Sygn. akt: KIO 709/19

WYROK

z dnia 30 kwietnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP Tour B.P. w Bełżycach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie

Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - P.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP Tour B.P. w Bełżycach i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego - Miejskiego Przedsiębiorstwa Komunikacyjnego - Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi 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 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 709/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Komunikacyjne - Łódź Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług autobusowej komunikacji zastępczej w ramach lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi (nr ref. WZ-091-93/18). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 marca 2019 r. pod numerem 2019/S 043-099284. 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 16 kwietnia 2019 r. wykonawca P.B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BP Tour B.P. w Bełżycach (dalej jako „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z tytułu nieprawidłowej formy wadium, mimo, że złożone w postępowaniu wadium w pełni zabezpiecza ofertę Odwołującego, a tym samym zabezpiecza interes Zamawiającego i spełnia wymagania określone przepisami ustawy Pzp,

2. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, mimo, że w okolicznościach postępowania złożono co najmniej jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z dnia 11 kwietnia 2019 r.;

2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i uznanie jej za ważną w złożonym postępowaniu;

3. przeprowadzenie czynności badania i oceny oferty, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, iż posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż jego interes został przez Zamawiającego naruszony w przedmiotowym postępowaniu. Złożona przez Odwołującego oferta, która jest prawidłowo zabezpieczona wadium, winna zostać uznana za najkorzystniejszą, czego Zamawiający zaniechał. Wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, o których mowa w odwołaniu, Odwołujący nie może uzyskać zamówienia, gdyż jego oferta została odrzucona. Szkoda, którą poniesie Odwołujący polega na utracie korzyści, jakie mógłby osiągnąć z realizacji zamówienia.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Odwołujący wskazał, iż dnia 11 kwietnia 2019 r. otrzymał od Zamawiającego zawiadomienie o wyniku postępowania, w którym Zamawiający wskazał, że odrzuca ofertę Odwołującego z dwóch zasadniczych powodów. Po pierwsze, z powodu nie zawarcia w dokumencie wadialnym - gwarancji ubezpieczeniowej - wszystkich elementów wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ") i po drugie, z powodu niewłaściwej, zdaniem Zamawiającego, formy dokumentu wadium. Odwołujący nie zgodził się z żadnym z argumentów przedstawionych przez Zamawiającego, gdyż nie znajdują one podstaw w obowiązujących przepisach prawa.

Jeśli chodzi o pierwszy z powodów odmowy uznania przez Zamawiającego złożonego dokumentu wadium Odwołujący wskazał, że dołączył do oferty gwarancję wadialną, która zawiera wszystkie elementy umożliwiające zaspokojenie roszczeń Zamawiającego w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. To, że w przedmiotowym dokumencie nie zostały odwzorowane przesłanki zatrzymania wadium z powodu wystąpienia sytuacji określonych w przepisach ustawy Pzp, nie oznacza, że w jakikolwiek sposób ubezpieczyciel wyłącza swoje zobowiązanie do zapłaty wadium z tytułu wystąpienia którejkolwiek okoliczności wskazanej w przepisach ustawy Pzp. Wręcz przeciwnie, dokument wadium został wystawiony już w dniu 8 marca 2019 r., czyli blisko miesiąc przed upływem terminu na składanie ofert, gdzie UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. nie zawarło żadnych zastrzeżeń, warunków, wyłączeń czy ograniczeń co do sposobu zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w przypadku ich wystąpienia, w tym też w szczególności nie zawarła informacji, że nie dokona wypłaty wadium w przypadku

zaistnienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp. Nie jest dla Odwołującego zrozumiałym, co stanowiło dla Zamawiającego podstawę do wprost przeciwnego przyjęcia, tj., że skoro dokument wadialny wskazanych w ustawie Pzp informacji nie powiela oznacza to, że Zamawiający nie będzie w stanie się zaspokoić z wadium w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w ustawie Pzp. W celu potwierdzenia, że dołączony do oferty dokument wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej stanowi prawidłowe zabezpieczenie oferty, a tym samym umożliwia bezwarunkowe i nieodwołalne oraz płatne na pierwsze pisemne wezwanie zapłatę i zaspokojenie roszczeń Zamawiającego w przypadku wystąpienia okoliczności, o których mowa w przepisach art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, Odwołujący załączył oświadczenie wystawcy gwarancji ubezpieczeniowej UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z dnia 15 kwietnia 2019 r. (załącznik nr 1 do odwołania).

Uzupełniająco Odwołujący podniósł, że okoliczność polegająca na tym, że dołączony do oferty dokument nie zawiera wskazanych w rozdziale VIII ust. 7 SIWZ informacji nie może w żaden sposób przesądzać o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. W tym zakresie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lutego 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 28/10), w którym Izba stwierdziła, że „(...) Zamawiający tworząc specyfikację istotnych warunków zamówienia, w celu umożliwienia skutecznego wniesienia wadium w postępowaniu, zobowiązany jest jedynie do określenia jego wysokości oraz podania numeru rachunku bankowego, na który wykonawcy będą mogli wnosić wadium w formie pieniężnej. Zamawiający nie musi powielać i powtarzać zapisów ustawy dotyczących form wnoszonego wadium czy okoliczności jego zwrotu i przepadku. Tym bardziej zamawiający w SIWZ nie może tworzyć własnych regulacji i stawiać wymagań niezgodnych z postanowieniami ustawy w tym zakresie. (...) Ustawa prawo zamówień publicznych nie określa, jak powinna brzmieć treść gwarancji wadialnej składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Należy przyznać rację Odwołującemu, że dokument gwarancji nie musi zawierać dosłownego odwzorowania zapisów ustawy.(...)". Wobec powyższego, w ocenie Odwołującego, brak jest w obowiązujących przepisach ustawy Pzp podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż złożona przez niego oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium i nie ma żadnych przeszkód formalnoprawnych do zaspokojenia z dołączonego do oferty dokumentu wadialnego ewentualnych roszczeń przez Zamawiającego wynikających z przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się natomiast do zakwestionowanej przez Zamawiającego w zawiadomieniu o wyniku postępowania formy dokumentu wadialnego, Odwołujący podkreślił, że w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 915/08), „(...) skład orzekający Izby rozpoznając sprawę przychylił się do stanowiska Odwołującego w zakresie znaczenia używanego w ustawie Pzp pojęcia "wniesienia wadium" jako instytucji prawa materialnego, a nie instytucji proceduralnej - to jest w przedmiotowej sprawie - sprowadzającej się do doręczenia Zamawiającemu oryginalnego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Definicja wadium znajduje się w art. 70^4 §1 k.c. w zw. z art. 14 ustawy Pzp zgodnie z którym "W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium)". Przedmiotowa definicja wskazująca na „ustanowienie wadium" świadczy o jej charakterze materialnoprawnym. Stąd użyte w ustawie Pzp pojęcie "wniesienie wadium'oznacza w ocenie Izby nie doręczenie dokumentu wadialnego, ale zabezpieczenie oferty w formach przewidzianych w ustawie Pzp między innymi poprzez gwarancję ubezpieczeniową. (...) W związku z powyższym Izba w przedmiotowej sprawie uznała, że przed upływem terminu składania ofert wadium zostało wniesione, ponieważ po pierwsze gwarancja została wystawiona w dniu 30.06.2008 r. to jest przed upływem terminu składania ofert, który upływał w dniu 04.07.2008 r. ze skutkiem jej obowiązywania od dnia 04.07.2008 r., czyli od dnia rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą, a po drugie do oferty została załączona kserokopia dokumentu wadium potwierdzona za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, która to została złożona przed upływem terminu składania ofert. Bowiem istotą zabezpieczenia wadialnego jest jego istnienie na dzień składania ofert czy to w postaci pieniężnej, przekazanej na konto Zamawiającego czy to w postaci gwarancji lub poręczenia wystawionego na rzecz Zamawiającego. Sprawą drugorzędną w przedmiotowej sprawie jest doręczenie oryginału dokumentu wadialnego przed upływem terminu składania ofert wobec wystawienia gwarancji przed upływem terminu składania ofert i załączeniem potwierdzonej kserokopii dokumentu przez Odwołującego do oferty złożonej również przed upływem terminu składania ofert. (...). Zresztą z treści przedmiotowej gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika, że tylko i wyłącznie w przypadku dysponowania oryginałem dokumentu gwarancyjnego można żądać zaspokojenia należności wadialnej w przypadkach przewidzianych w ustawie Pzp. (...)". Z powyższego orzeczenia, zdaniem Odwołującego, wynika jednoznacznie, że wykonawca może ponosić negatywne skutki przedłożenia wadium w formie innej niż oczekiwał zamawiający tylko i wyłącznie w przypadku, gdy z przedłożonego dokumentu zamawiający nie może zaspokoić swoich roszczeń. Tożsame stanowisko zajęła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 2394/18). Skoro zatem w okolicznościach sprawy Zamawiający nie ma podstaw do wskazanego twierdzenia,

w szczególności, że przedłożony przez Odwołującego dokument uniemożliwia mu skuteczne dochodzenia roszczeń od ubezpieczyciela, co potwierdza także dołączone do treści odwołania oświadczenie ubezpieczyciela, brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

W nawiązaniu z kolei do podniesionej przez Zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania argumentacji wynikającej z opinii UZP, że wadium musi zostać wniesione w oryginale opatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę, podkreślenia wymaga, że opinia ta nie uwzględnia stanu faktycznego dotyczącego funkcjonowania w obrocie prawnym niezliczonej liczy oryginałów oraz standardowych zapisów dokumentów wadialnych odnoszących się do zabezpieczenia oferty wadium do czasu zwrotu oryginału. Powyższe wynika z tego, że tym samym oryginałem, którym dysponuje zamawiający wraz ze złożona ofertą, dysponuje także wykonawca (choćby w skrzynce mailowej lub programie pocztowym w folderze wiadomościach wysłanych, odebranych, itd.), który może w każdej chwili bez wiedzy zamawiającego zwrócić oryginał do wystawcy dokumentu wadialnego. Tym samym o ważności wadium nie może przesądzać w żaden sposób jego forma, a wyłącznie treść. Skoro zatem w okolicznościach niniejszej sprawy z przedłożonej wraz z ofertą gwarancji wadialnej nie wynika żaden warunek dotyczący dysponowania oryginałem przez Zamawiającego w celu zaspokojenia swoich roszczeń, brak jest podstaw do odmowy uznania jej za w pełni zabezpieczającą interesy Zamawiającego. W ocenie Odwołującego, w stanie faktycznym przedmiotowego postępowania, Zamawiający dokonał oceny oferty, w tym złożonego dokumentu wadialnego przez pryzmat stereotypowych poglądów i opinii z zakresu elektronizacji zamówień publicznych, bez analizy treści złożonej przez Odwołującego oferty wraz z załącznikami. Tymczasem gwarancja ubezpieczeniowa, jaka została złożona tytułem zabezpieczenia oferty złożonej w postępowaniu spełnia wszystkie wymagania, jakie wynikają dla tego rodzaju dokumentu z przepisów ustawy Pzp i w pełni zabezpiecza interes zamawiającego w prowadzonym postępowaniu, a zatem brak jest podstaw do uznania, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Odwołujący podniósł, iż jego oferta jest jedyną złożoną w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego, że Zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego, brak jest podstaw formalnoprawnych do unieważnienia prowadzonego postępowania. Tym samym, Zamawiający winien w okolicznościach niniejszej sprawy unieważnić czynność unieważnienia postępowania i przystąpić do czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Tylko bowiem podjęcie działań wskazanych powyżej przez Odwołującego umożliwi Zamawiającemu powrót do postępowania prowadzonego w sposób w pełni odpowiadający wymaganiom zawartym w przepisach ustawy Pzp.

Mając na uwadze stanowisko przedstawione w treści uzasadnienia odwołania, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 30 kwietnia 2019 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania odwoławczego.

Wskazał, iż odrzucił ofertę Odwołującego na odstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący przedłożył nieprawidłowe wadium. Nieprawidłowość tego wadium objawiała się w trzech zakresach: 1) nieprawidłowa forma - tj. Odwołujący przedłożył kopię, a nie oryginał gwarancji wadialnej; 2) nieprawidłowa treść gwarancji wadialnej - tj. nie zawiera ona zapisów wymaganych w rozdziale VIII ust. 7pkt 6 SIWZ, zgodnych z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp; 3) gwarancja podpisana przez nieupoważnioną osobę do działania w imieniu UNIQA S.A. oraz brak pełnomocnictwa dla osoby wskazanej w gwarancji jako działającej w imieniu UNIQA S.A.

Odnosząc się do kwestii formy wadium, Zamawiający podniósł, iż Odwołujący do oferty złożył gwarancję wadialną poprzez wczytanie do platformy EPZ skanu dokumentu wystawionego przez UNIQA S.A. i podpisał go sam podpisem kwalifikowanym, a zatem złożył kopię dokumentu gwarancji wadialnej podpisaną przez siebie samego. Zamawiający podkreślił, iż gwarancja ubezpieczeniowa nie jest dokumentem wystawianym przez Odwołującego, a zatem podpis kwalifikowany Odwołującego to nie oryginał dokumentu. Ponadto podniósł, iż z załączonej kopii wynika jednoznaczne, że ktoś inny się pod nią podpisał, tj. przedstawiciel towarzystwa ubezpieczeniowego (podpis ten nie jest podpisem kwalifikowanym, lecz to skan dokumentu papierowego, na którym podpisała się ta osoba). Zamawiający przywołał brzmienie pkt VIII ust. 6 SIWZ, które dotyczy m.in. gwarancji ubezpieczeniowych, a w treści którego wskazano na konieczność złożenia dokumentu w oryginale w formie elektronicznej poprzez wczytanie oryginału dokumentu wadialnego do platformy EPZ.

Zamawiający powołał się także na opinię Urzędu Zamówień Publicznych „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.” gdzie wskazano:

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

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

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

Zamawiający podniósł, iż w postępowaniach wszczętych od dnia 18 października 2018 r. o wartości równej lub przekraczającej progi unijne komunikacja zamawiającego z wykonawcami odbywa się wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postepowania o udzielenie zamówienia, również dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdza, iż intencją ustawodawcy było objęcie rygorem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym dokument wniesienia wadium, tj. gwarancja ubezpieczeniowa, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty, również powinien być wniesiony w postaci elektronicznej. Zatem

wystawca gwarancji ubezpieczeniowej winien podpisać się pod nią podpisem kwalifikowanym.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie spełnił wymogów SIWZ i przepisów ustawy co do formy złożonej gwarancji. Zamawiający (zgodnie z opinią UZP) sprecyzował w treści SIWZ w jaki sposób ma być złożony oryginał dokumentu w zakresie gwarancji wadialnej - gwarancja ubezpieczeniowa miała być złożona w formie oryginału (oryginałem jest dokument wystawiony przez wystawcę gwarancji), a taki oryginał winien być wczytany do platformy EPZ wraz z ofertą. Skoro dokument miał być wczytany w oryginale do platformy, to winien zostać podpisany podpisem kwalifikowanym przez wystawcę dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. W ocenie Zamawiającego nie można zatem mówić o spełnieniu wymogu zachowania formy co do oryginały dokumentu - gwarancji ubezpieczeniowej. Odwołujący nie uzyskał od gwaranta odpowiedniej formy dokumentu do złożenia w postępowaniu przetargowym, w którym występuje pełna elektronizacja. Gwarant winien od razu wystawić dokument w postaci oryginału z podpisem kwalifikowanym, a nie w postaci oryginału w wersji papierowej. Odwołujący po zapoznaniu się z treścią SIWZ winien wymagać od gwaranta dokumentu zgodnego z pkt VIII ust. 6 SIWZ. Okoliczność, iż taka opcja jest możliwa potwierdził Odwołujący składając do odwołania oświadczenie ubezpieczyciela, które zostało załączone w oryginale z podpisem kwalifikowanym. Zdaniem Zamawiającego, skoro aktualnie ubezpieczyciel mógł takie oświadczenie złożyć - to tym bardziej mógł wystawić gwarancję ubezpieczeniową w formie z podpisem kwalifikowanym - byłby to dokument, który mógłby być wczytany jako oryginał do platformy EPZ. Brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej w ocenie Zamawiającego jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Niezłożenie oryginału gwarancji wadialnej przed upływem terminu składania ofert oznacza niewniesienie wadium oraz stanowi podstawę odrzucenia oferty.

Następnie Zamawiający wskazał, iż z kopii gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika, iż stanowi ona zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji w sytuacji, gdy Zamawiający wskaże jedną z sytuacji opisanych w pkt VIII ust. 7 pkt 6 SIWZ. Podkreślił, iż w treści gwarancji muszą znaleźć się informacje o beneficjencie gwarancji, przedmiocie umowy, wysokości wadium, okresie obowiązywania, informacje o podmiocie składającym ofertę oraz o przypadkach, w których gwarancja jest realizowana czyli kiedy wadium zostaje zatrzymane. W omawianej gwarancji brak tych ostatnich informacji. Zamawiający wskazał, iż z treści gwarancji złożonej przez Odwołującego wynika, iż integralną częścią polisy jest gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium. Ponadto na dole polisy wskazano, iż gwarancję wystawiono w oparciu o wniosek Odwołującego oraz na podstawie umowy generalnej o gwarancje ubezpieczeniowe nr UG/FGK/92/2018/0101 z dnia 16 października 2018 r., lecz

umowa ta nie została załączona do oferty. Zamawiający podniósł także, że oświadczenie

UNIQA załączone do odwołania nie może być uznane za wiążące, bowiem zostały złożone po terminie składania ofert i w dacie otwarcia ofert, jak i podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie były mu znane. W sytuacji gdy Zamawiający nie dysponuje ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta co do zapłaty wadium wykonanie uprawnień Zamawiającego - jako beneficjenta gwarancji - mogłoby okazać się niemożliwe, niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie. Ponadto z treści kopii tego dokumentu Zamawiający nie był w stanie stwierdzić czy obejmuje on zobowiązanie gwaranta do zapłaty wadium w sytuacjach opisanych w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, iż musi mieć pewność, że w całym okresie związania ofertą, który rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, oferta jest zabezpieczona wadium. Złożenie aktualnie do odwołania oświadczenie ubezpieczyciela nie spełnia tego wymogu. Zamawiający powołał się także na wyrok KIO z dnia 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 150/12, w którym podkreślono, iż fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów i musi być niewątpliwy.

Odnosząc się do kwestii podpisania gwarancji ubezpieczeniowej przez nieumocowaną osobę, Zamawiający wskazał, iż kopia gwarancji została podpisana przez osobę, która nie widnieje jako upoważniona do działania w imieniu UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeniowe S.A. w KRS. Podniósł także, że do kopii gwarancji nie zostało załączone pełnomocnictwo dla tej osoby. Tę samą uwagę Zamawiający podniósł w odniesieniu do oświadczenia UNIQA załączonego do odwołania, ponieważ jest podpisane przez tę samą osobę.

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

Izba ustaliła, iż w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Następnie Izba dokonała oceny czy Odwołujący był legitymowany, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z ww. przepisem środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Należy zauważyć, iż w przypadku potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, skutecznie zakwestionowana zostałaby czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji czynność unieważnienia postępowania. Przeprowadzenie badania i ocena ofert przez Zamawiającego mogłoby prowadzić do wyboru oferty Odwołującego, która była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, a to oznacza, że Odwołujący miałby realne szanse na uzyskanie zamówienia. Odwołujący niewątpliwie może także ponieść szkodę związaną z nieuzyskaniem zamówienia w przypadku niesłusznego odrzucenia jego oferty. W tym stanie rzeczy Izba uznała, iż materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp zostały przez Odwołującego wypełnione.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, a także stanowiska Stron postępowania przedstawione w złożonych pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy z dnia 30 kwietnia 2019 roku, jak również załączone do pism Stron dowody.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż przedstawiony przez Strony stan faktyczny sprawy jest zgodny z dokumentacją postępowania. W szczególności Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ w postępowaniu komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami odbywała się za pośrednictwem kanału elektronicznej komunikacji platformy EPZ pod adresem (ust. 2). Za pomocą tego kanału komunikacji elektronicznej wykonawcy składać mieli m.in. ofertę wraz z pełnomocnictwami oraz wszelkie inne dokumenty i oświadczenia w postaci elektronicznej wymagane w SIWZ i na wezwanie Zamawiającego (ust. 3).

W Rozdziale VIII SIWZ Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z ust. 1 oferta musiała być zabezpieczona wadium w wysokości stanowiącej równowartość 200 000,00 PLN. W ust. 3 Zamawiający dopuścił wniesienie wadium m.in. w formie gwarancji ubezpieczeniowej (pkt 4). W ust. 6 wskazano, iż Zamawiający uzna wymóg wniesienia wadium w formach innych niż pieniężna za spełniony, gdy wadium w formie określonej w ust. 3 pkt 2) - 5) niniejszego rozdziału zostanie złożone w oryginale, nie później jednak niż w terminie składania (najpóźniej wraz z ofertą) w formie elektronicznej. W przypadku wniesienia wadium w formach innych niż pieniężne, wykonawca zobowiązany jest do wniesienia wadium w formie elektronicznej poprzez wczytanie oryginału dokumentu wadialnego do platformy EPZ podobnie jak innych dokumentów.

Zgodnie z ust. 7 w przypadku składania przez wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego oraz musi zawierać w szczególności:

1) nazwę dającego zlecenie (wykonawcy), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego),

gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji) oraz wskazanie ich siedzib,

2) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - nazwy wszystkich członków podmiotu wspólnego z zaznaczeniem, że działają oni jako podmiot wspólny,

3) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją,

4) kwotę gwarancji,

5) termin ważności gwarancji,

6) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego zawierające oświadczenie, iż:

a) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp.,

z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3) Pzp., co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej lub

b) wykonawca, którego ofertę wybrano, odmówił podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie, lub

c) Wykonawca, którego ofertę wybrano, nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

d) zawarcie umowy stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego ofertę wybrano.

W postępowaniu wpłynęła jedna oferta - oferta Odwołującego. Do oferty, w postaci pliku w formacie pdf, załączona została polisa uniwersalna nr 998-A 782005 wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. W treści polisy przedmiot gwarancji określono następująco: „zapłata wadium dot. „Świadczenie usług autobusowej komunikacji zastępczej

w ramach lokalnego transportu zbiorowego w Łodzi" - znak sprawy WZ-091-93/18."
Wskazano także, iż integralną część polisy stanowi GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA zapłaty wadium numer 998-A782005 oraz, że gwarancję wystawiono w oparciu o wniosek Zobowiązanego i na podstawie Umowy generalnej o gwarancje ubezpieczeniowe nr UG/FGK/92/2018/0101 z dnia 16 października 2018 r. Polisa opatrzona została firmową pieczęcią oraz pieczęcią i podpisem (własnoręcznym) przedstawiciela UNIQA TU S.A. Ponadto została opatrzona pieczęcią i podpisem (własnoręcznym) Odwołującego oraz elektronicznym podpisem kwalifikowanym pełnomocnika Odwołującego.

W dniu 11 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż wadium zostało

wniesione w sposób nieprawidłowy.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż Odwołujący załączył do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium, która nie zawiera w swojej treści zapisów wymaganych w rozdziale VIII ust. 7 pkt 6 SIWZ, zgodnych z art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Zamawiający przywołał treść Rozdziału VIII ust. 7 SIWZ wskazując, iż otrzymana od Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie zawiera w swojej treści obowiązkowych zapisów wskazanych w pkt 6).

Ponadto Zamawiający podniósł, iż gwarancja ubezpieczeniowa została złożona w formie elektronicznego dokumentu, zgodnie z obowiązkiem wynikającym z ustawy Pzp, jednakże dokument ten został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego, a nie przez osobę umocowaną do tej czynności z ramienia instytucji wystawiającej gwarancję ubezpieczeniową. Zamawiający powołał się na opinię wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”, zgodnie z którą wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy wszelkiej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również komunikacji w zakresie przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium. Tym samym wadium w formie niepieniężnej wystawione na potrzeby postępowań wszczętych po dniu 17 października 2018 r. powinno być wniesione w oryginale w postaci elektronicznej, a zatem dokument winien być opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez umocowanego przedstawiciela instytucji wystawiającej. Z uwagi na fakt, iż gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Odwołującego, dokument ten nie jest oryginałem, a jedynie kopią poświadczoną za zgodność z oryginałem, a więc nie została zachowana forma dokumentu wskazana w rozdziale VII ust. 6 SIWZ, gdzie Zamawiający określił, iż uzna wymóg wniesienia wadium w formach innych niż pieniężna za spełniony, gdy wadium zostanie złożone w oryginale, nie później jednak niż w terminie składania ofert (najpóźniej wraz z ofertą) w formie elektronicznej.

Zamawiający poinformował także Odwołującego o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, a informację w tym zakresie opublikował w dniu 11 kwietnia 2019 r. na stronie internetowej.

Izba zważyła, co następuje:

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

Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba poddała analizie prawidłowość czynności Zamawiającego dokonanych dnia 11 kwietnia 2019 r., tj. odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Prawidłowość ww. czynności podlegała badaniu przez pryzmat uzasadnienia faktycznego i prawnego przedstawionego przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11 kwietnia 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 w postępowaniu odwoławczym, które wykraczają poza podstawy faktyczne wskazane w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego. Z tego względu Izba orzekając pominęła argumentację Zamawiającego w zakresie dotyczącym kwestionowania umocowania osoby, która złożyła podpis na polisie do działania w imieniu ubezpieczyciela oraz przedstawiony w tym zakresie dowód w postaci wydruku KRS ubezpieczyciela.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z treścią tego przepisu Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Zamawiający, na podstawie art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek żądać od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z 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 art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp przewidziano sytuacje, w których Zamawiający zatrzymuje wadium. Zgodnie z ust. 4a zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z kolei zgodnie z ust. 5 Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W orzecznictwie Izby jednolicie i konsekwentnie podkreśla się, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych (por. m.in. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2394/18, przywołanym przez Odwołującego w treści odwołania, minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. Wszystkich tych elementów wymagał Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu, co wynika jednoznacznie z Rozdziału VIII ust. 7 SIWZ, gdzie określono minimalne wymagania odnoszące się do treści dokumentu gwarancyjnego.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo uznał, że dokument złożony przez Odwołującego wraz z ofertą - polisa uniwersalna wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., nie spełnia wymagań wynikających z Rozdziału VIII ust. 7 pkt 6 SIWZ dotyczących warunków zapłaty. W ww. postanowieniu SIWZ Zamawiający wskazał na konieczność uwzględnienia w treści gwarancji zobowiązania gwaranta do zapłacenia kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie zawierające oświadczenie o zaistnieniu którejkolwiek z przesłanek, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp (Zamawiający przedstawił w SIWZ konkretny opis przypadków zatrzymania wadium, przytaczając treść ww. przepisów ustawy Pzp).

W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, iż treść gwarancji nie musi wiernie odtwarzać brzmienia przepisu ustawy Pzp, wystarczające jest opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty lub odesłanie do przepisów ustawy Pzp (por. m.in. wyrok z dnia 22 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1332/18, wyrok z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). W konsekwencji co do zasady w treści dokumentu gwarancji nie muszą być wymienione wprost wszystkie przesłanki określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, pod warunkiem, że z treści dokumentu gwarancji (np. poprzez bezpośrednie odwołanie się do ww. przepisów), da się wywieść, że obejmuje ona swoim zakresem wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż złożona przez Odwołującego polisa uniwersalna nie zawierała w swojej treści ani informacji co do sposobu zgłoszenia żądania (Zamawiający wymagał, aby była to gwarancja bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze pisemne żądanie), ani nie określała okoliczności, których zaistnienie będzie uprawniało Zamawiającego do żądania zapłaty określonej sumy pieniężnej (zakresu zobowiązania gwaranta). Pomimo, iż w ocenie Izby dla skuteczności gwarancji wadialnej zobowiązanie gwaranta mogło zostać określone w sposób odmienny niż wskazał to Zamawiający w SIWZ (np. poprzez proste odesłanie do art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp a nie odwzorowanie treści SIWZ), to podkreślić należy, że niezależnie od formy (sposobu) określenia zobowiązania gwaranta, tożsamy musi być zakres tego zobowiązania, który obejmować ma wszystkie przypadki określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp. W przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji (czy to bankowej, czy ubezpieczeniowej) konieczne jest precyzyjne wskazanie przez gwaranta zabezpieczonego rezultatu, czyli okoliczności, w których ziści się gwarancja, których zaistnienie będzie uprawniało beneficjenta do żądania zapłaty określonej w gwarancji sumy pieniężnej (por. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Izba w pełni podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 30 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2179/16, w którym podkreślono, iż gwarancja musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające

zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.

Mając na uwadze powyższe nie sposób uznać, aby polisa uniwersalna złożona przez Odwołującego, gdzie nie sprecyzowano zakresu zobowiązania, poprzestając na sformułowaniu „zapłata wadium," czyniła zadość wymaganiom ustawowym i w konsekwencji wymaganiom Zamawiającego wynikającym z SIWZ. Argumentacja Odwołującego, iż brak odesłania w treści gwarancji do przepisów ustawy Pzp nie oznacza, że ubezpieczyciel wyłącza swoje zobowiązanie do zapłaty wadium z tytułu wystąpienia którejkolwiek okoliczności wskazanej w ustawie Pzp i złożone przez niego w tym zakresie jako dowód w postępowaniu odwoławczym oświadczenie UNIQA, nie wpływają na ocenę, iż treść polisy uniwersalnej załączonej przez Odwołującego do oferty nie dawała Zamawiającemu pewności co do skuteczności zabezpieczenia się na jego podstawie w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Dokument ten nie określał ani sposobu uruchomienia przez Zamawiającego gwarancji, ani sytuacji, w których Zamawiający będzie mógł skutecznie żądać zapłaty sumy gwarancyjnej, a w swej treści odsyłał do innych dokumentów stanowiących integralną część polisy, których treść nie jest Zamawiającemu (ani Izbie) znana. Co do zasady skuteczność wniesienia wadium powinna być oceniana na podstawie treści gwarancji wadialnej złożonej wraz z ofertą, ponieważ to treść tego dokumentu jest podstawą ewentualnego późniejszego ubiegania się przez Zamawiającego o wypłatę gwarantowanej kwoty.

Natomiast w ocenie Izby, jeżeli z samej treści gwarancji nie wynikały okoliczności niezbędne do ustalenia przez Zamawiającego skuteczności wniesionego wadium, to Odwołujący, jako profesjonalista zobowiązany do działania z należytą starannością, winien był złożyć wraz z polisą uniwersalną również dokumenty stanowiące jej integralną część, do których odwołano się w jej treści, jeśli to w nich sprecyzowano zakres zobowiązania gwaranta czy sposób dochodzenia zapłaty. W przeciwnym razie brak jest możliwości ustalenia przez Zamawiającego jaka jest rzeczywista treść zobowiązania wynikającego z gwarancji ubezpieczeniowej, w tym (co najważniejsze) zakresu odpowiedzialności gwaranta, a to powoduje, że wadium zostało nieprawidłowo wniesione. Dokumenty wadialne muszą dokładnie określać okoliczności, w których po stronie gwaranta powstaje obowiązek zapłaty.

Izba stoi na stanowisku, iż treść zobowiązania wynikającego z gwarancji ubezpieczeniowej, w szczególności zakres odpowiedzialności gwaranta, już z uwagi chociażby na specyfikę tego zobowiązania, musi być interpretowana w sposób ścisły - chodzi tu przecież o zagwarantowanie Zamawiającemu pewności co do zapłaty wadium w określonych prawem przypadkach. Istotne jest zatem, aby treść dokumentu wadialnego (w sytuacji, gdy wadium jest wnoszone w formie gwarancji) uwzględniała wymagania wynikające z ustawy Pzp oraz wymagania Zamawiającego, które zostały określone w SIWZ, tylko w takim wypadku można bowiem uznać, że daje ona Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Nie można się więc zgodzić z Odwołującym, że brak jest przeszkód formalnoprawnych do zaspokojenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego wynikających z ustawy Pzp na podstawie załączonego do oferty dokumentu, ponieważ bazując na jego treści nie ma możliwości określenia w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości zakresu odpowiedzialności gwaranta, nie jest także możliwe ustalenie sposobu zgłoszenia żądania.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego przedstawianej na rozprawie, odnoszącej się do konieczności interpretowania pojęcia „wniesienia wadium" jako jego ustanowienia przez ubezpieczyciela. W ocenie Izby należy odróżnić ustanowienie wadium w formie gwarancji rozumiane jako zawarcie stosownej umowy przez wykonawcę z instytucją (bankiem, zakładem ubezpieczeń) od wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia, która to czynność swym zakresem obejmować musi złożenie dokumentu potwierdzającego ustanowienie wadium w formie gwarancji (por. m.in. wyrok z dnia 30 kwietnia 2016 r., sygn.

akt KIO 388/16, wyrok z dnia 20 stycznia 2016 r., sygn. akt KIO 23/16). W przeciwnym wypadku Zamawiający nie miałby możliwości ustalenia ani czy wadium zostało wniesione, ani czy zostało wniesione w sposób prawidłowy, a w konsekwencji czy został zrealizowany cel wadium, tj. czy zabezpiecza ono interesy Zamawiającego i czy Zamawiający będzie mógł zaspokoić się z tak wniesionego wadium.

Powyższe należy odnieść także do twierdzeń Odwołującego dotyczących kwestii formy dokumentu gwarancji bankowej. Odwołujący, powołując się na okoliczność, iż decydujące znaczenie dla oceny prawidłowości wniesienia wadium ma fakt ustanowienia wadium, a nie forma dokumentu przekazanego Zamawiającemu, pomija kwestię najistotniejszą - że

Zamawiający musi mieć pewność, iż zabezpieczenie zostało faktycznie ustanowione, a dla jego skuteczności wystarczające jest dysponowanie przez niego dokumentem w takiej formie i o takiej treści, jaka została mu przekazana przez Odwołującego.

Odwołujący złożył wraz z ofertą polisę uniwersalną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołującego, a nie wystawcy dokumentu, którym jest UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. W ocenie Izby okoliczności sprawy wskazują, że złożona przez Odwołującego polisa uniwersalna mogła zostać sporządzona w formie pisemnej, określonej w art. 78 § 1 zdanie pierwsze ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 za zm.), a nie w formie elektronicznej. O powyższym świadczy opatrzenie jej pieczęcią zakładu ubezpieczeń i własnoręcznym podpisem przedstawiciela, a nie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jak tego wymaga art. 78^1 § 1 k.c. Aby złożona polisa uniwersalna mogła zostać uznana za oryginał dokumentu gwarancyjnego wniesiony w formie elektronicznej, powinna być opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez jej wystawcę (umocowanego przedstawiciela wystawcy), a nie przez pełnomocnika Odwołującego.

Odwołujący zdaje się pomijać i dewaluować treść postanowień Rozdziału VIII ust. 6 SIWZ, zgodnie z którymi Zamawiający wymagał wniesienia wadium (w odniesieniu do form innych niż pieniężna) w oryginale, w formie elektronicznej poprzez wczytanie oryginału dokumentu wadialnego do platformy EPZ podobnie jak innych dokumentów. Odwołujący nie uzyskał od gwaranta odpowiedniej formy dokumentu do złożenia w postępowaniu przetargowym, w którym występuje pełna elektronizacja. Odwołujący nie wykazał również, że nie było możliwe uzyskanie od ubezpieczyciela dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, wręcz przeciwnie, załączone przez niego do odwołania oświadczenie ubezpieczyciela opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym tej samej osoby, która złożyła podpis na polisie, wskazuje, że uzyskanie od ubezpieczyciela dokumentu w takiej właśnie formie było możliwe.

Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że przekazał Zamawiającemu polisę właśnie

w takiej formie, w jakiej została ona wystawiona, gwarantującej skuteczną realizację roszczeń.

Na podstawie samej treści polisy złożonej wraz z ofertą nie sposób przesądzić czy Zamawiający dysponując dokumentem w takiej właśnie formie mógłby skutecznie dochodzić zapłaty wadium od ubezpieczyciela. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, iż skoro w treści gwarancji nie wskazano warunków dotyczących dysponowania jej oryginałem, to jest to równoznaczne z uznaniem, że wymogu takiego nie ma. Załączona do oferty polisa nie zawierała jakichkolwiek informacji o sposobie, w jaki Zamawiający ma wystąpić z ewentualnym roszczeniem o zapłatę wadium, zawierała jedynie odesłanie (w niesprecyzowanym zakresie) do innych dokumentów, których treść - jak wskazano już powyżej - nie była Zamawiającemu znana. W związku z tym nie sposób rozstrzygnąć czy dla skuteczności zabezpieczenia się przez Zamawiającego z przedmiotowej polisy konieczne jest dysponowanie przez Zamawiającego jej oryginałem czy nie, co powoduje, że Zamawiający nie mógł mieć pewności czy wadium zostało prawidłowo wniesione. Bez znaczenia dla powyżej oceny pozostaje złożony przez Odwołującego wraz z odwołaniem dowód w postaci oświadczenia wystawcy polisy, w którym potwierdzono, iż dokument dołączony do oferty stanowi wystarczającą podstawę do uzyskania przez Zamawiającego zapłaty z gwarancji na jego pierwsze żądanie, ponieważ skuteczność wniesienia wadium podlega ocenie przez Zamawiającego na podstawie dokumentów złożonych do upływu terminu składania ofert.

W świetle powyższego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie potwierdził się. W konsekwencji Izba stwierdziła również bezzasadność zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, biorąc bowiem pod uwagę, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego, która była jedyną ofertą złożoną w postępowaniu, to ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w ww. przepisie, tj. przesłanka niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i 2) lit. b) w zw. z § 5 ust. 3 pkt 1) 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem

wpisu od odwołania oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: