

WYROK
z dnia 12 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2019 r. przez Odwołującego – wykonawcę Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jaśle, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Sokołów Małopolski,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp;
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 18.600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Rzeszowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Sokół Małopolski (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części pn.: „Dostawa i montaż instalacji kolektorów słonecznych, instalacji fotowoltaicznych oraz kotłów na biomasę na terenie Gminy Sokołów Małopolski”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 września 2019 r. pod nr 2019/S 170- 414779.

19 listopada 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawcę Polskie Centrum Wody sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jaśle o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, co zostało zaskarżone przez ww. wykonawcę odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba” lub „KIO”) 29 listopada 2019 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z Postępowania jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania;
2. powtórzenia czynności oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego.

Odwołujący podał, że jest legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że sporny dokument gwarancji wadialnej jest wystawiony na wymaganą sumę, zaś jego treść jest zgodna ze wszystkimi wymaganiami zarówno określonymi w treści SIWZ jak i Pzp.

Odwołujący wnosząc wadium uzyskał gwarancję wadialną ubezpieczeniową Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, w imieniu którego działał agent ubezpieczeniowy – Centrum Ubezpieczeń – J. S. w Leżajsku.

Dokument został wystawiony w formie pisemnej, bowiem agent nie dysponuje podpisem kwalifikowanym. Potwierdza powyższe oświadczenie gwaranta stanowiące Załącznik nr 1 do Odwołania.

Zgodnie ze złożonym oświadczeniem – pełnomocnik Gwaranta potwierdza, że z uwagi na brak możliwości wystawienia wadium w formie elektronicznej firma wystawia gwarancje ubezpieczeniowe jedynie w formie pisemnej. Jednocześnie, jak wynika z treści oświadczenia, agent potwierdza, że załączony przez wykonawcę do oferty skan gwarancji ubezpieczeniowej nr 903013200811 z dnia 05.11.2019 r. potwierdzony podpisem kwalifikowanym upoważnia zamawiającego do bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w gwarancji po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna.

Odwołujący chcąc złożyć w Postępowaniu ofertę, załączył do niej skan gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej opatrzonej dodatkowo podpisem kwalifikowanym wykonawcy.

Jak wynika z treści uzasadnienia prawnego oraz faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający uznał, że wadium nie zostało skutecznie wniesione.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Zamawiający powołuje się na brzmienie SIWZ – pkt 12.6, zgodnie z którym w przypadku wnoszenia wadium w formie niepieniężnej wadium winno zostać złożone, zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, w formie oryginału tego dokumentu.

Następnie Zamawiający powołując się na art. 78 §1 Kodeksu cywilnego („Kc”) stwierdził, że oryginał dokumentu został sporządzony w formie pisemnej, zatem oryginał dokumentu powstał z chwilą złożenia na nim podpisu osoby upoważnionej do reprezentowania gwaranta, zaś późniejsze skopiowanie dokumentu i opatrzenie go podpisem elektronicznym wykonawcy było w istocie wytworzeniem jego elektronicznej kopii. Ponadto Zamawiający wskazał, że dokument nie zawiera podpisu elektronicznego wystawcy, a jedynie elektroniczny podpis osoby upoważnionej do reprezentacji wykonawcy, dla którego gwarancja została wystawiona.

Zamawiający w treści SIWZ wymagał od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie wniesienia wadium wynoszącego w zakresie Części 1 – 28.700,00 zł.

Zamawiający, zgodnie z art. 45 ust 6 Pzp dopuszczał wniesienie wadium w formach niepieniężnych – w szczególności w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Odnosnie tej formy wniesienia wadium SIWZ wskazuje m.in.:

„12.5.W przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej, gwarancja musi być gwarancją nieodwołalną, bezwarunkową i płatną na pierwsze

pisemne żądanie Zamawiającego, sporządzoną zgodnie z obowiązującymi przepisami i powinna zawierać następujące elementy:

- a) nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,
- b) kwotę gwarancji,
- c) termin ważności gwarancji w formule: „od dnia – do dnia”,
- d) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze żądanie Zamawiającego w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 ustawy Pzp.

12.6. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą oryginału dokumentu wadialnego.

12.7. W przypadku wniesienia wadium w formie elektronicznej nie może zawierać informacji, iż „gwarancja wygasa w momencie zwrotu oryginału dokumentu”,

12.8. Wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres związania ofertą, począwszy od dnia, w którym upływa termin składania ofert”.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej.

W ocenie Odwołującego przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp należy, jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne, wyklądać w sposób ścisły. Z pewnością w sprawie podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie jest niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do formy w jakiej wykonawca powinien wnieść wadium, bowiem wadium nie stanowi treści oferty.

Zatem przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego należy upatrywać wyłącznie w takim wniesieniu wadium, które nie daje gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego i pewności wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonej w Pzp i mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Jak wynika z treści dokumentu gwarancyjnego złożonego wraz z ofertą, takiego zagrożenia związanego z formą w jakiej Zamawiający dysponuje, tj. kopią dokumentu, faktycznie nie ma.

Dokument nie wiąże z formą gwarancji żadnych skutków prawnych, w szczególności nie wymaga dla skuteczności roszczenia o wypłatę sumy wadialnej przez beneficjenta gwarancji – Zamawiającego konieczności okazania jego oryginału, czy nawet dysponowania takim dokumentem w tej formie.

Konsekwentnie gwarancja nie ustaje w przypadku zwrotu do gwaranta jej oryginału, którego Zamawiający nie posiadał w dacie składania ofert w Postępowaniu. Nie istniało zatem i nie istnieje zagrożenie ustania/wygaśnięcia gwarancji w powiązaniu z fizycznym zwrotem oryginału tego dokumentu.

Podsumowując, Zamawiający uznaje, że wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, gdyż nie przekazał zamawiającemu oryginału dokumentu gwarancji wadialnej, do czego był zobowiązany na podstawie 12.6. SIWZ.

Nie ulega wątpliwości, że forma dokumentu wadialnego nie jest celem samym w sobie. W przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że w celu ustalenia prawidłowości wniesienia wadium należy dokonać ustalenia, czy Zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu w formie w jakiej został on Zamawiającemu przekazany, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia i mógł zrealizować swoje uprawnienia w sposób pewny.

Dodatkowo należy podkreślić, że wyłącznie uprawnionym z tytułu gwarancji wadialnej jest jej beneficjent (Zamawiający), nie zaś zleceniodawca jej wystawienia – wykonawca. Stosunek gwarancji jest bowiem zobowiązaniem własnym gwaranta – towarzystwa ubezpieczeniowego wobec beneficjenta. Stosunek podstawowy, w tym przypadku zlecenia wystawienia/udzielenia gwarancji, łączył gwaranta ze zleceniodawcą wyłącznie w fazie zlecenia udzielania gwarancji.

Odwołujący podkreślił, że późniejsze orzeczenia KIO wskazujące na wadliwość wadium wniesionego w formie kopii złożonej wraz z ofertą, miały związek z treścią dokumentu gwarancyjnego, który warunkował wypłatę sumy wadialnej od konieczności okazania przez uprawnionego z gwarancji jej oryginału. Izba podkreślała w orzeczeniach w takich przypadkach, że Zamawiający nie miał pewności wypłaty wadium nie posiadając oryginału gwarancji. Nawet w tych sytuacjach Izba wydawała orzeczenia wskazujące, że adresatem gwarancji jest jej beneficjent i tylko dokonany przez niego zwrot gwarancji, jako uprawnionego z gwarancji mógłby powodować wygaśnięcie gwarancji:

Także sam gwarant potwierdza, co należy wyraźnie podkreślić, wynika wprost z samej gwarancji wadialnej, że brak jest zależności pomiędzy wypłatą sumy wadialnej i dysponowaniem oryginału gwarancji – obojętnie czy w przypadku gdy gwarancja ma postać elektroniczną czy też pisemną. Zgodnie z oświadczeniem gwaranta stanowiącym załącznik nr 2 do odwołania, adresowanym do beneficjenta gwarancji – Zamawiającego, potwierdza on, że:

„[...]w zakresie realizacji wypłat z ubezpieczeniowych gwarancji wadialnych przetargowych STU ERGO Hestia SA, zarówno wystawianych bezpośrednio przez oddziały Towarzystwa jak i udzielanych przez naszych pełnomocników/agentów, nie istnieje konieczność, w celu realizacji gwarancji przedkładania oryginału dokumentu gwarancji.

(...)

Do realizacji wypłaty z gwarancji wystarczające jest skierowanie do Gwaranta wezwania do zapłaty ze strony Beneficjenta działającego przez osoby umocowane w terminie obowiązywania gwarancji, w którym powołają się na gwarancję wystawioną na jego rzecz i istnienie przesłanki do wypłaty z jej tytułu.

Dodatkowo informujemy, że sam zwrot oryginału gwarancji ani w przypadku dokumentów gwarancji wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym Gwaranta ani w przypadku dokumentów w tradycyjnej formie pisemnej z własnoręcznym podpisem wystawcy gwarancji nie zwalnia Gwaranta z obowiązków gwarancyjnych z zastrzeżeniem odmiennej treści gwarancji”.

Gwarancja złożona wraz z ofertą takich ograniczeń nie zawiera, zatem wprost w świetle jej treści nie istnieją jakiegokolwiek zagrożenia czy też ograniczenia dotyczące wypłaty sumy wadialnej w związku z formą dokumentu.

Wskazać także należy, że również przepisy samego Pzp nie uzależniają skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji wadialnej od formy w jakiej zostanie ona przedstawiona Zamawiającemu a już z pewnością nie przewidują sankcji nieważności dla takiej czynności – w przeciwieństwie przykładowo do formy oferty (art. 10a ust. 5 Pzp), czy umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 ust. 2 Pzp).

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. oświadczenia STU Ergo Hestia z 28 listopada 2019 r. – dowód O1;
2. oświadczenia agenta ubezpieczeniowego z 18 listopada 2019 r. – dowód O2.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w powołaniu na niżej wskazaną argumentację.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający odrzuca ofertę, gdy wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Wykonawca składając swoją ofertę musi zadbać o wniesienie zabezpieczenia w prawidłowej wysokości i formie.

Zgodnie z 12.6. SIWZ „W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą oryginału dokumentu wadialnego”. Odwołujący wniósł wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium

wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeniowe Ergo Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie (dalej „STU Ergo Hestia”). Wadium zostało jednak złożone z ofertą jako skan dokumentu, opatrzony następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy. Zamawiający wskazuje, że przesłany dokument zawiera odręczny podpis J.S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Centrum Ubezpieczeń J.S., co oznacza, że jego oryginał został sporządzony w formie pisemnej, zgodnie z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego. Oryginał dokumentu powstał zatem z chwilą złożenia na nim podpisu osoby upoważnionej do reprezentowania gwaranta. Późniejsze skopiowanie dokumentu i opatrzenie go podpisem elektronicznym wykonawcy było w istocie wytworzeniem jego elektronicznej kopii. Zamawiający wskazuje ponadto, że dokument nie zawiera podpisu elektronicznego wystawcy, a jedynie elektroniczny podpis osoby upoważnionej do reprezentacji wykonawcy, dla którego gwarancja została wystawiona.

Powyższe przemawia za przyjęciem, że wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy, gdyż nie przekazał Zamawiającemu oryginału dokumentu gwarancji wadialnej, do czego był zobowiązany na podstawie 12.6. SIWZ i jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp. Potwierdza to m.in. wyrok KIO w sprawie KIO 2426/18.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił wykonawca FLEXIPOWER Group sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Woli Zaradzyńskiej, wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba odmówiła dopuszczenia ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu odwoławczym stwierdzając, że uchybił 3-dniowemu terminowi na zgłoszenie przystąpienia. Nie było okolicznością sporną, że zgłaszający przystąpienie otrzymał kopię odwołania 29 listopada br. za pośrednictwem poczty elektronicznej. W konsekwencji termin na zgłoszenie przystąpienia upływał 2 grudnia br., podczas gdy wpłynęło ono do Prezesa KIO 3 grudnia 2019 r.

Na rozprawie strony podtrzymały zaprezentowaną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści Ogólnych Warunków o Gwarancje Ubezpieczeniowe STU Ergo Hestia S.A. – Postanowienia Ogólne, obowiązujących od 1 stycznia 2004 r., w brzmieniu uwzględniającym aneks nr 1 wprowadzony uchwałą nr 95/2003 Zarządu STU Ergo Hestia S.A. z dnia 8 października 2003 r. (dalej „OW”) – dowód O3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron postępowania odwoławczego zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, gwarancji ubezpieczeniowej załączonej przez Odwołującego do oferty, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z 19 listopada 2019 r., załączników do odwołania i OWU złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie analizy zebranego w sprawie materiału dowodowego skład orzekający uznał trafność argumentacji przedstawionej w odwołaniu.

W ocenie Izby rozstrzygnięcie sprawy wymagało przesądzenia kwestii skuteczności zabezpieczenia oferty Odwołującego wadium za pomocą gwarancji ubezpieczeniowej załączonej do złożonej przez niego oferty. Rolą wadium jest – jak wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie KIO – zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą w taki sposób, aby zamawiający był uprawniony, na podstawie posiadanego dokumentu, do żądania od gwaranta zapłaty kwoty z niego wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę do skorzystania z tego zabezpieczenia.

Mając powyższe na uwadze Izba przeanalizowała treść spornej gwarancji ubezpieczeniowej nie stwierdzając, aby w jej treści znalazły się zastrzeżenia, że o skuteczności domagania się przez Zamawiającego zapłaty kwoty wadium przesądzać miało dysponowanie przez Zamawiającego oryginałem gwarancji, czy że gwarancja wygasa z chwilą zwrotu oryginału gwarantowi, do czego w istocie referował przywoływany przez Zamawiającego wyrok w sprawie KIO 2426/18. Obostrzeń takich próżno również szukać w treści OW stanowiących dowód O3, a ich brak zgodnie potwierdza treść dowodów O1 i O2.

Dodatkowo skład orzekający zwraca uwagę, że przesądzenie o skuteczności zabezpieczenia oferty wadium za pomocą spornej gwarancji znajduje również normatywne uzasadnienie. Zgodnie z przepisem § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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 Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia (podkreślenie Izby), nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. W przekonaniu składu orzekającego w rozpoznawanej sprawie ziściły się wszystkie przesłanki uprawniające Odwołującego do skorzystania z możliwości przewidzianej w § 5 ww. rozporządzenia, ponieważ sporna gwarancja jest oświadczeniem (gwaranta) składanym w Postępowaniu, a jej oryginał nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. W konsekwencji

Zamawiający bezskutecznie odwoływał się do pkt 12.6 SIWZ, który w braku omówionych powyżej zastrzeżeń co do możliwości i skuteczności dochodzenia roszczeń ze spornej gwarancji, nie wyłączał dopuszczalności zastosowania § 5 wzmiankowanego rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: