

WYROK

z dnia 16 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Anna Chudzik

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 grudnia 2019 r. przez **wykonawcę Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego: 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku**

przy udziale **wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo-Uslugowa Cytrus 2 J. D.” z siedzibą w Pieszku** zgłaszającego przystąpienie po stronie **Zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2) zasądza od **wykonawcy Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim** na rzecz **Zamawiającego: 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku** kwotę **3.600,00 zł** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „*Dostawa warzyw i owoców oraz soków owocowych i warzywnych dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku w 2020 roku*”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca Robs Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (zwany dalej: „*Odwołującym*”) w dniu 4 grudnia 2019 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „*Firma Handlowo-Usługowa Cytrus 2 J. D.*” z siedzibą w Piszcu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp bowiem wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy t.j. w formie skanu polisy ubezpieczeniowej, a Zamawiający nie odrzucił oferty ww. wykonawcy.

Wobec powyższego, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego zbania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „*Firma Handlowo-Usługowa Cytrus 2 J. D.*” z siedzibą w Piszcu, zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu, według rachunków złożonych na rozprawie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „*Firma Handlowo-Usługowa Cytrus 2 J. D.*” z siedzibą w Piszcu jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo-Usługowa Cytrus 2 J. D.” z siedzibą w Piszcu (zwanego dalej również: „Przystępującym”).

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający – 24 Wojskowy Oddział Gospodarczy w Giżycku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę warzyw i owoców oraz soków owocowych i warzywnych dla 24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku w 2020 roku”*. Zamawiający w dniu 25 listopada 2019 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo-Usługowa Cytrus 2 J. D.” z siedzibą w Piszcu.

Według Odwołującego oferta Przystępującego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, bowiem wykonawca ten wniósł wadium w sposób nieprawidłowy t.j. w formie skanu polisy ubezpieczeniowej, a Zamawiający nie odrzucił oferty ww. wykonawcy.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko powołał się na postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Według Odwołującego Zamawiający wymagał, aby złożona oferta była zabezpieczona wadium, określając przy tym, aby niepieniężne formy wadium zostały złożone w postaci oryginału dokumentu elektronicznego potwierdzającego wniesienie wadium. Jak dalej twierdził Odwołujący Zamawiający określił, że w takim przypadku wykonawca składa dokument, załączając na Platformie w zakładce „Oferty” – poprzez wybrane polecenia „Dodaj dokument”. W ocenie Odwołującego Zamawiający określił również: „e-gwarancję wadialną” lub e-poręczenie wadialne (z kwalifikowanym podpisem elektronicznym) przepisy prawa traktują na równi z gwarancjami/poręczeniami w formie papierowej. Ponadto w Rozdziale I „Informacje ogólne”, ust. 3 SIWZ Zamawiający określił, że „Za dokumenty złożone w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem rozumie się dokumenty złożone w formie elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane do reprezentacji. W konsekwencji w ocenie Odwołującego, aby spełnić wymóg postawiony przez Zamawiającego należało złożyć oryginał dokumentu wadium w formie elektronicznej, opatrzonej

kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby umocowane do reprezentacji gwaranta (w tym przypadku Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie). Jak zauważył Odwołujący Przystępujący złożył zeskanowany dokument „ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej” nr 908575113922 wystawiony przez Towarzystwo Ubezpieczeń Reasekuracji WARTA S.A. z siedzibą w Warszawie. W ocenie Odwołującego dokument ten został sporządzony w formie papierowej, co powoduje jego niezgodność z warunkiem określonym w rozdziale XII ust. 5 SIWZ. O formie papierowej tego dokumentu świadczyć miał odrębny znak graficzny na dokumencie. Zatem w ocenie Odwołującego oryginał gwarancji został sporządzony w formie papierowej, a nie elektronicznej co potwierdzało stanowisko Odwołującego w tej sprawie. Ponadto po utworzeniu elektronicznej kopii tej gwarancji, została ona potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Pana J. D. i załączona do oferty. Dla Zamawiającego zaś znaczenie miała istota i cel wnoszenia wadium oraz aby interesy Zamawiającego były zabezpieczone, co w ocenie Zamawiającego miało miejsce w niniejszym postępowaniu. Przystępujący poparł stanowisko wyrażone przez Zamawiającego. Złożona przez Przystępującego gwarancja – w jego ocenie - spełniała wszystkie wymogi wynikające z postanowień SIWZ oraz przepisów ustawy a także Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Zauważenia wymaga, że zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm.) jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

W ocenie Izby przepisy przywołanego rozporządzenia w opisanym przez strony stanie faktycznym dawały Przystępującemu możliwość złożenia wadium w niniejszej formie. Wykonawca mógł skorzystać z treści § 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów

elektronicznych, uznając że gwarancja wadialna może być rozumiana jako „*inny dokument lub oświadczenie składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*” i może być sporządzona i przekazana przez wykonawcę w elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Stanowisko przeciwne – wbrew twierdzeniom Odwołującego – nie uzasadnia przywołane przez niego orzecznictwo KIO. Przywołane przez Odwołującego orzeczenia KIO 221/19, KIO 428/19 oraz 277/19 wbrew jego twierdzeniom nie potwierdzają, że gwarancja wadialna nie może być „*innym dokumentem lub oświadczeniem składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*” (rozumianym w świetle § 5 ww. rozporządzenia) i nie może być sporządzona i przekazana przez wykonawcę w elektronicznej kopii posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Orzeczenia przywołane przez Odwołującego wskazują jedynie na przykłady dokumentów, które mogą być składane w kopii. I tak np. w orzeczeniu z dnia 25 lutego 2019 r., sygn. akt KIO 221/19 Izba uznała, „że § 5 ww. rozporządzenia odnosi się wyłącznie do oświadczeń lub dokumentów, będących środkami wykazania określonych faktów (np. złożenie dokumentu informacji z Krajowego Rejestru Karnego na okoliczność wykazania braku podstawy do wykluczenia wykonawcy, uregulowanej w art. 24 ust. 1 pkt 13 pzp, czy dokumentu koncesji na okoliczność wykazania posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w oparciu o art. 22 ust. 1 b pkt 1 p.z.p. etc.)...” Izba w wyroku tym, owszem potwierdziła, że przepis § 5 dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. jednak Odwołujący nie uwzględnił dalszej części przepisu art. § 5 - oraz wyводу Izby zawartym w tym wyroku, która dodała „*lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia*”, a takim właśnie dokumentem – składanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia – w ocenie Izby – jest gwarancja wadialna. Zatem skoro referencje, czy też informacja z KRK może być dokumentem rozumianym w świetle przepisu art. § 5 ww. rozporządzenia, to tym bardziej Izba nie znalazła racjonalnych argumentów, aby nie uznać gwarancji wadialnej jako „*innego dokumentu lub oświadczenia składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia*” w świetle tego przepisu, w którym to Ustawodawca ustanowił domniemanie podniesienia rangi kopii i zrównania jej z oryginałem dokumentu dla celów dowodowych (co zostało potwierdzone w orzeczeniu KIO 221/19).

Ponadto Odwołujący odnosił się również do innych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej, które - w ocenie Izby nie dotyczą tego stanu faktycznego, i tak np. orzeczenie o sygn. akt KIO 830/19 oraz 208/19 dotyczyło sytuacji w której posiadany dokument był bez żadnego podpisu gwaranta na gwarancji, orzeczenie o sygn. akt KIO 221/19, 428/19 oraz KIO 277/19 nie dotyczyło gwarancji ubezpieczeniowej tylko oferty, w orzeczeniu o sygn. akt KIO 2426/19 w gwarancji był wymóg dysponowania oryginałem, a zwrot oryginału skutkował

jej wygaśnięciem. Odnosząc się jeszcze do orzeczenia o sygn. akt KIO 709/19 zauważenia wymaga, że ze stanu faktycznego przedstawionego w tym orzeczeniu wynika, iż z gwarancji złożonej przez wykonawcę nie wynikały przesłanki zatrzymania wadium - odmiennie niż w niniejszej sprawie, będącej przedmiotem niniejszego odwołania. Co do przywołanego przez Odwołującego wyroku Sądu Najwyższego o sygn. akt KIO I CSK 349/18 zauważenia wymaga, że przedmiotem tego orzeczenia była gwarancja bankowa, nie jak w tym postępowaniu, w którym przedmiotem sporu jest gwarancja ubezpieczeniowa. Odnosząc się jeszcze do przywołanej fragmentarycznie opinii UZP przez Odwołującego („Zasady wnoszenia wadium”) opinia ta zwraca uwagę na konieczność badania skuteczności żądania z gwarancji wadialnej.

Istotne znaczenie ma dla Izby to, czy w niniejszej sprawie Zamawiający będzie miał możliwość zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji, a twierdzenie przeciwne nie zostało przez Odwołującego w postępowaniu odwoławczym wykazane. Istotne znaczenie dla Izby ma również to, że złożony przez Przystępującego dokument nie zawierał żadnych obostrzeń, gwarancja w żaden sposób nie odnosiła się do ogólnych warunków umownych.

Stanowisko Izby potwierdza – wbrew twierdzeniom Odwołującego – również uzasadnienie do projektu przywoływanego Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm.). Jak wynika z tego uzasadnienia *„Dopuszczenie możliwości składania poświadczonych oświadczeń jako elektronicznej kopii dokumentów (t.j. skanu oryginalnych oświadczeń sporządzonych w postaci papierowej.) przyczyni się do odformalizowania i sprawnego prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”*.

Ponadto stanowisko Izby potwierdza również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2418/19.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....

.....

.....