

Sygn. akt: KIO 1942/19

WYROK

z dnia 14 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 września 2019 r. przez wykonawcę **Kopalnie Odkrywkowe Surowców Drogowych S.A. z siedzibą w Micigózd**

w postępowaniu prowadzonym przez **PGE Polska Grupa Energetyczna S.A z siedzibą w Warszawie, działającą w imieniu i na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Kopalnie Odkrywkowe Surowców Drogowych S.A. z siedzibą w Micigózd** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kopalnie Odkrywkowe Surowców Drogowych S.A. z siedzibą w Micigózd** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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

Zamawiający – PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie, działająca w imieniu i na rzecz PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna S.A. z siedzibą w Bełchatowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa sorbentów wapiennych dla jednostek wytwórczych GK PGE na lata 2019 – 2021”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 czerwca 2019 r., nr 2019/S 120-295259.

19 września 2019 r. zamawiający przesłał wykonawcy Kopalnie Odkrywkowe Surowców Drogowych S.A. z siedzibą w Micigózd, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego w części III postępowania.

Wobec czynności odrzucenia swej oferty odwołujący wniósł 30 września 2019 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, ponieważ zgodnie z pkt 13.11 SIWZ zamawiający żądał, w przypadku wniesienia wadium w innej formie niż pieniądź, złożenia oryginału właściwego dokumentu w formie elektronicznej, tj. opatrzonej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym przez upoważnione osoby;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez działanie zamawiającego wbrew zasadom uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, oraz
- 2) powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, oraz
- 3) umożliwienie dalszego ubiegania się odwołującego o zamówienie, w tym zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że stosownie do pkt 13.1 SIWZ zamawiający żądał wniesienia wadium przed terminem składania ofert. Ponadto, w pkt 13.11 SIWZ wskazał, że w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź, wymagane jest złożenie wraz z ofertą za pośrednictwem systemu zakupowego GK PGE oryginału właściwego dokumentu w formie elektronicznej, tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia ze strony gwaranta/poręczyciela.

Odwołujący podniósł, że przed terminem składania ofert wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 02GJ53/19/00051 z dnia 30.07.2019 r.

wystawionej przez InterRisk TU S.A Vienna Insurance Group (dalej jako: gwarancja). Jednakże dokument ten został opatrzony kwalifikowalnym podpisem elektronicznym odwołującego, nie zaś osób upoważnionych do wystawienia gwarancji. Z tej przyczyny zamawiający uznał, że tak wniesione wadium nie zabezpiecza jego interesów w sposób należyty i zgodny z zapisami SIWZ, jak również z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie. Zamawiający pismem z dnia 19 września 2019 r. poinformował więc odwołującego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwołujący argumentował, że określony przez zamawiającego w SIWZ wymóg dotyczący sposobu wniesienia wadium w formie niepieniężnej należy postrzegać jako generalną zasadę. Zdaniem odwołującego, zamawiający wskazał, że ma być to oryginał właściwego dokumentu w formie elektronicznej opatrzony kwalifikowalnym podpisem elektronicznym.

Odwołujący wskazywał, że przepis art. 45 ust. 6 ustawy pzp określa trzy formy wnoszenia wadium w postaci innej niż pieniądź. Mogą być to poręczenia, gwarancje bankowe oraz gwarancje ubezpieczeniowe. Każdy z tych dokumentów ma spełniać jeden zasadniczy cel. Mianowicie, ma zabezpieczać ofertę i interesy zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą. Dlatego też wadium, ze względu na tę istotną rolę, podlega ściśle określonym rygorom. Kluczowe jest to, że wadium musi zabezpieczać ofertę przez cały okres terminu jej związania, dając zamawiającemu pewność pełnego zaspokojenia jego roszczeń, zaś w przypadku wystąpienia okoliczności ustawowych, uprawniających do zatrzymania wadium zaspokojenie tych roszczeń. Oprócz wskazanych elementów niektóre dokumenty wadium dla swej ważności i wypełnienia celu, dla którego zostają ustanowione muszą być złożone w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Takie zastrzeżenie bowiem wynika wprost z odrębnych przepisów. Wspomniał, że dokument sporządzony w formie elektronicznej opatrzony kwalifikowalnym podpisem elektronicznym, zgodnie z KC odpowiada dokumentowi sporządzonemu w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 78 § 2 KC).

Odwołujący wywiódł, że przykładem dokumentu, który dla swej ważności musi być wniesiony w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a jeśli jest wnoszony w postaci elektronicznej to opatrzony kwalifikowalnym podpisem jest gwarancja bankowa. W przypadku tego dokumentu istnieją przepisy regulujące sposób jego ustanawiania. Stosowna norma znajduje się w art. 81 ust. 2 ustawy Prawo bankowe. Zgodnie z tym przepisem ustanowienie oraz potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Odwołujący wskazał, że biorąc pod uwagę przepisy prawa bankowego oraz samą treść gwarancji bankowej zasadnym jest żądanie takiej gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności, a jeśli dokument jest wnoszony w formie elektronicznej musi być

opatrzone podpisem elektronicznym przez upoważnioną osobą reprezentującą bank. Tymczasem, w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej sprawa ma się zupełnie inaczej.

Odwołujący argumentował, że gwarancja ubezpieczeniowa jest swoistą, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych (art. 353¹ KC) (zob. wyrok SA w Poznaniu z 11.01.2006r., I ACa 761/05). Treść takiej gwarancji sprowadza się do zagwarantowania wypłaty przez gwaranta na rzecz beneficjenta gwarancji określonego świadczenia pieniężnego na wypadek zajścia wymienionego w gwarancji zdarzenia losowego. Obowiązek zapłaty po stronie gwaranta przyjmuje przy tym zwykle charakter zobowiązania nieodwołalnego i bezwarunkowego. Realizacja roszczeń z gwarancji odbywa się w ten sposób, że beneficjent w celu zrealizowania gwarancji powinien przedłożyć towarzystwu ubezpieczeniowemu pisemne żądanie. Wtedy, jeśli spełnione zostały warunki określone w gwarancji, żądana kwota zostanie wypłacona.

Wywiódł, że dla skutecznego dochodzenia roszczenia z gwarancji ubezpieczeniowej nie jest niezbędne posiadanie przez beneficjenta gwarancji w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zatem, o skuteczności danej gwarancji przesądza jej treść, nie zaś forma. Zdaniem odwołującego dysponowanie oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej przez wykonawcę niczego nie zmienia i pozostaje bez wpływu na stosunek prawny łączący gwaranta z beneficjentem. Istotne jest to, kto pozostaje stroną zawartej umowy gwarancji, z tego też strony czerpią swoje uprawnienia. Wykonawca w tym stosunku jest tylko pośrednikiem, posłańcem, który swoim działaniem po nawiązaniu stosunku gwaranta z beneficjentem nie może już nic zrobić, w tym także odwołać gwarancji, mimo dysponowania jej oryginałem.

Odwołujący podniósł, że zdarza się także, że warunkiem wygaśnięcia gwarancji wadialnej, niezależnie czy ubezpieczeniowej, czy też bankowej jest zwrot oryginału dokumentu - gwarantowi. Stąd też w orzecznictwie wykształcił się pogląd, że zamawiający musi dysponować oryginałem gwarancji. Chodzi bowiem o to, aby wykonawca, jeśli przekazał zamawiającemu jedynie kopię gwarancji, to zwracając oryginał dokumentu, który jest w jego dyspozycji może spowodować wygaśnięcie gwarancji przed upływem jej ważności. W takiej sytuacji, gdy wykonawca wniósł wadium w postaci kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, wniesienie wadium nie może być uznane za skuteczne. Zamawiający nie miał bowiem pewności co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert lub też później, nie zostanie zwrócony wystawcy, a w konsekwencji złożona oferta pozostanie bez zabezpieczenia. Odwołujący wskazał jednak, że gwarancja ubezpieczeniowa odwołującego takiego zastrzeżenia nie posiadała. W przypadku wnoszenia dokumentu wadium w formie niepieniężnej wystarczające jest, że wykonawca udokumentuje

ustanowione wadium nawet przez złożenie kopii tego dokumentu zamawiającemu, o ile z jego treści nie będzie wynikało zwolnienie gwarancji przez zwrot oryginału.

Zdaniem odwołującego tam gdzie przepisy prawa nie regulują kwestii formy dokumentu wadium dla wywołania skutków prawnych wobec beneficjenta, o skuteczności danego zabezpieczenia decyduje treść, nie zaś forma dokumentu. Najprościej rzecz ujmując, wadium musi być wniesione tak, by zamawiający mógł je zatrzymać. W przypadku więc gwarancji wadialnej powinien na podstawie dokumentu, który otrzymał, zwrócić się do jego wystawcy i wykazując zaistnienie przesłanki zatrzymania wadium, żadaną kwotę otrzymać. Tym samym zamawiający powinien zbadać otrzymany drogą elektroniczną dokument wadialny właśnie przez ten pryzmat - czyli, czy na podstawie złożonego dokumentu otrzyma środki na wypadek zaistnienia sytuacji z art. 46 ustawy Pzp. Jeśli z jego treści wynika, że aby żądanie to zostało uznane, koniecznym jest dysponowanie dokumentem z własnoręcznym podpisem (najczęstsza sytuacja) - wówczas dokument ten musi mieć taki walor, a w przypadku formy elektronicznej musi być dodatkowo opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Według odwołującego wymóg SIWZ nie zwalniał zamawiającego ze zbadania treści złożonego dokumentu i oceny, czy mimo niezachowania wymaganej formy, oferta zostaje prawidłowo zabezpieczona. Zamawiający nie dokonał analizy treści złożonej gwarancji ubezpieczeniowej. W uzasadnieniu odrzucenia oferty brak jest bowiem odniesienia się do treści gwarancji. Zamawiający zadziałał więc automatycznie, według zasady: skoro brak oryginału, to wadium jest wniesione nieprawidłowo. Dostrzec należy, że taki sposób postępowania klóci się z co najmniej dwiema zasadami prawa zamówień publicznych.

Chodzi o zasadę mówiącą o tym, że zamawiający nie może „działać automatycznie”. W praktyce ta reguła oznacza, że zamawiający podejmując decyzję musi wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności danej sprawy i każdy przypadek rozważać odrębnie. Zamawiający ma zatem obowiązek ocenić, czy mimo tego, że zachodzą podstawy wykluczenia, to postawa danego wykonawcy, jego działania następcze wskazują, że wykluczenie go z postępowania byłoby nadmierne. Takie podejście z kolei wypływa także z innej zasady, tym razem uregulowanej już wprost w ustawie Pzp zasady proporcjonalności. Zgodnie z tą regułą zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia musi stosować środki odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu i nie wykraczające poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania.

Według odwołującego do osiągnięcia celu instytucji wadium, jakim jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, adekwatnym do tego środkiem jest wniesienie gwarancji ubezpieczeniowej o stosowanej treści. Żądanie przedstawienia dokumentu w oryginale wykracza poza to, co jest niezbędne do zrealizowania celu, czyli skutecznego

zabezpieczenia oferty. Zauważyć bowiem należy, że ten cel może być także spełniony nawet, jeśli zamawiający nie będzie dysponował oryginałem dokumentu.

Odwołujący wskazał, że w pkt 4 oraz 5 gwarancji określono warunki zapłaty kwoty wadium. Sprowadzają się one do sporządzenia przez Beneficjenta/Zamawiającego i przedstawienia Gwarantowi pisemnego żądania wypłaty wadium oraz pisemnego oświadczenia, że kwota roszczenia jest należna w związku z zaistnieniem jednego z przypadków zatrzymania wadium określonych w ustawy Pzp. Ponadto, gwarancja wadium precyzuje, jakie elementy musi zawierać owo żądanie wypłaty. W żadnym z opisanych warunków wypłaty gwarancji nie ma także zastrzeżenia, że beneficjent musi przedstawić oryginał dokumentu. Natomiast, przypadki wygaśnięcia gwarancji zostały określone w pkt 6. Stosownie do przywołanego punktu gwarancja wygasa, gdy ziszczą się trzy warunki. Mianowicie, gdy upłynie jej ważność, gdy Beneficjent zwolni Gwaranta z zobowiązania wynikającego z Gwarancji oraz gdy zostanie wypłacona pełna kwota gwarancyjna. We wskazanych przypadkach nie ma zastrzeżenia, że Gwarancja wygaśnie, jeśli dokument gwarancji zostanie zwrócony. Ponadto, w Gwarancji znalazły się zastrzeżenia, że jest ona nieodwołalna i bezwarunkowa, uruchamiana na pierwsze pisemne żądanie Beneficjenta.

Odwołujący wskazał, że na potwierdzenie powyższych twierdzeń, InterRisk TU S.A Vienna Insurance Group złożyło wyjaśnienia, w których potwierdziło treść zawartą w Gwarancji. Wydruk tych wyjaśnień odwołujący załączył do odwołania. Do odwołania odwołujący załączył także raport weryfikacji podpisu Gwaranta na okoliczność potwierdzenia, że osoba upoważniona przez InterRisk TU S.A Vienna Insurance Group wystawiła dokument. Przy czym, niezależnie od przedstawionego raportu, wskutek złożenia przez odwołującego kwalifikowalnego podpisu elektronicznego, doszło do potwierdzenia Gwarancji ubezpieczeniowej za zgodność z oryginałem. Zatem, zamawiający nie miał podstaw, by sądzić, że dokument mógłby zostać zmieniony przez odwołującego. Takie podejrzenie mogłoby paść, gdyby odwołujący nie wziął na siebie odpowiedzialności potwierdzenia kopii gwarancji za zgodność z oryginałem. Poczyniona przez organizatora postępowania szczegółowa analiza treści wniesionej przez odwołującego gwarancji ubezpieczeniowej doprowadziłaby go zapewne do zgoda innych wniosków. Błędy popełnione w trakcie oceny oferty odwołującego spowodowały także błędną decyzję o odrzuceniu oferty.

Odwołujący podniósł także, że wprawdzie zamawiający wskazał w treści uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, że wniesiona przez niego forma gwarancji ubezpieczeniowej jest niezgodna „z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie”, to jednak nie przywołał żadnego przepisu, który by ten argument uzasadniał. Jak było już wskazywane, w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej takiego przepisu prawa powszechnie obowiązującego nie ma. Żadna norma prawna nie reguluje zasad, jak również nie ustanawia

formy gwarancji ubezpieczeniowej do wywoływania dla niej skutków. Wszystko zależne jest od tego, jak strony gwarancji się umówiły, a zatem co wynika z samej treści gwarancji.

Według odwołującego z racjonalnego punktu widzenia żądanie przedstawienia zamawiającemu gwarancji ubezpieczeniowej w formie szczególnej także się nie broni. Dla zaspokojenia roszczenia wynikającego z gwarancji złożonej przez odwołującego wystarczającym jest przedstawienie pisemnego żądania wypłaty oraz stosownego oświadczenia sporządzonego przez beneficjenta. Posiadanie bądź też nieposiadanie dokumentu w formie pisemnej pod rygorem nieważności, bądź w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowalnym podpisem elektronicznym nie jest relewantne dla skuteczności dochodzenia wypłaty wadium.

Odwołujący wywiódł, że nie kwestionuje treści SIWZ. Zdaniem odwołującego wymóg złożenia wadium w formie niepieniężnej, co do zasady w postaci elektronicznej opatrzonej dodatkowo podpisem kwalifikowalnym odwołujący postrzega jako klauzulę generalną. Odwołujący podważa natomiast to, w jaki sposób została dokonana ocena jego oferty w zakresie poprawności wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Odwołujący odwołał się także do opinii UZP. Wskazał, że w podsumowaniu tej opinii można przeczytać, że: *„Wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października 2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej”*.

Zdaniem odwołującego w tym zdaniu, ani żadnym innym w przywołanej opinii UZP nie wskazuje, że dokument powinien być, co do zasady opatrzony kwalifikowalnym podpisem elektronicznym. Owszem musi być w formie elektronicznej i oryginalnej, to znaczy w formie nie zmienionej przez samego wykonawcę, jednakże nie mówi się o tym, że powinna być to forma szczególna. Sądzić należy, że autor odnośnej opinii sporządził ją właśnie ze świadomością tego, że nie zawsze w obrocie prawnym uzasadnione jest żądanie dokumentu wadialnego spełniającego walory formy pisemnej pod rygorem nieważności, ewentualnie podpisania go kwalifikowalnym podpisem elektronicznym.

Odwołujący podniósł także, że wadium w postępowaniu nie jest częścią oferty. Przede wszystkim, przepisy ustawy Pzp nie wymagają, aby wadium było składane wraz z ofertą. I w praktyce tak rzeczywiście jest. Ze względu na finansowy charakter tego dokumentu, jest on najczęściej składany odrębnie i należycie przechowywany przez zamawiającego, bądź po prostu znajduje się na jego rachunku bankowym. Z tezą, że wadium nie jest częścią oferty możemy spotkać się w przywołanej już opinii UZP. Tam z kolei podniesiono, że udzielenie gwarancji nie jest częścią oferty, ponieważ nie jest ona rozumiana, jako oświadczenie woli wykonawcy, co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego z 19 września 2019 r., raport weryfikacji podpisu elektronicznego znajdującego się w pliku o nazwie „wadium – gwarancja bankowa.pdf”, załączony do odpowiedzi na odwołanie, raport z weryfikacji podpisu zawartego w pliku o nazwie „02GJ53_19_00051_2.pdf” załączony do odwołania, korespondencję prowadzoną w dniu 27 września 2019 r. przez odwołującego z panem Ł. M., której wydruk załączono do odwołania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została odrzucona w części III, zaś – w świetle kryteriów oceny ofert – może być wybrana jako najkorzystniejsza w tej części. Odwołujący domagał się unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty w ww. części. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego w ww. części, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia ww. czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części III. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający wszczął i prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa sorbentów wapiennych dla jednostek wytwórczych GK PGE na lata 2019 – 2021.

Ustalono także, że zamawiający w pkt 13 SIWZ (wymagania dotyczące wadium) zawarł następujące postanowienia:

13.1. *Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert w wysokości: (...)*

Część III – 300.000 zł, trzysta tysięcy złotych

13.2. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach przewidzianych w art. 45 ust. 6 Ustawy PZP, tj.:

13.3. pieniądzu;

13.4. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

13.5. gwarancjach bankowych;

13.6. gwarancjach ubezpieczeniowych;

13.7. poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2016 r. poz. 359 i 2260 oraz z 2017 r. poz. 1089).

13.11. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz - wymagane jest złożenie wraz z Ofertą za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE oryginału właściwego dokumentu w formie elektronicznej, tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia ze strony gwaranta/poręczyciela.

13.12. Wadium nie może zawierać klauzuli zwalniającej gwaranta od odpowiedzialności wskutek zwrotu dokumentu gwarancji.

13.13. Niewniesienie wadium w wymaganym terminie lub w sposób określony w SIWZ spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Ustawy PZP.

Ustalono także, że stosownie do pkt 18.1 SIWZ Ofertę należy złożyć za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE dostępnego pod adresem: <https://www.swpp2.gkpgpe.pl> w terminie do dnia 2 sierpnia 2019 r., godz. 12:00.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę na część III zamówienia złożył m.in. odwołujący. Oferta odwołującego została złożona za pośrednictwem systemu zakupowego GK PGE.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert odwołujący przesłał także zamawiającemu, za pośrednictwem systemu zakupowego GK PGE plik o nazwie „wadium gwarancja bankowa.pdf”. Plik ten stanowi skan dokumentu zatytułowanego „ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium nr 02GJ53/19/00051”. Zeskanowany dokument nie zawiera skanu jakiegokolwiek podpisu własnoręcznego.

Ustalono, że plik o nazwie „wadium gwarancja bankowa.pdf” został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym należącym do pana J. S. – prezesa zarządu odwołującego. Plik nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym żadnej innej osoby.

W dalszej kolejności ustalono, że 19 września 2019 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty w części III zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu swej czynności zamawiający wskazał, że:

Organizator postępowania w pkt 13.11 SIWZ wymagał aby w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądź złożono wraz z Ofertą za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE oryginału właściwego dokumentu w formie elektronicznej, tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia ze strony gwaranta/poręczyciela. Wykonawca Kopalnie Odkrywkowe Surowców Drogowych S.A. (dalej „KOSD”) dołączył do Oferty ubezpieczeniową gwarancję wypłaty wadium wystawioną przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Gwarancja dołączona do Oferty KOSD została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym Prezesa firmy KOSD – natomiast nie została podpisana przez osoby upoważnione ze strony gwaranta, tj. InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Tym samym, interes Organizatora postępowania jakim jest materialne zagwarantowanie złożenia prawidłowej Oferty przez Wykonawcę nie został zabezpieczony w sposób należyty i zgodny z zapisami SIWZ, jak również z obowiązującymi przepisami prawa w tym zakresie.

W związku z powyższym, oferta Wykonawcy KOSD podlega odrzuceniu.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Art. 36 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej: (...)

8) *„wymagania dotyczące wadium”.*

Zgodnie z art. 45 ustawy Pzp: (...)

3. *Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert.*

6. *Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:*

- 1) *pieniądzu;*
- 2) *poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;*
- 3) *gwarancjach bankowych;*
- 4) *gwarancjach ubezpieczeniowych;*

5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669).

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.*

Stosownie do § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320 z późn. zm.)

1. *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.*

2. *W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.*

Nie znalazły potwierdzenia zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Zdaniem Izby zamawiający prawidłowo ocenił, że odwołujący do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium w sposób prawidłowy.

Dla oceny prawidłowości wniesienia wadium znaczenie miały przepis art. 45 ust. 3 ustawy Pzp i art. 45 ust. 6 ustawy Pzp. Pierwszy z przywołanych wyżej przepisów wyznacza nieprzekraczalny termin, w jakim wadium powinno znaleźć się w dyspozycji zamawiającego, a mianowicie „upływ terminu składania ofert”. Nie ulegało wątpliwości, że termin ten upłynął 2 sierpnia 2019 r. o g. 12.00 (por. pkt 18.1 SIWZ). Co więcej, o obowiązku wniesienia wadium przed upływem terminu zamawiający dodatkowo przypomniał jednoznacznie wskazując, że wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem tego terminu (por. pkt 13.1. SIWZ).

Wobec powyższego nie powinno budzić wątpliwości, że oceniając prawidłowość wniesienia wadium przez odwołującego zamawiający miał prawo wziąć pod uwagę wyłącznie

takie dokumenty, które odwołujący przesłał mu do 2 sierpnia 2019 r. g. 12.00. Wszelkie późniejsze uzupełnienia dokumentów wadialnych, jako naruszające ten graniczny moment nie mogą być uwzględnione.

Nie było sporne między stronami, że odwołujący przed upływem terminu składania ofert – celem wykazania wniesienia wadium – przesłał zamawiającemu drogą elektroniczną wyłącznie plik o nazwie „wadium - gwarancja bankowa” w formacie .pdf. Odwołujący na pytanie przewodniczącego zadane w trakcie rozprawy w dniu 14 października 2019 r. przyznał jednoznacznie, że przed upływem terminu składania do zamawiającego trafił jedynie plik o ww. nazwie. Odwołujący oświadczył także wyraźnie w trakcie rozprawy, że przed upływem tego terminu nie przesłał zamawiającemu pliku o nazwie „02GJ53_19_00051_2 gwarancja.pdf”, co do którego przedstawił przy odwołaniu raport z weryfikacji podpisu elektronicznego.

Nie było również sporne, że jedyny plik jaki otrzymał zamawiający, tj. plik o nazwie „wadium - gwarancja bankowa” w formacie .pdf., został opatrzony wyłącznie podpisem elektronicznym opartym na kwalifikowanym certyfikacie należącym do prezesa zarządu odwołującego pana J. S. . Odwołujący nie kwestionował, że ww. plik został opatrzony tylko podpisem przedstawiciela odwołującego. Na powyższe wskazywał również raport z weryfikacji podpisu elektronicznego załączony do odpowiedzi na odwołanie oraz raport z weryfikacji podpisu znajdujący się w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego. Przedstawiony zamawiającemu dokument nie zawierał podpisu elektronicznego jakiejkolwiek osoby reprezentującej gwaranta to jest zakładu ubezpieczeń.

W tej sytuacji należało dojść do wniosku, że odwołujący ewidentnie nie zastosował się do postanowień pkt 13.11 SIWZ, w których zamawiający wyraźnie zastrzegł, że *W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądze - wymagane jest złożenie wraz z Ofertą za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE oryginału właściwego dokumentu w formie elektronicznej, tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia ze strony gwaranta/poręczyciela.*

Nie można było także utrzymywać, że pomimo naruszenia przez odwołującego postanowień pkt 13.11 SIWZ, w opisanej sytuacji cel wadium, jakim jest zabezpieczenie oferty odwołującego, został jednak spełniony. Rzeczywiście przedstawiony przez odwołującego wydruk nie zawierał zapisu, zgodnie z którym warunkiem wypłaty kwoty z gwarancji jest dysponowanie przez beneficjenta oryginałem dokumentem gwarancji. Powyższe – z uwagi dalsze okoliczności - było jednak niewystarczające, aby uznać, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Przypomnienia wymaga, że stosownie do § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie

zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 1320 z późn. zm.):

1. 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.

2. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Jak się wydaje – odwołujący w odwołaniu zdawał się nawiązywać do ww. przepisów wskazując, że podpis elektroniczny prezesa zarządu odwołującego na przedstawionym wydruku należało – w okolicznościach danej sprawy - potraktować jako elektroniczne poświadczenie kopii gwarancji wadialnej za zgodność z oryginałem.

Uszło uwadze odwołującego, że w przepisie tym jest mowa o elektronicznym poświadczeniu za zgodność dokumentów, które „nie zostały sporządzone w formie elektronicznej”. Z pliku złożonego zamawiającemu w ustawowym terminie nie wynikało jednak, aby oryginał dokumentu został sporządzony w formie innej niż elektroniczna. Podkreślenia wymagało bowiem, że pod dokumentem gwarancji ubezpieczeniowej nie znajdował się nawet skan jakiegokolwiek podpisu własnoręcznego, więc zamawiający nie miał podstaw aby przyjąć, że oryginał dokumentu został sporządzony w formie pisemnej (art. 78 § 1 KC). Co więcej, zamawiający nie miał także jakichkolwiek podstaw aby oświadczenia wskazane w gwarancji przypisać zakładowi ubezpieczeń (art. 77² KC). Wydruk o treści jaką przesłano zamawiającemu mógł sporządzić każdy, kto dysponuje komputerem. W związku z powyższym miał rację zamawiający gdy w odpowiedzi wskazał, że prezes zarządu odwołującego co najwyżej poświadczył za zgodność jakiś projekt dokumentu gwarancji wadialnej.

Przypomnienia wymaga zaś, że zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp wadium w postępowaniu może być wnoszone jedynie w ściśle określonych przez prawo formach. Powyższe wynikało także z postanowienia pkt 13.2 SIWZ, w którym zamawiający wymienił ww. formy. Jedną z nich jest gwarancja ubezpieczeniowa. Uszło uwadze odwołującego, że aby dokument mógł zostać uznany za gwarancję ubezpieczeniową w rozumieniu ustawy Pzp i postanowień SIWZ, koniecznym jest, aby oświadczenia w nim zawarte pochodziły od zakładu ubezpieczeń. Tymczasem w analizowanej sprawie wskutek braku jakiegokolwiek podpisu (elektronicznego, czy nawet skanu podpisu własnoręcznego) ani możliwości

przypisania oświadczeń ubezpieczycielowi, zamawiający nie mógł ustalić, że przedstawiony mu dokument w ogóle jest gwarancją ubezpieczeniową. Jak słusznie wskazał zamawiający, taki wydruk jak mu przedstawiono, mógł sporządzić ktokolwiek, nawet niebędący ubezpieczycielem.

Nie sposób się także zgodzić z odwołującym, że tak złożony wydruk zabezpiecza interesy zamawiającego. Zamawiający po analizie wydruku nie mógł mieć jakiegokolwiek pewności, że będzie miał możliwość zatrzymania wadium w przypadkach określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. Zatrzymanie kwoty wadium uzależnione byłoby od tego, czy ubezpieczyciel przyzna się, że rzeczywiście ustanowił gwarancję o treści, której projekt przekazano zamawiającemu i nie podniesie zarzutu nieistnienia zobowiązania z gwarancji ubezpieczeniowej.

Ze względu na brzmienie art. 45 ust. 3 ustawy Pzp za spóźnione i nieskuteczne należało uznać próby wnoszenia czy uzupełniania wadium po terminie składania ofert. W tym celu odwołujący załączył do odwołania wydruk korespondencji mailowej obejmujący wyjaśnienia pana Ł. M. oraz raport weryfikacji podpisu w pliku o nazwie „02GJ53_19_00051-2 gwarancja.pdf”.

Po pierwsze oba dokumenty nie zostały złożone zamawiającemu w ustawowym terminie więc nie mogły być wzięte pod uwagę przy ocenie prawidłowości wniesienia wadium. Po drugie, dostrzeżenia wymagało, że ww. raport z weryfikacji podpisu odnosił się do pliku, którego odwołujący nie złożył zamawiającemu. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wadium w formie niepieniężnej należało wnieść do zamawiającego przez przesłanie go elektronicznie za pośrednictwem systemu wskazanego w SIWZ. Skoro odwołujący nie przesłał zamawiającemu tego pliku lecz pozostawił go w swym systemie, to nie może następnie zarzucać, że zamawiający tego pliku nie badał.

Co do przedstawionego wydruku korespondencji mailowej to nie wiadomo, czy pan Ł. M. może składać oświadczenia w imieniu ubezpieczyciela. Po drugie, nawet w samych wyjaśnieniach tego pana wskazano, że podstawą prawa beneficjenta do złożenia żądania jest dokument gwarancji będący w jego dyspozycji. A jak wskazano wcześniej, zamawiający nie dysponował nawet kopią takiego dokumentu.

Chybiony okazał się także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie naruszył zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji czy proporcjonalności. Przeciwnie, gdyby zamawiający nie odrzucił oferty odwołującego doszłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż tak samo zostaliby potraktowani wykonawcy, którzy przedstawili zamawiającemu w ustawowym terminie prawidłowe dokumenty wadium i odwołujący, który takiemu obowiązkowi nie sprostał. Działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego jest także proporcjonalne do uchybień, jakich dopuścił się ten wykonawca.

Ustawową sankcją w razie niewniesienia wadium w wyznaczonym terminie jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Kierując się powyższymi rozważaniami należało dojść do przekonania, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania, co ze wskazanych wcześniej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił odwołujący. Kosztami postępowania obciążono zatem odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 4 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: