

**WYROK**  
**z dnia 16 grudnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2019 r. przez wykonawcę Energotest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie

przy udziale:

- A. wykonawcy Element Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,
- B. wykonawcy Elektrometal Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. odrzuca odwołanie w części obejmującej zarzut oznaczony nr 2 w odwołaniu;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego Energotest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od odwołującego Energotest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach na rzecz zamawiającego PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Bełchatowie kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego 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 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 Piotrkowie Trybunalskim.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna Spółka Akcyjna z siedzibą w Belchatowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Odtworzenie układu zabezpieczeń rozdzielni PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 138-341107. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 5 grudnia 2019 r. wykonawca Energotest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gliwicach (dalej jako „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu uznania, że wadium zabezpieczające ofertę nie zostało wniesione, podczas gdy złożona oferta jest skutecznie zabezpieczona wadium w przedmiotowym przetargu;
2. zasady proporcjonalności w przygotowaniu i przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającej *expressis verbis* z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, wyrażające się w postawieniu pkt 13.8 SIWZ wymogu odnośnie sposobu wniesienia wadium w innej formie niż pieniężna poprzez złożenie w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego oraz w pkt 13.10 SIWZ zastosowanie rygoru odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp w razie wniesienia wadium w inny sposób niż określony w SIWZ, czego wyrazem jest skarżona czynność odrzucenia oferty Odwołującego mająca wpływ na wynik postępowania.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz przywrócenia tej oferty do udziału w dalszym postępowaniu. Odwołujący wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż kwestionowana czynność Zamawiającego narusza jego interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ Odwołujący złożył ofertę zabezpieczoną wadialnie, wobec

czego powinna ona podlegać badaniu i ocenie w toku postępowania. Zdaniem Odwołującego naruszenie ww. przepisów ustawy Pzp ma istotny wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie prowadzi do wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności przedstawił stan faktyczny, wskazując m.in. na podstawy odrzucenia jego oferty, wymagania dotyczące wadium wskazane w pkt 13 SIWZ, opis sposobu przygotowania ofert wynikający z pkt 16 SIWZ, a także treść dokumentu gwarancji załączonego do oferty. Odwołujący podkreślił, że gwarant nie zażądał przedstawienia przez beneficjenta dokumentu gwarancji w jakiegokolwiek formie celem zrealizowania jego uprawnień, nie zastrzegł także w treści gwarancji zwrotu dokumentu gwarancji w jakiegokolwiek formie.

Odwołujący wyjaśnił, iż postępując zgodnie z pkt 16.6.2 SIWZ, otrzymany w pliku pdf dokument gwarancji ubezpieczeniowej w wersji elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej do wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej w imieniu gwaranta zamieścił następnie w pliku zbiorczym pdf pod nazwą „oferta nr 1914230100.pdf”. Tak przygotowany plik Odwołujący następnie zamieścił na platformie zakupowej i opatrzył kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący wskazał, iż wypełniając literalnie postanowienia pkt 16.6.2. SIWZ uczynił wadium częścią składową oferty.

W ocenie Odwołującego, nie przekazał on kopii elektronicznego dokumentu gwarancji, lecz oryginał. Wobec tego w sprawie nie znajdzie zastosowania § 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, ponieważ przepis ten dotyczy sytuacji, gdy oryginał dokumentu lub oświadczenia nie został sporządzony w postaci dokumentu elektronicznego. Ponieważ dokument gwarancji ubezpieczeniowej nr 998056144914 z dnia 5 listopada 2019 r. został sporządzony w formie dokumentu elektronicznego, na co wskazuje format tego dokumentu i kwalifikowany podpis wystawcy, to Odwołujący nie mógł sporządzić elektronicznej kopii dokumentu elektronicznego. Odwołujący wskazał, że przedmiotowa gwarancja została wystawiona w postaci dokumentu elektronicznego, dlatego późniejsze jej włączenie do pliku oferta pdf pospadanego e-podpisem kwalifikowanym przez Odwołującego jest ambiwalentne dla pierwotnej formy i postaci tego dokumentu, jako dokumentu elektronicznego.

Następnie Odwołujący przedstawił szczegółowy wywód w zakresie formy i sposobu przekazania dokumentu wadialnego i jego celu, powołując się m.in. na opinię Prezesa UZP pn. „Zasady wnoszenia niepieniężnych gwarancyjnych form wadium oraz wadium w postaci poręczeń 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 przez wykonawców

ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.” Wskazał także, iż ustawa Pzp nie definiuje pojęcia formy elektronicznej, zatem jedynym punktem odniesienia są tutaj przepisy Kodeksu cywilnego. Zdaniem Odwołującego z formą elektroniczną oświadczenia woli będziemy mieli do czynienia zawsze wtedy, gdy oświadczenie zostanie opatrzone podpisem elektronicznym kwalifikowanym. Bez znaczenia przy tym jest, w jaki sposób odwzorowano treść samego oświadczenia - czy będzie to skan, zdjęcie czy wprost wygenerowany w pdf dokument. Wynika to z art. 78<sup>1</sup> § 1 k.c. Odwołujący wskazał także na definicję dokumentu elektronicznego sformułowaną w art. 3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE (dalej „rozporządzenie eIDAS”). W konsekwencji opatrzenie dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym powoduje przybranie przez niego formy elektronicznej oświadczenia woli. Odwołujący wskazał także, iż skoro celem żądania wniesienia wadium jest skuteczne zabezpieczenie oferty, to przez pryzmat tego celu należy oceniać zarówno skuteczność jego wniesienia, jak i wymogi, jakie mogą być stawiane przez zamawiającego w zakresie treści gwarancji i formy.

Następnie Odwołujący przedstawił wywód odnoszący się do gwarancji wadialnej jako realizacji instytucji przekazu. Wskazał m.in. na wyrok SN z dnia 15 września 2016 r., sygn. akt I CSK 524/15 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Sieradzu z dnia 22 marca 2018 r., sygn. akt I C 24/15. Na podstawie powyższego Odwołujący wnioskował, że jeżeli list gwarancyjny jest ofertą (oświadczeniem woli), to powinien mieć do niego zastosowanie art. 61 k.c. stanowiący o chwili złożenia oświadczenia woli. Jeżeli zatem oświadczenie gwaranta dotrze do zamawiającego, to oferta zostanie złożona, a zabezpieczenie (wadium) wniesione. Odwołujący zwrócił także uwagę na konieczność rozróżnienia czynności wniesienia wadium od jego ustanowienia. W tym zakresie wskazał na wyrok KIO z dnia 20 października 2015 r., sygn. akt KIO 2166/16.

Ponadto Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby, które uzależnia skuteczność wniesienia wadium od pewności jego zatrzymania w przypadku wystąpienia przesłanek, a nie od zgodności co do wymogów formalnych z postanowieniami specyfikacji (wyrok KIO z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt KIO 171/18), jak również wskazuje na decydujące znaczenie postanowień gwarancji dla uznania jej funkcji zabezpieczającej (wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2426/18). Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, dla oceny skuteczności wniesienia wadium w postaci gwarancji w formie elektronicznej istotna jest treść tego dokumentu, z której musi wynikać, że zamawiający bez konieczności legitymowania się jakimkolwiek oryginałem takiego dokumentu, może zaspokoić swoje roszczenia wynikające z gwarancji. Gwarant UNIQA TU S.A. nie żąda przedstawienia przez Zamawiającego

dokumentu gwarancji, w jakiegokolwiek formie, celem zrealizowania jego uprawnień z wystawionej gwarancji zapłaty wadium w przetargu. W gwarancji również nie zastrzeżono obowiązku zwrotu przez Zamawiającego dokumentu gwarancji. Wobec powyższego, Zamawiający będzie mógł zaspokoić swoje roszczenie zapłaty wadium z przedmiotowej gwarancji bez legitymowania się posiadaniem oryginału dokumentu gwarancji lub konieczności zwrotu w przypadku wygaśnięcia gwarancji.

Uzasadniając zarzut naruszenia zasady proporcjonalności, Odwołujący wskazał, iż Zamawiający winien formułować wymogi dotyczące wniesienia wadium w sposób precyzyjny oraz zgodny z zasadą proporcjonalności, rozumianą w tym przypadku jako adekwatne skutki na wypadek uchybienia określonego w specyfikacji sposobowi wniesienia wadium, podczas gdy wadium prawidłowo zabezpiecza ofertę, czyli spełnia cel gwarancyjny. Wszelkie wymogi i warunki stawiane przez zamawiającego w dokumentacji przetargowej muszą być proporcjonalne do celów, jakie powinny być osiągnięte, stosownie do dyrektywy art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący powołał się na wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 *Serrantoni Srl*, a także na orzecznictwo KIO, w tym wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1611/18, wyrok z dnia 29 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2729/15, wyrok z dnia 7 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1279/14, wyrok z dnia 18 czerwca 2013 r., sygn. akt KIO 1312/13, wyrok z dnia 5 grudnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/1376/08, wyrok z dnia 6 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 628/11, wyrok ZA z 20 kwietnia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-426/07). Wskazał, iż mając na uwadze cel wadium, jakim jest zabezpieczenie oferty, forma gwarancji, a tym bardziej sposób jej przekazania zamawiającemu, winna pozostać bez znaczenia, o ile jest zgodna przepisami prawa powszechnie obowiązującego. W ocenie Odwołującego, ograniczenie przez Zamawiającego w treści SIWZ możliwości wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna wyłącznie do możliwości wniesienia „w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego” może budzić uzasadnione wątpliwości prawne, a także naruszać zasadę równego traktowania wykonawców. Odwołujący zwrócił uwagę, że ustawa Pzp nie zawiera takiego ograniczenia. Wskazał na dopuszczalność wystawiania gwarancji wadialnych w postaci depechy SWIFT, która nie zawiera elektronicznego podpisu wystawcy (wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 2866/12, KIO 2869/12, KIO 2873/12).

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia jego oferty z powodu niewniesienia wadium w oryginale, ponieważ wniesiona gwarancja ubezpieczeniowa zabezpiecza ofertę i gwarantuje Zamawiającego realizację roszczeń z gwarancji, bez konieczności legitymowania się jakimkolwiek „oryginalnym” lub innym dokumentem gwarancyjnym.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania oraz pozostawienie bez rozpoznania zarzutu dotyczącego naruszenia zasady proporcjonalności, który jest zarzutem spóźnionym.

Zamawiający podkreślił, że komunikacja w przedmiotowym postępowaniu jest prowadzona z użyciem środków komunikacji elektronicznej, wobec czego w pkt 13.7, 13.8 oraz 13.10 SIWZ określił w sposób nie budzący wątpliwości zasady wniesienia wadium. Wskazał na wnioski wynikające z opinii wydanej przez UZP dotyczącej zasad wnoszenia niepieniężnych form wadium, jak również na okoliczność, że wykonawca składając ofertę oświadczał, że zapoznał się z treścią SIWZ. Zamawiający przywołał także pkt 26.6 SIWZ. Dalej zauważył, że wszyscy pozostali wykonawcy wnieśli gwarancje wadialne w oryginale, tj. z podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę.

Zamawiający wyjaśnił, że w pliku otrzymanym od Odwołującego pod nazwą „Oferta nr 1914230100” znalazł się zeskanowany przez Odwołującego ciąg dokumentów, w tym strony zawierający własnoręczny podpis Prezesa Zarządu Odwołującego, a także gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998056144914 oraz pełnomocnictwa do jej wystawienia. Wskazał, że miał obowiązek zweryfikować czy wadium zostało podpisane podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego. Zamawiający zwrócił uwagę na definicję podpisu elektronicznego, kwalifikowanego certyfikatu oraz kwalifikowanego urządzenia do składania podpisu elektronicznego zawartą w rozporządzeniu eIDAS. Powołał się także na art. 32 rozporządzenia eIDAS dotyczący procesu walidacji kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Wskazał oprogramowania, które użył do zwalidowania podpisu elektronicznego pliku „Oferta nr 1914230100”, z których żadne nie wykryło, nie odnalazło podpisu elektronicznego w powyższym dokumencie. Zamawiający podniósł ponadto, że Odwołujący nie skorzystał z możliwości złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego przy użyciu systemu Platformy Zakupowej Zamawiającego SWPP2, nawet jednak gdyby to zrobił to zamieszczony wewnątrz pliku „Oferta nr 1914230100” dokument gwarancyjny byłby podpisany niezgodnie z wymaganiami SIWZ, gdyż nie byłby oryginałem dokumentu podpisanym kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy.

W ocenie Zamawiającego w pliku „Oferta nr 1914230100” został przesłany ciąg „zwykłych” skanów dokumentów, z których żaden nie został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący nie złożył wymaganego oryginalnego dokumentu wadium, co jest równoznaczne z tym, że wadium nie zostało wniesione, a brak ten nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 15 października 2012 r., sygn. akt KIO 2090/12, KIO 2121/12 i wskazał, że ma prawo zażądać od wykonawców wnoszenia gwarancji wadialnych w oryginale, gdyż nie może tkwić w niepewności co do tego, czy będzie mógł zatrzymać wadium jedynie na podstawie kopii.

Przywołał także wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12, z 20 października 2015 r., sygn. akt KIO 2166/15, z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 63/12, 66/12 oraz z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17, podnosząc, że był zobligowany do odrzucenia oferty Odwołującego. Podniósł m.in., iż ocenia prawidłowości wniesienia wadium jest doniosła, bowiem przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium czy wyjaśnianie wątpliwości treści dokumentu gwarancji.

Następnie Zamawiający zauważył, że ze znaku graficznego umieszczonego na skanie gwarancji wynika, że dokument podpisała p. J. E., załączając przy tym pełnomocnictwo podpisane przez p. I. N., która otrzymała pełnomocnictwo od T. S. z zastrzeżeniem, że nie upoważnia ono do udzielania dalszych pełnomocnictw. Powyższe zastrzeżenie, zdaniem Zamawiającego, budzi wątpliwości co do skuteczności czynności podpisania gwarancji przez p. E. . Zamawiający wskazał ponadto, że brak w treści skanu gwarancji wadialnej zapisów co do żądania przez gwaranta od beneficjenta dokumentu gwarancji w jakiegokolwiek formie, celem zrealizowania uprawnień czy brak zastrzeżenia przez gwaranta zwrotu dokumentu gwarancji w jakiegokolwiek formie, nie zmienia okoliczności, że Odwołujący złożył jedynie niepodpisany skan gwarancji. Wskazał, że w przypadku wadium niepieniężnego skuteczne jego wniesienie jest jednoznaczne z przedstawieniem oryginalnego dokumentu wadialnego (powołał wyrok KIO z dnia 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1408/10 oraz wyrok KIO z 13 marca 2017 r., sygn. akt KIO 350/17).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności Zamawiający wskazał, iż zarzut ten odnosi się do treści postanowień SIWZ i jest zarzutem spóźnionym, wobec czego nie powinien podlegać rozpoznaniu.

Wykonawca Elektrometal Energetyka S.A. z siedzibą w Warszawie w piśmie z dnia 9 grudnia 2019 r. zawierającym zgłoszenie przystąpienia przedstawił argumentację merytoryczną wskazującą na bezzasadność odwołania. Podniósł, że Odwołujący nie złożył oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, a zatem nie spełnił wymogów wynikających z SIWZ. Wskazał na wyroki KIO z dnia 11 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2426/18 oraz z dnia 28 grudnia 2016 r., sygn. akt KIO 2370/16. Dodał, że Zamawiający na podstawie dokumentu, który zawierał podpis elektroniczny Odwołującego, a nie wystawcy gwarancji, nie mógł mieć pewności co do tego od kogo dokument pochodzi i przez kogo zostało złożone oświadczenie woli.

Pismo procesowe w dniu 16 grudnia 2019 r. złożył także wykonawca Element Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o pominięcie zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności jako spóźnionego w świetle terminu na wniesienie odwołania określonego w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca przedstawił wywody zbieżne z argumentacją Zamawiającego, podnosząc, że złożenie dokumentu wadialnego

w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący nie spełnia wymagań SIWZ z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu zawierającego kwalifikowany podpis elektroniczny. W sposób szczegółowy opis regulacje wynikające z rozporządzenia eIDAS, podkreślając, że walidacja podpisu elektronicznego jest elementem składowym konstrukcji prawnej kwalifikowanego podpisu elektronicznego i potwierdza ważność tego podpisu. Wykonawca Elemont akcentował okoliczność, że Zamawiający jako beneficjent gwarancji nie ma wiedzy czy w ogóle doszło do udzielenia przedmiotowej gwarancji, bowiem nie ma żadnego dowodu na to, że ubezpieczyciel w ogóle złożył oświadczenie woli. W ślad za Zamawiającym wskazał także na wadliwe umocowanie osoby, której znak graficzny widnieje na dokumencie gwarancji, do reprezentacji ubezpieczyciela, z uwagi na poczynione w treści pełnomocnictwa dla p. N. zastrzeżenie o braku upoważnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw. W piśmie wskazano także na wyroki KIO z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 830/19 oraz z dnia 7 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 899/19.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba na posiedzeniu w dniu 16 grudnia 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpień zgłoszonych do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Elemont Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu (dalej jako „Przystępujący Elemont”) oraz przez wykonawcę Elektrometal Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący Elektrometal”) wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestników postępowania.

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w części obejmującej zarzut naruszenia zasady proporcjonalności oznaczony nr 2 w *petitum* odwołania. Zauważyć należy, iż podstawą faktyczną przedmiotowego zarzutu była treść postanowień SIWZ dotycząca wymogu wniesienia wadium w innej formie niż pieniężna poprzez jego złożenie w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego (pkt 13.8 SIWZ) oraz konsekwencji wiążących się z wniesieniem wadium w inny sposób w postaci odrzucenia oferty (pkt. 13.10 SIWZ). Do powyższej podstawy faktycznej Odwołujący odwoływał się zarówno w samej konstrukcji zarzutu wskazanej w *petitum* odwołania, jak i w treści jego uzasadnienia (pkt IV uzasadnienia odwołania). Nie budziło wątpliwości Izby, iż przedmiotowy zarzut odnosił się *stricto* do postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jako taki był zarzutem spóźnionym, podniesionym z uchybieniem ustawowego terminu na jego wniesienie. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści

ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W myśl zaś art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W tym stanie rzeczy Izba, działając na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła odrzucić odwołanie we wskazanej powyżej części. Jednocześnie Izba miała na względzie, iż informacja o częściowym odrzuceniu odwołania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

W pozostałym zakresie Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców, w tym oferty Odwołującego oraz złożonej wraz z nią gwarancji ubezpieczeniowej, zawiadomienia z dnia 29 listopada 2019 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestników postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Elektrometal, piśmie procesowym Przystępującego Elemont) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 16 grudnia 2019 roku.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W Rozdziale XIII SIWZ przedstawione zostały m.in. następujące wymagania dotyczące wadium:

- 13.1. Wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium przed upływem terminu składania Ofert w wysokości: 100 000,00 zł (słownie złotych: sto tysięcy).
- 13.2. Wadium może być wniesione w jednej lub kilku formach przewidzianych w art. 45 ust. 6 ustawy Pzp, tj.:
- 13.2.1. pieniądzu;
  - 13.2.2. poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;
  - 13.2.3. gwarancjach bankowych;
  - 13.2.4. gwarancjach ubezpieczeniowych;
  - 13.2.5. 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 (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 110, 650 1000, 1669).
- (...)
- 13.6. W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp - bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.
- 13.7. W przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniądz - wadium należy złożyć wraz z ofertą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej opisanych w pkt. 16 SIWZ.
- 13.8. Wadium powinno zostać złożone w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego.
- 13.9. Wadium nie może zawierać klauzuli zwalniającej gwaranta od odpowiedzialności wskutek zwrotu dokumentu gwarancji.
- 13.10. Nie wniesienie wadium w wymaganym terminie lub w sposób określony w SIWZ spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W Rozdziale 16 SIWZ przedstawiono opis sposobu przygotowania oferty. Zgodnie z pkt 16.4 SIWZ ofertę sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W pkt 16.6 wskazano, iż na zawartość oferty składa się: 1) wypełniony za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE formularz ofertowy, w którym wykonawca określi całkowitą wartość przedmiotu zamówienia w PLN (netto i brutto) – podpisany przez osoby upoważnione do podejmowania czynności prawnych, w tym do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo; 2) wadium (w przypadku wadium wniesionego w gwarancji lub poręczeniu). Wadium w pieniądzu wykonawca zobowiązany jest wnieść zgodnie z pkt. 13.4 SIWZ. Zgodnie z pkt 16.8 SIWZ w przypadku, gdy wykonawca

dołączy jako załącznik do oferty kopię jakiegoś dokumentu, kopia ta winna być potwierdzona za zgodność z oryginałem. W sytuacji gdy złożona przez wykonawcę kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości, Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii tegoż dokumentu. Dalej wskazano, iż dokumenty lub oświadczenia, o których mowa w Rozporządzeniu, składane są w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego lub w elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia poświadczonej za zgodność z oryginałem (pkt. 16.9 SIWZ). Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów lub oświadczeń, które każdego z nich dotyczą (pkt 16.10 SIWZ). Poświadczenie za zgodność z oryginałem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, o której mowa w pkt. 16.10, następuje przy użyciu kwalifikowanego Podpisu elektronicznego (pkt 16.11 SIWZ). Zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w Rozporządzeniu, wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia jest nieczytelna lub budzi wątpliwości, co do jej prawdziwości (pkt. 16.12 SIWZ). Zgodnie z pkt 16.14 SIWZ jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia (z wyłączeniem dokumentu stanowiącego wadium), nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

Zamawiający w pkt 2.5.7 SIWZ zdefiniował postać elektroniczną, za której zachowanie uznał dokument w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z pkt 2.5.6 za podpis elektroniczny uważa się podpis elektroniczny składany za pomocą kwalifikowanego urządzenia dedykowanego do składania podpisu elektronicznego, który opiera się na kwalifikowanym certyfikacie podpisu elektronicznego (art. 3 pkt. 12 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE).

W postępowaniu wpłynęło pięć ofert, w tym oferty Odwołującego i Przystępujących.

Izba ustaliła, iż Odwołujący przy użyciu systemu SWPP2 złożył formularz ofertowy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym Pana A. K. - Prezesa Zarządu Odwołującego, do którego załączono plik w formacie pdf zatytułowany „Oferta nr 1914230100”. Plik „Oferta nr 1914230100” zawierał 22 strony, z których str. 1-5 stanowiły skan dokumentu oferty opatrzonego parafami i własnoręcznym podpisem Prezesa Zarządu Odwołującego, str. 6-16 zawierały odpis KRS UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.

z siedzibą w Łodzi, str. 17-19 zawierały pełnomocnictwa do reprezentowania ww. Towarzystwa Ubezpieczeń, str. 20-21 zawierały dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056144915 z dnia 5 listopada 2019 r. z graficznym odwzorowaniem podpisu Pani J. E., str. 22 zawierała skan wykazu prac zleconych podwykonawcom opatrzonego własnoręcznym podpisem Prezesa Zarządu Odwołującego.

Znajdująca się w pliku „Oferta nr 1914230100” gwarancja ubezpieczeniowa nie była opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym jej wystawcy, posiadała jedynie odwzorowanie graficzne podpisu („Podpis jest prawidłowy. Dokument podpisany przez J. E. . Data 2019.11.05 15:21:38 CET”). W § 1 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056144915 wskazano, iż Gwarant udzielił gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 100 000,00 PLN (słownie: sto tysięcy złotych 00/100) w związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem jest: Odtworzenie układu zabezpieczeń rozdzielni dla PGE GiEK S.A. Oddział Elektrownia Opole. Numer postępowania: POST/GEK/GEK/PMR-ELO/05123/2019. Zgodnie z § 2 ust. 1 Gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do wysokości sumy gwarancyjnej określonej w § 1. W § 2 ust. 2 Gwarant oświadczył, że dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w gwarancji oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 46. ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. z późn. zmianami (zwanej dalej „Ustawą”): 1) oferta Zobowiązanego została wybrana, ale: a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego; 2) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej. W § 3 gwarancji wskazano, iż żądanie zapłaty winno być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta ze wskazaniem podstawy tego uprawnienia oraz zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który ma nastąpić zapłata z niniejszej gwarancji. Żądanie zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU SA, Centrum Pomocy, Roszczenia

z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź. Zgodnie z § 4 gwarancja ważna jest w okresie od dnia 07.11.2019 r. do dnia 07.01.2020 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”) i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie. Jak stanowi § 5 gwarancja wygasa również w przypadku, gdy: 1) Beneficjent zwolni w formie pisemnej Gwaranta ze zobowiązań wynikających z niniejszej gwarancji; 2) Kwoty wypłacone przez Gwaranta z tytułu niniejszej gwarancji wyczerpią sumę gwarancyjną.

Wśród załączonych pełnomocnictw do reprezentacji zakładu ubezpieczeń znalazło się:

- pełnomocnictwo dla p. J. E. z dnia 3 lipca 2019 r. obejmujące umocowanie do podpisywania gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium, udzielone przez p. I. N.;
- pełnomocnictwo dla p. I. N. z dnia 3 lipca 2019 r. obejmujące upoważnienie do jednoosobowego udzielania pełnomocnictw w zakresie wskazanych tam czynności, w tym (pkt 4) podpisywania gwarancji ubezpieczeniowych i polis do wysokości ustalonej sumy gwarancyjnej. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez p. T. S. i nie upoważniało do udzielania dalszych pełnomocnictw;
- pełnomocnictwo dla p. T. S. z dnia 2 lipca 2019 r. obejmujące upoważnienie do jednoosobowego udzielania pełnomocnictw w zakresie wskazanych tam czynności, w tym (pkt 4) podpisywania gwarancji ubezpieczeniowych i polis do wysokości ustalonej sumy gwarancyjnej. Pełnomocnictwo zostało udzielone przez Zarząd TU UNIQA S.A. i upoważniało do udzielania dalszych pełnomocnictw.

Izba ustaliła ponadto, iż pozostali czterej wykonawcy załączyli do ofert oryginały gwarancji wadialnych opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi wystawców.

Zamawiający pismem z dnia 29 listopada 2019 r. zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż w pkt 13 SIWZ opisał szczegółowo wymagania dotyczące wniesienia wadium oraz przywołał treść pkt 13.7 i 13.8 SIWZ. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący nie złożył wymaganego przez Zamawiającego oryginału gwarancji wadialnej, dołączając jedynie do oferty skan dokumentu wadialnego tj. Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998056144914 z dnia 05.11.2019 r. Dokument ten został zeskanowany i załączony do oferty w pliku pod nazwą: „Oferta nr 1914230100”. Plik pn. „Oferta nr 1914230100” - niepodpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowi zeskanowany przez Odwołującego ciąg dokumentów, który zawiera również zeskanowany dokument pn. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998056144914 z dnia 05.11.2019 r. Zamawiający poinformował, że brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione. Brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej przed upływem terminu składania

ofert, który upłynął w dniu 7 listopada 2019 r. o godz. 12:00 oznacza, niewniesienie wadium oraz stanowi podstawę odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy Pzp.

**Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie niepodlegającym odrzuceniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanej w dniu 29 listopada 2019 r. tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Prawidłowość ww. czynności podlegała badaniu przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego przez Zamawiającego w zawiadomieniu z dnia 29 listopada 2019 r., jako że ocenie Izby podlegać mogą tylko okoliczności zakomunikowane wykonawcy. W konsekwencji nie mogą wpływać na rozstrzygnięcie sprawy nowe okoliczności podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego Element w postępowaniu odwoławczym, które wykraczają poza podstawy faktyczne wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego, a mianowicie kwestia wadliwego umocowania do reprezentacji zakładu ubezpieczeń osoby, której odwzorowanie graficzne podpisu widnieje na dokumencie gwarancji. Jedynie uzupełniająco należy wskazać, iż argumentacja Zamawiającego i Przystępującego w powyższym zakresie była oczywiście bezzasadna. Z treści pełnomocnictwa udzielonego p. N., która następnie umocowała do reprezentacji p. E., jednoznacznie wynikało uprawnienie do udzielania pełnomocnictw w zakresie podpisywania gwarancji ubezpieczeniowych i polis do wysokości ustalonej sumy gwarancyjnej. Zastrzeżony w treści tego pełnomocnictwa brak możliwości udzielania dalszych pełnomocnictw dotyczył przenoszenia ww. uprawnienia (tj. umocowania do udzielania pełnomocnictw w zakresie podpisywania gwarancji ubezpieczeniowych) na osoby trzecie i nie pozostawał w sprzeczności z zakresem umocowania.

Przechodząc do meritum, Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 ustawy Pzp przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z treścią 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. Na podstawie art. 45 ust. 6 tego przepisu 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).

W sprawie bezsporne było, że w treści SIWZ zawarty został wymóg, aby w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, wadium złożyć z ofertą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, przy czym Zamawiający wymagał także, aby w takiej sytuacji wadium zostało złożone w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego. Bezsporny był również fakt, że Odwołujący nie złożył wadium w sposób, który odpowiadałby powyższym wymaganiom – dokument gwarancji ubezpieczeniowej przekazany Zamawiającemu nie był opatrzony podpisem elektronicznym wystawcy (osoby reprezentującej zakład ubezpieczeń), lecz zawierał jedynie odwzorowanie graficzne tego podpisu. Jak wyjaśnił Odwołujący, gdy otrzymał gwarancję ubezpieczeniową, to zweryfikował samodzielnie podpis wystawcy, który był prawidłowy, a następnie w formie skanu, tj. pdf, zamieścił ten plik w formularzu oferty, który opatrzono kwalifikowanym podpisem elektronicznym Odwołującego. Dokument gwarancji ubezpieczeniowej został zeskanowany do jednego pliku z innymi dokumentami, co potwierdza dokumentacja postępowania - złożony plik „Oferta nr 1914230100”, w którym znajdowała się przedmiotowa gwarancja, zawierał także szereg innych dokumentów, w tym opatrzonych parafami i własnoręcznymi podpisami Prezesa Zarządu Odwołującego.

W ustalonym stanie faktycznym kwestią sporną podlegającą ocenie Izby stało się to, czy Zamawiający dysponując gwarancją ubezpieczeniową złożoną w ww. sposób (nie opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta) był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba uznała działanie Zamawiającego, który z ww. powodu odrzucił ofertę Odwołującego, za prawidłowe.

Podkreślić należy, że istotą wadium jest jego funkcja zabezpieczająca – ma ono dawać zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania jego roszczeń w przypadku zaistnienia ustawowych okoliczności upoważniających do zatrzymania wadium. Wobec tego kluczowe znaczenie ma fakt, czy wadium wniesione w formie niepieniężnej (gwarancji czy poręczenia) daje zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. A zatem na podstawie złożonego wraz z ofertą dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zamawiający powinien mieć pewność, że - gdy zajdą ku temu przesłanki - gwarant dokona zapłaty wadium. W orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się, że dla oceny

prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego (por np. wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 674/18, z dnia 27 grudnia 2017 r., sygn. akt KIO 2591/17, z dnia 19 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 531/17). Izba podziela pogląd wyrażony w uzasadnieniu wyroku z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 830/19, iż ocena tej skuteczności musi być dokonywana w sposób rygorystyczny, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań. W ocenie składu orzekającego, wniesienie wadium powinno obejmować przekazanie dokumentu wadialnego w takiej formie, w jakiej został on wystawiony przez gwaranta, czyli w przypadku gwarancji ubezpieczeniowych wystawionych w formie elektronicznej z podpisem kwalifikowanym wystawcy (gwaranta), do oferty należało załączyć dokument w tej właśnie formie. Tego oczekiwał także Zamawiający, czemu dał wyraz wprost w treści pkt 13.8 SIWZ. Powyższe znajduje potwierdzenie również w przywoływanej przez Odwołującego opinii Prezesa UZP „Zasady wnoszenia niepieniężnych gwarancyjnych form wadium oraz wadium w postaci poręczeń 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 przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”

W ocenie Izby dysponując dokumentem złożonym przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, Zamawiający nie mógł mieć pewności, że ewentualne żądanie zapłaty wadium na podstawie gwarancji ubezpieczeniowej nr 998056144915, w przypadku zaistnienia przesłanek do jego zatrzymania, będzie skuteczne. Na podstawie dokumentu znajdującego się w pliku pdf „Oferta nr 1914230100” nie da się jednoznacznie potwierdzić, że Towarzystwo Ubezpieczeń UNIQA S.A. faktycznie złożyło oświadczenie woli o treści wskazanej w gwarancji. Na dokumencie gwarancji widnieje wyłącznie odwzorowanie graficzne podpisu elektronicznego pełnomocnika zakładu ubezpieczeń, którego wiarygodności w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie potwierdzono. Przekazany dokument nie został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, co potwierdził sam Odwołujący, a zatem nie było także możliwości przeprowadzenia jego walidacji. Co warte zauważenia, Odwołujący w postępowaniu odwoławczym nie podjął próby wykazania, że w istocie otrzymał od gwaranta dokument opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym umocowanego pełnomocnika zakładu ubezpieczeń. Zamawiający dysponuje zatem jedynie oświadczeniem samego Odwołującego, że otrzymał on od zakładu ubezpieczeń oryginał gwarancji z kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby umocowanej do reprezentacji zakładu ubezpieczeń oraz, że Odwołujący samodzielnie zweryfikował ten podpis, a walidacja wykazała jego prawidłowość. Brak jest

jakiegokolwiek dowodu, który potwierdzałby fakt złożenia oświadczenia woli przez zakład ubezpieczeń o treści takiej, jak w złożonym skanie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056144915.

Tym samym Zamawiający może jedynie domniemywać, że dochodzenie zapłaty wadium na podstawie posiadanego przez niego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej będzie skuteczne, nie ma jednak w tym względzie pewności. Jak słusznie zwrócili uwagę przeciwnicy procesowi Odwołującego, Zamawiający na chwilę obecną nie posiada wiedzy czy zakład ubezpieczeń TU UNIQA S.A. w ogóle udzielił gwarancji wadialnej, tj. czy złożył oświadczenie woli w tym przedmiocie. W praktyce zatem zatrzymanie kwoty wadium przez Zamawiającego uzależnione jest od tego, czy ubezpieczyciel przyzna, że rzeczywiście ustanowił gwarancję takiej treści. Na uwagę zasługuje także stanowisko przedstawione przez Przystępującego Element, który zwrócił uwagę na trudności dowodowe mogące powstać po stronie Zamawiającego, w sytuacji gdyby doszło do sporu sądowego, a Zamawiający nie dysponowałby dokumentem gwarancji podpisanym przez gwaranta. Za nieprawidłowe należy zaś uznać stanowisko Odwołującego, jakoby to Zamawiający miał przedstawiać na rozprawie argumenty wskazujące na potencjalne problemy podczas dochodzenia zapłaty wadium. To na wykonawcy ciąży obowiązek zabezpieczenia oferty wadium w sposób prawidłowy i wniesienia go przed upływem terminu składania ofert w taki sposób, aby zagwarantować zamawiającemu jednoznaczną możliwość zatrzymania wadium w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w ustawie Pzp.

Dla oceny dokonanej przez Izbę nie ma znaczenia podnoszona w odwołaniu okoliczność, że w treści gwarancji nie zastrzeżono obowiązku zwrotu dokumentu gwarancji w jakiegokolwiek formie, celem realizacji uprawnień z niej wynikających. Okoliczność ta nie przesądza, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium, wątpliwości istnieją bowiem w zakresie tego, czy w ogóle doszło do złożenia oświadczenia woli przez ubezpieczyciela. W ocenie składu orzekającego nie sposób mówić o realizacji zasadniczej funkcji instytucji wadium, tj. należytego zabezpieczenia interesów zamawiającego na wypadek ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium, w sytuacji, gdy nie jest możliwe ustalenie czy ubezpieczyciel rzeczywiście złożył oświadczenie woli o takiej treści, jak przedstawiona zamawiającemu. Zamawiający na podstawie dokumentu, który nie zawierał kwalifikowanego podpisu elektronicznego gwaranta, nie mógł mieć pewności co do tego, od kogo dokument gwarancyjny pochodzi a co za tym idzie, czy a jeśli tak to, kiedy i przez kogo zostało złożone oświadczenie woli. Sam Odwołujący zwracał uwagę w treści odwołania, że odrzucenie oferty następuje w wyniku uznania, że na podstawie dokumentu, jakim dysponuje Zamawiający nie istnieje pewność zatrzymania wadium - z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym przypadku. Zamawiający nie miał jednoznacznych podstaw, aby uznać, że

zakład ubezpieczeń złożył oświadczenie woli o treści wskazanej w złożonym przez Odwołującego dokumencie, zauważyć zaś trzeba, że w dobie intensywnego rozwoju technologii tego rodzaju dokument z odwzorowaniem graficznym podpisu elektronicznego może sporządzić w zasadzie każda osoba dysponująca komputerem. W podobnym brzmieniu wypowiedziała się także Izba w wyroku z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. akt KIO 830/19 oraz w wyroku z dnia 14 października 2019 r., sygn. akt KIO 1942/19.

W ocenie Izby Odwołujący bagatelizuje treść postanowień SIWZ, pomijając jak istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów Zamawiającego miał pkt 13.8 SIWZ, stanowiący, że wadium powinno zostać złożone w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego. Podkreślić trzeba, że Odwołujący nie kwestionował na odpowiednim etapie treści SIWZ w powyższym zakresie ani nie wykazywał, że nie był w stanie pozyskać dokumentu gwarancji w wymaganej formie, wręcz przeciwnie – twierdził, że taki dokument uzyskał. Podkreślić trzeba, iż Odwołujący jako podmiot profesjonalny, zobowiązany był do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c.), która uzasadnia zwiększone oczekiwania co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Nie dochował on jednakże należytej staranności i nie złożył gwarancji ubezpieczeniowej w postaci, w jakiej ją (jak twierdzi) uzyskał i jaka była wymagana w świetle postanowień SIWZ, przez co pozbawił Zamawiającego pewności co do skuteczności zabezpieczenia oferty wadium. Gwarancje w wymaganej formie (elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta) złożyli pozostali czterej wykonawcy.

Za niezasadne Izba uznała stanowisko Odwołującego przedstawione w odwołaniu, iż Odwołujący złożył oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż załączył dokument elektroniczny opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Odwołujący owszem złożył plik zbiorczy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, ale podpisem Prezesa Zarządu Odwołującego. Plik ten nie zawierał oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998056144915 z dnia 5 listopada 2019 r., wobec braku kwalifikowanego podpisu elektronicznego jego wystawcy, p. J. E. (pełnomocnika zakładu ubezpieczeń). W treści gwarancji znalazło się jedynie graficzne odwzorowanie podpisu ww. osoby, niemożliwe do zwalidowania. Izba uznała ponadto za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia przedstawione w odwołaniu wywody wskazujące, że Odwołujący nie mógł sporządzić elektronicznej kopii dokumentu wadialnego w rozumieniu § 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, a to z tego względu, że w treści zawiadomienia o odrzuceniu

oferty Odwołującego brak jest wskazania, że złożony dokument został uznany przez Zamawiającego za elektroniczną kopię dokumentu, o której mowa w § 5 ww. rozporządzenia.

Uzupełniająco Izba wskazuje, że w orzecznictwie ugruntowany jest pogląd, iż dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu czy wyjaśnieniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 684/18, wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Fakt wniesienia wadium nie może budzić wątpliwości i musi dawać pewność co do skuteczności zabezpieczenia oferty już w chwili otwarcia ofert. W konsekwencji nie jest zasadne stanowisko Odwołującego prezentowane podczas rozprawy, iż Zamawiający powinien był zwrócić się do Odwołującego o złożenie oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Izby przywoływany w tym zakresie przez Odwołującego pkt 16.8 SIWZ nie znajduje zastosowania do wnoszonego wadium. Postanowienie to dotyczy tych dokumentów, których złożenie możliwe było w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, natomiast w stosunku do wadium wnoszonego w formie niepieniężnej Zamawiający wprost przewidział obowiązek złożenia dokumentu w oryginale, tj. opatrzonego elektronicznym podpisem kwalifikowanym wystawcy.

Mając na uwadze powyższe, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w zakresie, w jakim zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 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). W przedmiotowej sprawie Izba odrzuciła odwołanie w części, a w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie, uznając za prawidłową czynność Zamawiającego z dnia 29 listopada 2019 r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego. W konsekwencji wynik postępowania przesądzał o obciążeniu Odwołującego kosztami postępowania w całości, wobec czego Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....