku składania gwarancji bankowej odmiennie niż np. w przypadku składania oferty, gdzie taka czynność stanowi o nieważności oferty.

O ile więc zamawiający zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p. nie ograniczył formy składania gwarancji wadialnej, (zdaniem odwołującego zamawiający nie ma w świetle aktualnych przepisów prawa zastrzec formy elektronicznej jako jedynej i wyłącznie przez niego uznanej), to musi uznać każdą formę wniesionego wadium, o ile skutecznie ono zabezpiecza złożoną ofertę. Tym samym czynność zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., uznać należy za niezgodną z prawem.

Odwołujący wskazał, że artykuł 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. wskazuje co prawda na odrzucenie oferty, gdy wadium zostanie wniesione w nieprawidłowy sposób, jednak zgodnie ze stanowiskiem KIO 338/19 z 14 marca 2019 r nie dotyczy to wniesienia wadium poprzez dostarczenie formy pisemnej gwarancji do zamawiającego,

Odwołujący podniósł, że komunikacja między zamawiającym a wykonawcą dotyczy oferty i dokumentów składanych na potwierdzenie udziału zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, że całość komunikacji w postępowaniu między zamawiającym a wykonawcą winna być przekazywana w formie elektronicznej, zaś oferta, oświadczenia (w tym JEDZ), wykazy i dokumenty winny być złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tak więc komunikacja dotyczy ofert, wniosków, dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokumentów w zakresie udowodnienia braku podstaw do wykluczenia oraz innych dokumentów stanowiących treść oferty. Wadium zabezpieczające ofertę nie jest ofertą.

Odwołujący wskazał, że złożenie beneficjentowi – zamawiającemu – gwarancji nie powoduje automatycznego uzyskania statusu wykonawcy przez Bank.

W ocenie odwołującego, art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. nie ma zastosowania do dokumentów gwarancyjnych. Tym bardziej, że odnosi się on do komunikacji „pomiędzy zamawiającym a wykonawcami”, podczas gdy gwarancja bankowa (podobnie jak i pozostałe podobne formy zabezpieczenia) nie jest oświadczeniem składanym przez wykonawcę, ale przez podmiot/bank/gwaranta nie będącego uczestnikiem postępowania. Gwarancja bankowa

jest oświadczeniem banku. Z ustawy P.z.p. ani z innych aktów prawnych nie wynika, aby samo złożenie przez bank (gwaranta) oświadczenia (beneficjentowi gwarancji — zamawiającemu) miało lub musiało być przejawem komunikacji „między zamawiającym a wykonawcami”.

Odwołujący podniósł, że gwarancja wadialna nie jest częścią oferty. Dokument wadium nie stanowi części oferty i nie można zgodzić się z zamawiającym, jakoby zastosowanie miały do niego wymagania dotyczące sposobu komunikacji z zamawiającym określone czy to w SIWZ (odnośnie formy oferty), czy to w art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. Gwarancja wadialna nie stanowi oświadczenia wykonawcy, dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia czy też spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, z którego wynika, że wniesienie wadium w postaci gwarancji bankowej powinno nastąpić z zachowaniem formy właściwej dla jej ustanowienia określonej w art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, ponieważ wniesienie wadium w tej formie nie jest oświadczeniem woli samego wykonawcy, ale czynnością przekazania (złożenia) zamawiającemu dokumentu uzyskanego w banku. Należy więc przedstawić oryginał gwarancji bankowej w takiej formie, w jakiej się ją uzyskało.

Odwołujący podniósł, że art. 82 Prawo bankowego nie dyskryminuje formy papierowej gwarancji bankowej na rzecz formy elektronicznej. Z aktualnego brzmienia przepisów nie można jednoznacznie wywieść, iż dokument gwarancji (list gwarancyjny) powinien być wniesiony wyłącznie w formie elektronicznej. W aktualnym stanie prawnym dla formy gwarancji bankowej, rozstrzygające znaczenie mają zatem przepisy ustawy — Prawo bankowe. Prawo bankowe nie rozróżnia wadium w formie gwarancji elektronicznej i pisemnej. Wadium w formie gwarancji będzie skutecznie wniesione także w przypadku złożenia dokumentu gwarancyjnego przed złożeniem oferty jak i oddzielnie od oferty. Ważne jedynie aby Zamawiający skutecznie dysponował owym dokumentem w takim terminie, który gwarantuje to zabezpieczenie złożonej oferty od terminu jej złożenia.

Odwołujący podkreślił, że przepisy Kodeksu cywilnego (K.c.) mają zastosowanie do instytucji wadium wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie nieuregulowanym w ustawie P.z.p. Gwarancyjna funkcja wadium wynika wprost z art. 704 K.c. i nie doznaje modyfikacji na gruncie ustawy P.z.p. Skoro celem żądania wniesienia wadium jest skuteczne zabezpieczenie oferty, to przez pryzmat tego celu należy oceniać zarówno skuteczność jego wniesienia, jak i wymogi, jakie stawiane są przez zamawiającego w zakresie treści gwarancji i jej formy.

Odwołujący stwierdził, że nowelizacja dotycząca elektronicznej zamówień publicznych nie wprowadziła żadnych zmian w art. 45 ustawy P.z.p. W dalszym ciągu na podstawie tych samych przepisów gwarancja bankowa jest jedną z form zabezpieczenia oferty wadium

zgodnie z art. 45 P.z.p. i jak długo forma, w jakiej wnoszone jest wadium, jest jedną z dopuszczonych w ww. przepisie, jest ona prawidłowa, bez względu na jej postać. Przepis ten mimo nowelizacji pozostał niezmienny i koresponduje z nadrzędnym regulującym go prawem bankowym.

Odwołujący odniósł się do art. 45 i 46 ustawy P.z.p. oraz art. 70[4] K.c., zgodnie z którym, wadium wnosi się przed terminem składania ofert w formach określonych przepisem art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p., -zaś decyzja w zakresie formy należy do wykonawcy. Dodatkowe wymagania zamawiającego (poza wysokością kwoty wadium) co do treści i formy dokumentu wadium, wykraczające poza zakres określony w ustawie P.z.p., nie mogą stanowić skutecznej podstawy dla uznania, że nie zostało ono wniesione lub zostało wniesione nieprawidłowo. Aktualnie żadna podstawa prawna nie wyposaża zamawiającego w narzędzie umożliwiające mu ograniczanie postaci wniesienia wadium, na przykład przez ograniczenie sposobu jego wniesienia do komunikacji elektronicznej, z wykluczeniem fizycznego doręczenia wadium w formie niepieniężnej. Co więcej, w niniejszym stanie faktycznym zamawiający otrzymał dokument gwarancji w formie papierowej na 6 dni przed otwarciem ofert i go nie zwrócił. Ustawa P.z.p. jasno określa jedynie termin wniesienia wadium. Musi ono zostać wniesione najpóźniej w dniu upływu terminu składania ofert. Nie ma w niej informacji na temat sposobu dostarczenia owego dokumentu.

Odwołujący przywołał opinię UZP, z której wynika, że "W tym miejscu warto przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Saferoad Grawil. Trybunał podkreślił w nim, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Powyższe stanowisko Trybunału należy odnieść również do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, gdyż w istocie rezultat tych czynności jest taki sam tj. eliminuje wykonawcę z postępowania. Tym samym, w celu wyeliminowania wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, zamawiający w SIWZ (stanowiącej część dokumentacji przetargowej), powinien jednoznacznie określić w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej".

Odwołujący wskazał, że takiego jednoznacznego wymogu w zakresie zakazu wniesienia wadium w postaci oryginału dokumentu na piśmie i zobowiązania wykonawców do

złożenia tylko elektronicznej formy gwarancji nie zawiera s.i.w.z.. Z żadnego postanowienia s.i.w.z. nie wynika, że zamawiający przyjmuje wyłącznie wadium drogą elektroniczną.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w ustępie dotyczącym wadium nie zastrzegł, iż wadium w postaci gwarancji bankowej będzie honorował jedynie w formie elektronicznej pod rygorem odrzucenia oferty wykonawcy w razie posłużenia się formą papierową.

Wymagania dotyczące wadium zostały opisane w rozdziale XX s.i.w.z. (strona 10-11 SIWZ) w punktach od 1 do 15.

Do gwarancji bankowej odwołują się punkty:

- Punkt 3.3 określający, że wadium może być wnoszone w formie gwarancji bankowej,
- Punkt 5 określający, że w przypadku gwarancji bankowej powinna ona być bezwarunkowa i nieodwołalna, zawierać nazwę Wykonawcy i beneficjenta Zamawiającego, gwaranta - Banku, kwotę gwarancji oraz termin jej ważności.
- Punkt 6 o brzmieniu: W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej oryginał niniejszych gwarancji w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do ich wystawienia należy dołączyć do oferty.

Odwołujący stwierdził, że w rozdziale XX w żaden sposób nie zastrzeżono wyłącznie formy elektronicznej gwarancji bankowej wadium jako jedynej możliwej do przyjęcia przez zamawiającego. Przeciwnie, punkt ten określa przypadek, gdy wniesienie gwarancji odbywa się drogą elektroniczną i ten przypadek dotyczy konieczności załączenia do niej podpisów kwalifikowanych osób ją wystawiających.

W ocenie odwołującego, zapis stanowi instrukcję mówiącą o dołączeniu do formy elektronicznej gwarancji bankowej — w przypadku składania w tej formie gwarancji podpisów elektronicznych osób je wystawiających.

Odwołujący stwierdził, że pojęcie „gwarancja bankowa” w treści s.i.w.z. jest wymieniona przez Zamawiającego jako forma zabezpieczenia należytego wykonania umowy i w rozdziale jej poświęconym nie ma żadnej instrukcji co do jej wniesienia. Gdyby zatem przyjąć za właściwą interpretację, zgodnie z którą dokument w postaci gwarancji bankowej obligatoryjnie musiałby mieć postać elektroniczną, gdyż wszelkie oświadczenia i dokumenty mają mieć postać elektroniczną, to także gwarancja bankowa składana w celu zabezpieczenia należytego wykonania umowy powinna przybrać taką postać, a takiego zastrzeżenia w s.i.w.z. po prostu nie ma. Mając na uwadze iż Prezes UZP zajął stanowisko, iż postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się dopiero z chwilą zawarcia umowy, zaś zabezpieczenie



należytego wykonania umowy jest zaś wnoszone przed jej zawarciem, jest to także czynność dokonywana w okresie trwania postępowania, zatem logicznie skoro do wadium miałyby być stosowany art. 10a ustawy P.z.p., regulujący komunikację „w postępowaniu”, to konsekwencją takiego zastrzeżenia jest obligatoryjny obowiązek wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy wnoszonego również „w postępowaniu”. Takiego zastrzeżenia, aby postać gwarancji przybrała wyłącznie formę elektroniczną w s.i.w.z. nie ma.

Odwołujący stwierdził, że forma wniesienia wadium rozróżnia dwa pojęcia: formę wadium w rozumieniu art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p. oraz formę czynności prawnej, w jakiej wadium (zabezpieczenie wadialne) może być ustanowione. Ustawa P.z.p. operuje pojęciem „formy wadium” w innym znaczeniu niż forma czynności prawnej. „Forma wadium” w rozumieniu ustawy P.z.p. typ wadium (zabezpieczenia). Art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy P.z.p. stanowi, iż wadium może być wnoszone w formie gwarancji bankowych, przy czym ustawa P.z.p. nie zastrzega formy elektronicznej jako jedynej właściwej, która stanowiłaby o wyłącznym zabezpieczeniu zamawiającego w kontekście celu, dla którego zamawiający żąda wniesienia wadium, uznając, iż wadium będzie skutecznie zabezpieczać ofertę wyłącznie wówczas, gdy zostało wniesione na wymagany okres, zostało wniesione w wymaganej prawem formie, a sama czynność udzielenia zabezpieczenia (ustanowienie wadium) została dokonana z zachowaniem odpowiedniej formy czynności prawnej.

Odwołujący podniósł, że gwarancja wadialna, niezależnie od osoby jej wystawcy, opiera się na instytucji przekazu (art. 9211 K.c.) Zgodzić się zatem należy, iż domeną ustawy P.z.p. jest regulacja sposobu wniesienia wadium, które wcześniej zostało skutecznie ustanowione z dochowaniem wymogów określonych w odrębnych przepisach. W przypadku gwarancji bankowej istnieją przepisy regulujące sposób jej ustanowienia i wniesienia. Stosowna regulacja znajduje się w art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe, zgodnie z którym ustanowienie oraz potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności. Jednocześnie na mocy art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 5 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo bankowe czynności te mogą zostać dokonane także elektronicznie.

W przypadku żadnej innej z wymienionych w art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p. gwarancyjnych form wadium ustawodawca nie sformułował wymagań co do formy ich ustanowienia. Tym samym uznać należy, iż zabezpieczenia te mogą być ustanowione w dowolny sposób i w dowolnej formie może zostać przekazany list gwarancyjny, innymi słowy ważne jest, by zamawiający dysponował wadium nie później niż w terminie złożenia oferty, zatem istotne jest jedynie, aby został on doręczony zamawiającemu (wadium wniesione) przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 ustawy P.z.p.).

W ocenie odwołującego, zamawiający nie miał podstaw prawnych, by nie przyjąć bankowej gwarancji wadialnej i zgodnie z dokumentem z dnia 30 kwietnia przyjął dokument od odwołującego. Odwołujący doręczył dokument do siedziby zamawiającego, gdzie pracownik zamówień publicznych został poproszony o przyjęcie dokumentu do depozytu, co potwierdza jednoznacznie, że zamawiający miał możliwości do przechowywania wadium w postaci papieru wartościowego (gwarancji bankowej). Czynności te zostały potwierdzone podpisem. Ani ustawa P.z.p., ani Prawo bankowe nie pozwalają zgodzić się z zamawiającym, który twierdzi, że wadium nie zostało skutecznie wniesione.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 czerwca 2019 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że w rozdziale XX ust. 6 s.i.w.z. wskazał, iż w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, oryginał gwarancji w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do ich wystawienia należy dołączyć do oferty.

W rozdziale XX ust. 15 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. odrzuci oferty wykonawców, którzy nie wniosą wadium w określonym terminie i prawidłowej formie lub złożą wadliwe wadium.

W niniejszym postępowaniu odwołujący przed upływem terminu ofert doręczył gwarancję bankową sporządzoną w zwykłej formie pisemnej. Taka forma wniesienia wadium nie jest prawidłowa w aktualnym stanie prawnym — stoi w sprzeczności z art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. oraz postanowieniami rozdziału XX ust. 6 s.i.w.z.

W związku z powyższym zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, ponieważ gwarancja wadialna nie została wniesiona przez odwołującego w wymaganej formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p., w postępowaniach wszczętych od dnia 18 października 2018 r. o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej — z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy P.z.p. — dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, w tym również dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Zamknięty katalog wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji zawarty w art. 10c ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie formą elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku

z powyższym dokumentem wniesienia wadium, tj. gwarancja bankowa, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty, również powinien być wniesiony w postaci elektronicznej. Zatem wystawca gwarancji bankowej winien podpisać się pod nią podpisem kwalifikowanym.

Zamawiający przywołał opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zatytułowaną „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”.

W powyższej opinii zostały sformułowane następujące wnioski:

1. Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy P.z.p., dotyczy wszelkiej komunikacji pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również komunikacji w zakresie przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium.

2. Wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października 2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej.

3. Zamawiający, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy P.z.p., ma obowiązek sprecyzować wymagania dotyczące sposobu wniesienia wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający podkreślił, że zgodnie z art. 154 pkt 13 ustawy P.z.p., jednym z zadań Prezesa UZP jest dążenie do zapewnienia jednolitego stosowania przepisów o zamówieniach. W tym celu — na mocy art. 154c ustawy P.z.p. — ustawodawca przyznał Prezesowi Urzędu uprawnienie do wydawania opinii, w których przedstawia interpretację przepisów ustawy budzących poważne wątpliwości lub wywołujących rozbieżności w orzecznictwie.

W tych okolicznościach, zastosowanie przez zamawiającego wykładni legalnej przepisu, dokonanej przez upoważniony do tego organ państwowy, nie może zostać uznane za naruszenie przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie zamawiającego, z art. 10a ust. 1 w zw. z art. 10c ustawy P.z.p. nie sposób w ramach procesu wykładni przepisu wywieść normy prawnej, dopuszczającej możliwość wnoszenia gwarancji w zwykłej formie pisemnej. Dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest dokumentem wyłączonym z obowiązku komunikacji elektronicznej. Przytoczone przepisy nie stanowią również oparcia dla tezy, iż cel w postaci zabezpieczenia oferty przez

wadium potwierdzone dokumentem w zwykłej formie pisemnej, ma w tym przypadku znaczenie decydujące, które niweluje obowiązek stosowania komunikacji elektronicznej.

Taka wykładnia jest wykładnią *contra legem*, w ramach takiej wykładni zostaje wytworzona norma sprzeczna z treścią przepisu.

Zamawiający stwierdził, że nie jest uprawniony do wykraczania poza granice wykładni przepisu tylko z tej przyczyny, iż rozwiązanie wprowadzone przez ustawodawcę jest zbyt formalistyczne i jest możliwe osiągnięcie zakładanego rezultatu w inny sposób. Zamawiający musi działać w granicach prawa, nawet w sytuacji, gdy rozwiązania wprowadzone przez prawodawcę mogą być odbierane jako skrajnie formalistyczne (rygorystyczne).

Z drugiej strony, w profesjonalnym obrocie gospodarczym czynności bankowe dokonywane w formie elektronicznej stały się powszechnie dostępne, trudno jest więc uznać konieczność doręczenia dokumentu gwarancyjnego w takiej formie za zbyt daleko idący formalizm. Okoliczność, iż banki wystawiają gwarancje również w formie pisemnej i taka gwarancja jest skuteczna na gruncie prawa cywilnego, nie ma żadnego znaczenia dla oceny działań wykonawcy w tym postępowaniu. Skoro przepis ustawy Prawo zamówień publicznych oraz postanowienia s.i.w.z. jasno i jednoznacznie wskazują, iż dokument gwarancji ma być sporządzony i doręczony w formie elektronicznej, to wyłącznie taką formę należy zastosować.

W ocenie zamawiającego, należy również mieć na uwadze, iż uwzględnienie wadium złożonego przez odwołującego w niewłaściwej formie, w okolicznościach niniejszej sprawy prowadziłoby do naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców. W świetle art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. oraz postanowień s.i.w.z., wskazujących na konieczność odrzucenia wadium wniesionego w nieprawidłowej formie, uwzględnienie wadium oraz zaniechanie odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji prowadziłoby do preferencyjnego traktowania odwołującego w stosunku do innych wykonawców, którzy złożyli wadium w formie przewidzianej przez aktualnie obowiązujące przepisy ustawy P.z.p. oraz postanowienia s.i.w.z.

Przystępujący do postępowania odwoławczego poparł stanowisko odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia zostało wszczęte w dniu 8 marca 2019 roku poprzez opublikowanie ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej zamawiającego. W tym samym dniu została wykonawcom udostępniona specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem XX ust. 6 s.i.w.z., w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, oryginał gwarancji w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do ich wystawienia należy dołączyć do oferty.

W rozdziale XX ust. 15 s.i.w.z. zamawiający wskazał, że na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. odrzuci oferty wykonawców, którzy nie wniosą wadium w określonym terminie i prawidłowej formie lub złożą wadliwe wadium.

Odwołujący przed upływem terminu ofert doręczył gwarancję bankową sporządzoną w zwykłej formie pisemnej.

Zamawiający pismem z dnia 10 maja 2019, dostarczonym odwołującemu tego samego dnia, odrzucił ofertę odwołującego wskazując, że:

„W przedmiotowym postępowaniu wykonawca Bezpieczne.it Sp. z o.o. złożył wadium w zwykłej formie pisemnej, która w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie jest formą właściwą dla tego rodzaju czynności - taka czynność jest niezgodna z art. 10a ust. 1 ustawy Pzp oraz postanowieniami Rozdziału XX ust. 6 SIWZ.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b przewiduje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli Zamawiający żądał wniesienia wadium. Odrzucenie oferty w przypadku niewłaściwego sposobu wniesienia wadium jest obligatoryjne w razie wystąpienia określonych przesłanek w przepisie. W związku z powyższym Zamawiający odrzuca Państwa ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu."

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest rozstrzygnięcie, czy zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego z powodu zabezpieczenia jej wadium w formie pisemnej, dopuścił się naruszenia przepisów ustawy wskazanych w treści odwołania.

Na wstępie rozważań należy zwrócić uwagę, iż zamawiający nie podniósł wobec odwołującego zarzutu, że wniesione przez niego wadium w formie gwarancji bankowej, nie zabezpieczy interesów zamawiającego w sytuacji wystąpienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy P.z.p. Zamawiający nie kwestionował również, że pisemna forma gwarancji bankowej jest dopuszczalna i

respektowana na gruncie przepisów ustawy – Prawo bankowe. Zamawiający wywodził natomiast, że niedopuszczalność złożenia gwarancji w zwykłej formie pisemnej wynika z art. 10a ust. 1 w zw. z art. 10c ustawy P.z.p. Niedochowanie formy elektronicznej – w ocenie zamawiającego – uzasadniało konieczność odrzucenia oferty odwołującego ze względu na sprzeczność z art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. oraz postanowieniami rozdziału XX ust. 6 s.i.w.z. W piśmie informującym o odrzuceniu oferty odwołującego zamawiający powołał się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Zgodnie z art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem”, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W ocenie Izby wskazany przepis dotyczy komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w zakresie przekazywania sobie wszelkich pism i dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazuje na to otwarty katalog wymienionych dokumentów, do którego należą zarówno oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i oświadczenia, w tym oświadczenia składane na formularzu JEDZ, ale także wszystkie inne dokumenty, w tym dokumenty nie stanowiące oferty, takie jak: wnioski o wyjaśnienie treści s.i.w.z., wezwania do uzupełnienia ofert czy wniosków, wyjaśnienia w zakresie zaoferowanej ceny, a także dokument potwierdzający wniesienie wadium. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że art. 10a ust. 1 dotyczy wyłącznie dokumentów składających się na ofertę.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby ze wskazanego przepisu nie wynikało, że inne formy komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami są niedopuszczalne. Analiza przepisu potwierdza, że ustawodawca przewiduje wyłącznie formę elektroniczną do komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wskazuje na to posłużenie się dobitnym i kategorycznym stwierdzeniem: „komunikacja (...) odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”. Stwierdzenie to jest równoznaczne z tym, że inne formy komunikacji są niedopuszczalne.

Odnosząc się do stanowiska odwołującego, iż dokument potwierdzający wniesienie wadium nie jest wymieniony w art. 10 ust. 5 ustawy P.z.p., który przewiduje rygor nieważności dla ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz dokumentów, w tym dokumentów JEDZ, które zostały sporządzone w innej formie niż elektroniczna, Izba wskazuje, że zamawiający nie zarzucił odwołującemu, że złożony przez niego dokument jest nieważny, lecz że został złożony w niewłaściwej formie i dlatego oferta podlega odrzuceniu.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p. nie dotyczy gwarancji wadialnej, ponieważ dotyczy on komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a wystawca dokumentu (bank) nie jest wykonawcą. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 45 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p., wadium wnoszone jest zawsze przez wykonawcę, nie zaś przez podmioty trzecie. Z faktu, iż wykonawca zawiera z podmiotem trzecim (bankiem, ubezpieczycielem) umowę, na mocy której podmiot ten wykona zobowiązanie na rzecz beneficjenta (zamawiającego) nie oznacza, że to podmiot trzeci wnosi wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Techniczną czynność dostarczenia dokumentu wadialnego zamawiającemu wykonuje zaś wykonawca, nie zaś bank czy ubezpieczyciel. I w tym celu wykonawca ma obowiązek zastosować się do dyspozycji art. 10a ust. 1 ustawy P.z.p.

Z powyższego wynika, iż wykonawca, wykonując obowiązek dostarczenia zamawiającemu dokumentu wadialnego, obowiązany jest posłużyć się komunikacją elektroniczną. Jednakowoż naruszenie tego obowiązku samo w sobie nie jest jeszcze podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p. W tym zakresie Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 14 marca 2019 roku sygn. akt KIO 338/19.

Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, że niniejsza sprawa oraz sprawa KIO 338/19 różnią się w sposób zasadniczy. W niniejszym postępowaniu zamawiający w rozdz. XX ust. 6 s.i.w.z. wskazał bowiem, iż w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, oryginał gwarancji w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do ich wystawienia należy dołączyć do oferty zaś w ust. 15 przewidział sankcję w postaci odrzucenia oferty wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy P.z.p., jeżeli nie wniosą oni wadium w określonym terminie i prawidłowej formie lub złożą wadliwe wadium.

W ocenie Izby, odwołujący, składając gwarancję wadialną w formie pisemnej zamiast elektronicznej, naruszył wymóg złożenia gwarancji we właściwej formie, wskazany w rozdz. XX ust. 15 s.i.w.z.

Zamawiający w rozdz. XX ust. 6 s.i.w.z. wskazał, w sposób niebudzący wątpliwości, iż wadium wnoszone w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, winno mieć formę

elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób uprawnionych do ich wystawienia. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, że zapis ten jest jedynie instrukcją dla wykonawców, którzy wybiorą formę elektroniczną gwarancji. Stanowisku takiemu przeczy wykładnia literalna cytowanego postanowienia s.i.w.z. oraz zasady składni w języku polskim.

Należy zgodzić się z odwołującym, iż określenie „forma wniesienia wadium” może dotyczyć zarówno form, o których mowa w art. 45 ust. 6 ustawy P.z.p., jak i formy czynności prawnej, na podstawie której wadium jest ustanawiane.

Zamawiający w rozdz. XX ust. 6 s.i.w.z. określił formę czynności prawnej wniesienia wadium w rozumieniu art. 78<sup>1</sup> § 1 K.c., zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym zawarta w rozdz. XX ust. 15 s.i.w.z. sankcja odrzucenia oferty z powodu niezłożenia wadium we właściwej formie odnosi się do formy czynności prawnej – formy elektronicznej, zastrzeżonej jako obligatoryjna w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że wskazane wyżej postanowienia rozdz. XX s.i.w.z. znane były wykonawcom od dnia udostępnienia im specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. od 8 marca br. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z ich treścią, był uprawniony do ich zakwestionowania poprzez wniesienie odwołania. Wobec tego, że żaden z wykonawców nie skorzystał w tym zakresie ze środka ochrony prawnej, stały się one wiążące dla wszystkich uczestników postępowania, zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców.

W tym miejscu należy rozważyć, czy zamawiający był uprawniony do ustanowienia w s.i.w.z. przesłanki odrzucenia oferty, która *expressis verbis*, nie wynika z przepisów ustawy P.z.p. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Wniosek taki wynika z postanowienia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex. Postanowienie to dotyczy co prawda wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanki niezawartej w ustawie P.z.p., niemniej jednak ze względu na fakt, iż wykluczenie wykonawcy ma analogiczny skutek jak odrzucenie oferty (ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą – art. 24 ust. 4 ustawy P.z.p.), znajduje ono również zastosowanie do czynności odrzucenia oferty przez zamawiającego. Z przedmiotowego postanowienia wynika, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania winny wynikać bądź z ustawy, bądź z dokumentacji przetargowej (patrz: motyw 25 i 27 postanowienia).

W tej sytuacji podkreślić należy, iż zamawiający był nie tylko uprawniony, lecz obowiązany odrzucić ofertę odwołującego na podstawie przesłanki, którą sam ustanowił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przemawia za tym obowiązek przestrzegania w



postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. zasad równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

W tym miejscu należy ponownie przywołać treść uzasadnienia postanowienia TS C-35/17, który w motywach 18, 19 i 21 stwierdził:

„18. W tym względzie należy po pierwsze przypomnieć, że zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który wprost wynika z rzeczonyj zasady, ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po wtóre, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia (zob. podobnie wyroki: z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell’Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 36).

19. Trybunał orzekł również, że zasady przejrzystości i równego traktowania obowiązujące we wszystkich przetargach publicznych wymagają tego, by warunki materialne i formalne dotyczące udziału w przetargu były jasno z góry określone i podane do publicznej wiadomości, zwłaszcza w zakresie obowiązków ciążących na oferentach, tak aby mogli oni dokładnie zapoznać się z wymogami przetargu oraz mieć pewność, że takie same wymogi obowiązują wszystkich konkurentów (zob. podobnie wyroki: z dnia 9 lutego 2006 r., *La Cascina i in.*, C-226/04 i C-228/04, EU:C:2006:94, pkt 32; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 37). (...)

21. Tym samym, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, na mocy art. 2 dyrektywy 2004/18, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać kryteriów, które sama ustaliła (wyroki: z dnia 10 października 2013 r., *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, pkt 40; z dnia 6 listopada 2014 r., *Cartiera dell’Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 42; a także z dnia 2 czerwca 2016 r., *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, pkt 39).”

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....  
.....  
.....