Sygn. akt: KIO 830/19

WYROK

z dnia 6 czerwca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Magdalena Grabarczyk
Emil Kawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 maja 2019 r. przez wykonawcę BICO GROUP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Staniewickiej 1 lok. 2 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy przy ul. Samorządowej 4,

przy udziale wykonawcy Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Gminie Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy przy ul. Samorządowej 4:

a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

b) wykluczenie z postępowania wykonawcy Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215 na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przesłanie zamawiającemu przez ww. wykonawcę w dniu 27 kwietnia 2019 r. informacji e-mail ze zmienioną datą na 28 marca 2019 r. w zakresie złożonego przez wykonawcę wadium;

c) odrzucenie oferty wykonawcy Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia przez wykonawcę wadium.

2. Oddala odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego:

a) art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, polegającego na zaniechaniu uznania sfałszowania gwarancji wadialnej, złożonej przez wykonawcę Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215;

b) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215 jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

c) art. 91 ust. 1 Pzp polegające na przyznaniu wykonawcy Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215 - 10 punktów w ramach kryterium „Infolinia serwisowa producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta".

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy przy ul. Samorządowej 4 i:

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę BICO GROUP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Staniewickiej 1 lok. 2, tytułem wpisu od odwołania,

3.2 zasądza od zamawiającego Gminę Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy przy ul. Samorządowej 4 kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 Nowym Sączu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 830/19

UZASADNIENIE

Gmina Moszczenica z siedzibą w Moszczenicy przy ul. Samorządowej 4 (dalej: „Zamawiający"), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2018 r., poz. 1986) - zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" - postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wybór Administratora Projektu: „Odnawialne źródła energii dla mieszkańców gmin członkowskich klastra energii „Biała - Ropa" w ramach Poddziałania 4.1.1 Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Małopolskiego na lata 2014-2020".

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 lutego 2019 r. pod numerem 2019/S 033-074623.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. Zamawiający przesłał wykonawcy BICO GROUP Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Staniewickiej 1 lok. 2 (dalej: „Odwołujący" lub „BICO GROUP") drogą elektroniczną informację o wyborze najkorzystniejszej oferty zgodnie, z którą za najkorzystniejszą ofertę uznał ofertę wykonawcy Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie przy ul. Mazowieckiej 25/215 (dalej: „Przystępujący" lub „Doradztwo i Usługi").

W dniu 6 maja 2019 r. wykonawca BICO GROUP wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego,

polegających na: dokonaniu wyboru oferty Przystępującego oraz zaniechaniu wykluczenia odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego a także zaniechaniu dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenia następujących przepisów Pzp:

1. art. 7 ust. 1 ustawy, przez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości;

2. art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Przystępującego, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (posłużenie się sfałszowanym dokumentem „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" z dnia 27 marca 2019 r. oraz antydatowanie wiadomości e-mail przesłanej do Zamawiającego w dniu 27 kwietnia 2019 r.);

3. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przystępującego, podczas gdy wadium nie zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert;

4. art. 89 ust. 3 ustawy, przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, podczas gdy jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: „uznk") (posłużenie się sfałszowanym dokumentem „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" z dnia 27 marca 2019 r. oraz antydatowanie wiadomości e-mail przesłanej do Zamawiającego w dniu 27 kwietnia 2019 r.);

5. art. 91 ust. 1 ustawy, przez dokonanie wyboru oferty podlegającej odrzuceniu oraz wadliwym dokonaniu oceny oferty Przystępującego, polegającym na przyznaniu ww. ofercie 10 punktów w ramach kryterium „Infolinia serwisowa producenta dot. infolinii serwisowej producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta", podczas gdy do oferty nie załączono oświadczenia producenta.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Przystępującego;
- odrzucenia oferty Przystępującego;
- wykluczenia z postępowania Przystępującego;

powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W treści uzasadnienia Odwołujący wyjaśniał m. in., że pismem z dnia 9 kwietnia 2019 r. zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o udostępnienie treści oferty złożonej przez wykonawcę Doradztwo i Usługi. W dniu 12 kwietnia 2019 r. S. S., pracownik Zamawiającego przesłała drogą elektroniczną kopię oferty wykonawcy Doradztwo i Usługi. Odwołujący wyjaśniał, że archiwum ZIP „Oferta Moszczenica z podpisami.zip" zawierała spakowane 36 plików, z czego 18 plików to dokumenty składające się na treść oferty oraz wadium, zaś pozostałe 18 elementów to pliki zewnętrzne podpisu elektronicznego złożonego przez C. C. (pliki podpisu elektronicznego w formacie XAdES-T). Jeden z plików podpisanych przez C. C. („Gwarancja-sig.pdf) zawiera dokument „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" datowanej na dzień 27 marca 2019 r. Dokument ten nie posiadał podpisu elektronicznego przedstawiciela Gwaranta (TUiR WARTA S.A. lecz posiadał przeróbkę imitującą podpis elektroniczny D. G. (pełnomocnika TUiR WARTA S.A.). W miejsce stempla autentycznego podpisu elektronicznego (z pominięciem narzędzi informatycznych służących składaniu podpisu) umieszczono obraz stempla podpisu elektronicznego mający imitować prawdziwy podpis elektroniczny. Obraz stempla został wklejony do pliku PDF w formie niskiej jakości grafiki rastrowej, co szczególnie widać przy większym przybliżeniu obrazu.

Wykonawca BICO GROUP podał, że w dniu 26 kwietnia 2019 r. przedstawiciel Odwołującego dokonał w siedzibie Zamawiającego wglądu w dokumentację ww. postępowania, gdzie otrzymał na nośniku pamięci (pendrive) kopię całej dokumentacji postępowania. Przedstawiciele Zamawiającego zapewniali przedstawiciela Odwołującego, że jedynym dowodem wniesienia wadium przez wykonawcę Doradztwo i Usługi jest gwarancja ubezpieczeniowa znajdująca się w przekazanej dokumentacji postępowania. Wobec tego, w dniu 26 kwietnia 2019 r. ok. godz. 13:12 przedstawiciel Odwołującego złożył w Urzędzie Gminy Moszczenica wniosek o unieważnienie czynności wyboru oferty Doradztwo i Usługi wraz z kopią zawiadomienia o przestępstwie ściganym z urzędu.

Odwołujący twierdził, że w dniu 27 kwietnia 2019 r. w godzinach porannych C. C.,

reprezentująca wykonawcę Doradztwo i Usługi, posługując się adresem poczty elektronicznej

(e-mail): c.@londonstudio.pl na urządzeniu MacBook Pro o numerze IP: 5.172.234.40, po

uprzedniej zmianie ustawień daty w systemie operacyjnym na dzień 28 marca 2019 r. wysłała

wiadomość o temacie: „Fwd: Fwd: RE: Wniosek o gwarancję - Gmina Moszczenica - Doradztwo

i usługi na adres: wprowadzając w ten sposób w błąd

pracownika Zamawiającego co do rzeczywistej daty wysłania ww. wiadomości (zawierającej prawidłowo podpisaną „Ubezpieczeniową gwarancję przetargową Nr 908562366961”). Wykonawca BICO GROUP wskazywał, że C. C. (nadawca wiadomości e-mail) zmieniła datę na swoim komputerze przed wysłaniem wiadomości. Dzięki temu przedmiotowa wiadomość sprawia wrażenie wysłanej w dniu 28 marca 2019 r, podczas, gdy w rzeczywistości została wysłana w dniu 27 kwietnia 2019 r. Jednocześnie, osoba wysyłająca ww. wiadomość nie była w stanie zaingerować w ustawienia zegara na swoim serwerze pocztowym oraz na serwerze odbiorcy. Ustawienia serwerów nie zostały zmienione, dlatego godziny transferu wiadomości pomiędzy serwerami są zbieżne (nie wielkie różnice sekundowe wynikają z braku synchronizacji pomiędzy zegarami w kolejnych punktach). Zmieniona została data zegara systemowego na komputerze nadawcy (MacBook Pro o numerze IP: 5.172.234.40).

Następnie Odwołujący wyjaśniał, że w dniu 29 kwietnia 2019 r. ok. godz. 13:25 na jego adres elektroniczny: wpłynęła wiadomość od Zamawiającego (z adresu:) zatytułowana: „odpowiedź na wniosek z dnia 24 kwietnia 2019 r. dot. udostępnienia dokumentów". Wiadomość zawierała prawidłowo podpisany dokument ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 908562366961 z dnia 27 marca 2019 r. wraz z pełnomocnictwem TUiR Warta dla D. G. Jednocześnie, w piśmie przewodnim z dnia 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że ww. dokument został omyłkowo „pominięte" podczas czynności udostępnienia Odwołującemu kopii dokumentacji postępowania w dniu 26 kwietnia 2019 r.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający przed upływem terminu składania ofert nie otrzymał ze strony Przystępującego dowodu wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, bowiem dysponował jedynie elektroniczną kopią „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" z dnia 27 marca 2019 r. podpisaną przez osobę reprezentującą wykonawcę Doradztwo i Usługi, a nie przez Gwaranta (podpis typu zewnętrznego C. C. znajduje się w pliku pod nazwą „Gwarancja-sig.pdf.pdf.xades”). Zdaniem Odwołującego brak kwalifikowanego podpisu elektronicznego osoby umocowanej do reprezentowania TUiR WARTA S.A. uniemożliwia potraktowanie takiego dokumentu jako oświadczenia Gwaranta. Dodatkowo stwierdził, że dokument ten mógł wprowadzać Zamawiającego w błąd, albowiem został opatrzony grafiką imitującą autentyczny podpis elektroniczny przedstawiciela gwaranta. W ocenie Odwołującego - przyjmując hipotetycznie - że oprócz „kopii” gwarancji wadialnej załączonej do oferty, oryginał dokumentu elektronicznego „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" z dnia 27 marca 2019 r. został

Zamawiającemu przesłany droga mailową w dniu 28 marca 2019 r. (a więc przed upływem terminu składania ofert) należy stwierdzić, że również w tym przypadku gwarancja nie zostałaby wniesiona prawidłowo. Odwołujący wyjaśniał, że w treści SIWZ Zamawiający zastrzegł w punkcie 10.1.9, że inne dokumenty składane razem z ofertą (np. wadium) należy złożyć w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę oraz JEDZ skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP). Z kolei, zgodnie z punktem 10.7.7) SIWZ, do oferty należało dołączyć dowód wniesienia wadium. W opinii Odwołującego oznacza to, że dokument elektroniczny potwierdzający wniesienie wadium należało złożyć wraz z ofertą, a zatem za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej zastrzeżonych dla oferty (ePUAP/ miniPortal UZP).

W kontekście powyższego wykonawca BICO GROPU stwierdził, że na gruncie niniejszego postępowania aż dwukrotnie doszło wprowadzenia Zamawiającego w błąd przez wykonawcę Doradztwo i Usługi co do istotnych kwestii mających istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego. Po raz pierwszy Zamawiający został wprowadzony w błąd poprzez przedstawienie mu sfałszowanego dokumentu „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961" z dnia 27 marca 2019 r., gdzie w miejsce podpisu elektronicznego naniesiono obraz stempla podpisu elektronicznego imitujący autentyczny podpis elektroniczny. W wyniku tego Zamawiający powziął mylne przekonanie, że oferta ww. wykonawcy została prawidłowo zabezpieczona wadium, wobec czego zaniechał odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Zaś po raz drugi wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd w dniu 27 kwietnia 2019 r., przesyłając wiadomość o temacie: „Fwd: Fwd: RE: Wniosek o gwarancję - Gmina Moszczenica - Doradztwo i usługi' po uprzedniej zmianie ustawień daty w systemie operacyjnym na dzień 28 marca 2019 r. W wyniku tego Zamawiający powziął mylne przekonanie, że wadium w formie elektronicznej zostało wniesione prawidłowo przed upływem terminu składania ofert. Choć zdaniem Odwołującego podniesione argumenty wystarczają do uwzględniania zarzutów odwołania, to wykonawca stwierdził, że zachowanie wykonawcy Doradztwo i Usługi należałoby również ocenić pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji przy uwzględnieniu w art. 3 ust. 1 uznk.

Odwołujący podnosił, że w świetle podniesionych zarzutów, usiłowanie wywarcia wpływu na wynik postępowania poprzez fałszowanie dokumentów oraz antydatowanie wiadomości e-mail wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, albowiem jest to działanie sprzeczne z prawem oraz dobrymi obyczajami, które narusza interes Odwołującego oraz Zamawiającego. W tym okolicznościach Zamawiający winien rozważyć również odrzucenie oferty wykonawcy

Doradztwo i Usługi w trybie art. 89 ust. 3 Pzp, albowiem jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów uznk.

Kolejno Odwołujący wskazywał, że jego zdaniem w ofercie wykonawcy Doradztwo i Usługi zabrakło oświadczenia producenta. Zaś dokument elektroniczny pod nazwą „LOYTEC Statement Support" podpisała przedstawicielka Przystępującego (C. C.). Odwołujący stwierdził, że w świetle wymagań co do formy dokumentów składanych w niniejszym postępowaniu tego rodzaju oświadczenie powinno zostać złożone w formie oryginalnego dokumentu elektronicznego podpisanego przez właściwą osobę umocowaną do reprezentowania producenta (w tym przypadku LOYTEC electronics GmbH z siedzibą w Wiedniu). Brak takiego oświadczenia winien skutkować brakiem przyznania punktów w jednym z kryteriów (pkt. 13.2 SIWZ).

W dniu 16 maja 2019 r. w toku posiedzenia Izby z udziałem stron i Przystępującego

Zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił m. in.

o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśniał, że w dniu składania ofert wraz z ofertą Przystępujący złożył dokument wadialny w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. nr 908562366961. Dokument gwarancji był opatrzony znakiem graficznym podpisu elektronicznego Gwaranta. Dokument ten został opatrzony podpisem elektronicznym przedstawiciela Przystępującego. Zamawiającemu nie udało się potwierdzić, by złożony wraz z ofertą plik gwarancji zawierał podpis elektroniczny Gwaranta. Zamawiający w dniu 2 maja 2019 r. wystąpił do Gwaranta z prośbą o potwierdzenie ważności gwarancji oraz tego, czy skutecznie zabezpiecza złożoną przez Przystępującego ofertę. Do pisma kierowanego do Gwaranta załączono dokument gwarancji przekazany Zamawiającemu. Gwarant potwierdził, że gwarancja została wystawiona na wniosek Przystępującego w dniu 27 marca 2019 r. i opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym przez upoważnioną do tego osobę, ponadto Gwarant stwierdził, że gwarancja zabezpiecza ofertę Przystępującego na wypadek wystąpienia którejkolwiek przesłanki zatrzymania wadium.

W związku z podnoszonymi zarzutami odwołania, co do autentyczności e-maila Przystępującego (kwestia daty 28 marca - 27 kwietnia), do którego załączono dokument wadialny, Zamawiający w dniu 13 maja br. wystąpił ponownie do Gwaranta z pytaniem, czy

dysponowanie przez beneficjenta gwarancji jej kopią jest wystarczające do żądania wypłaty wadium. Do zapytania załączono plik dokumentu wadium pochodzący z oferty - a więc bez podpisu przedstawiciela Gwaranta. Gwarant odpowiedział, że dokument ten uprawnia Zamawiającego do złożenia żądania wypłaty w przypadku wystąpienia przesłanki zatrzymania

wadium. Gwarant stwierdził, że z treści gwarancji nie wynika obowiązek złożenia oryginału wraz z żądaniem zapłaty.

Zamawiający twierdził, że wadium w postaci dokumentu gwarancji nie zawsze musi zostać wniesiony w formie oryginału, bowiem Izba dopuściła wielokrotnie wniesienie gwarancji w postaci kserokopii. Zamawiający wskazuje, że możliwość złożenia kopii gwarancji wadialnej, a nie oryginału, zależy od treści tej gwarancji oraz od postanowień SIWZ. Jeżeli z treści dokumentu gwarancji wynika, że kserokopia jest wystarczająca dla zabezpieczenia oferty, wówczas nie ma przeszkód do tego, aby wykonawca przedstawił kopię gwarancji wadialnej o ile wymóg dostarczenia oryginału nie wynika z treści SIWZ. Wobec tego plik gwarancji wadialnej załączony do oferty, z uwagi na opatrzenie go podpisem elektronicznym Przystępującego, należy uznać za kopię dokumentu.

Zamawiający podnosił również, że od 2016 r. obowiązują nowe przepisy dotyczące formy dokumentowej czynności prawnych. Zgodnie z art. 77^2 Kodeksu cywilnego do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie. Z kolei zgodnie z art. 77^3 Kodeksu cywilnego dokumentem jest nośnik informacji umożliwiający zapoznanie się z jej treścią. Ponadto Zamawiający zwracał uwagę na art. 73 oraz 809 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z pierwszym z nich, jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Z kolei wg art. 809 Kodeksu cywilnego ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia - nie wymaga się tu formy pisemnej rozumianej jako opatrzenie dokumentu własnoręcznym podpisem lub równoważnym mu podpisem elektronicznym. Ponieważ w niniejszej sprawie mamy do czynienia z gwarancją ubezpieczeniową zdaniem Zamawiającego należy dojść do wniosku, że w świetle przepisów art. 73, 809, 77^2 i 77^3 Kodeksu cywilnego zachowano wymogi formalne gwarancji wadialnej niezbędne dla jej ważności i skuteczności.

Zamawiający wyjaśniał, że być może inaczej należałoby ocenić sprawę gdyby przepisy SIWZ wymagały oryginału lub sama gwarancja wymagała dla jej realizacji dysponowania oryginałem dokumentu (w sensie dokumentem opatrzonym podpisem gwaranta). Jednakże

okoliczności takie w sprawie nie występują, ponieważ postanowienia SIWZ nie wymagały od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą oryginału gwarancji. W szczególności postanowienie pkt 10.1.9) SIWZ, na które powołuje się Odwołujący, nie może stanowić podstawy wymagania złożenia oryginału gwarancji. Punkt ten ma następujące brzmienie: „Inne dokumenty składane razem z ofertą (np. pełnomocnictwo, wadium, zobowiązanie podmiotów) należy złożyć w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę oraz JEDZ skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP)".

Zamawiający uznał, że dokument wadialny został bowiem złożony w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym Przystępującego, a zatem wymóg został spełniony. Z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikało, by dokument wadium miał być złożony w formie oryginału. W postanowieniach pkt 10.8 SIWZ brak takiego wymagania.

Ponadto Zamawiający wskazywał, że wymóg dysponowania oryginałem gwarancji nie wynika z treści samej gwarancji. Co więcej w treści gwarancji zapisano, że to żądanie wypłaty musi być przedłożone w oryginale, a nie wymaga się, aby beneficjent dysponował gwarancją w oryginale. Wyraz „oryginał" jest użyty w dokumencie gwarancji tylko raz i właśnie w odniesieniu do żądania wypłaty a nie do obowiązku posiadania oryginału gwarancji przez beneficjenta.

Zdaniem Zamawiającego powyższe, wraz z niebudzącym wątpliwości oświadczeniem Gwaranta przesądza, że oferta Przystępującego jest w pełni zabezpieczona. W konsekwencji należy uznać, że nie istnieje ryzyko odmowy wypłaty kwoty wadium w przypadku wystąpienia ustawowych przesłanek jego zatrzymania. Z tego powodu zarzuty naruszenia 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zw. z art. 45 ust. 3 nie potwierdziły się.

W ocenie Zamawiającego zasadnicze znaczenie ma kwestia skutecznego zabezpieczenia oferty Przystępującego, która została wyjaśniona w piśmie Zamawiającego, ponieważ oferta Przystępującego jest skutecznie zabezpieczona wadium zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie potwierdził się.

Następnie Zamawiający odnosił się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp stwierdzając, że w jego ocenie nie doszło do sfałszowania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. Gwarant jednoznacznie potwierdził, że gwarancję wystawił i że zabezpiecza ona ofertę Przystępującego.

Odnosząc się zaś do kwestii antydatowania emaila przesłanego 27 kwietnia 2019 r. Zamawiający stwierdził, że kwestia ta jest bez znaczenia dla oceny prawnej sprawy. Istotne jest jedynie to, że wraz z ofertą przedłożono dokument wadialny, który zabezpieczał ofertę Przystępującego. Zamawiający zauważał, że Pani C. C. przesłała przedmiotowy email dnia 27 kwietnia 2019 r. na dwa adresy Zamawiającego: i . E-mail przekazany na adres wyświetla datę przesłania 27 kwietnia 2019 r. Zamawiający twierdził, że odmienna data wyświetlana na komputerze osoby posługującej się adresem może być więc wynikiem błędu technicznego. Biorąc to pod uwagę w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił faktu antydatowania e-maila.

Zamawiający wyjaśniał, że dla wykluczenia konieczne jest, aby wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia a w niniejszej sprawie antydatowanie e-maila nie mogło mieć wpływu na decyzje Zamawiającego. Wynika to z tego, że dysponowanie dokumentem wadialnym w formie jego elektronicznej kopii jest wystarczające dla zabezpieczenia oferty. Wynika to z treści tego dokumentu, co zostało potwierdzone dodatkowo oświadczeniem Gwaranta. Zamawiający wskazywał, że do oferty załączono dokument wadialny w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej przez Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. nr 908562366961, który opatrzony został podpisem elektronicznym przedstawiciela Przystępującego. Zatem samo antydatowanie wiadomości email, przy której przekazano dokument wadialny - o ile do niego doszło - pozostaje bez wpływu na decyzje Zamawiającego. Zamawiający uznał bowiem, że dysponowanie elektroniczną kopią dokumentu od chwili wniesienia ofert było wystarczające dla ewentualnego uzyskania wypłaty wadium i ocenę tę potwierdził Gwarant.

Natomiast w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 3 Pzp Zamawiający podnosił, że w jego ocenie nie doszło do sfałszowania dokumentu wadialnego, co potwierdził Gwarant. Natomiast antydatowanie wiadomości e-mail nie ma wpływu na decyzje podejmowane przez Zamawiającego, gdyż Zamawiający uznaje, że dysponowanie kopią gwarancji od chwili otwarcia ofert jest wystarczającym zabezpieczeniem oferty.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezasadnego przyznania punktów ofercie Przystępującego w kryterium „Infolinia serwisowa producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta" pomimo braku załączenia oświadczenia producenta Zamawiający wskazywał, że ten zarzut jest chybiony. Przystępujący załączył do oferty oświadczenie producenta. Oświadczenie to zostało sporządzone w formie pisemnej („papierowej") opatrzone

odręcznym podpisem. Następnie zeskanowane i opatrzone podpisem elektronicznym przedstawiciela Przystępującego. Działanie Przystępującego jest zgodne z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych z dnia 27 czerwca 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320) - dalej: „rozporządzenie o środkach komunikacji elektronicznej", który stanowi, że jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

Zamawiający podnosił, że oświadczenie producenta nie zostało sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego (ale w tradycyjnej formie pisemnej) i dlatego Przystępujący złożył je w formie elektronicznej kopii. W opinii Zamawiającego działanie to jest zgodne z cytowanym przepisem i bezzasadne są twierdzenia Odwołującego, jakoby nie doszło do złożenia oświadczenia producenta.

Na końcu Zamawiający prezentował argumentację opierającą się na tym, że Odwołujący nie ma interesu we wnoszeniu odwołania. Zamawiający wyjaśniał, że rozpoznawane postępowanie jest drugim postępowaniem o zamówienie publiczne w tym samym przedmiocie. W toku pierwszego postępowania Odwołujący wniósł odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej. Zamawiający uwzględnił to odwołanie, w efekcie czego uznał za najkorzystniejszą ofertę obecnego Odwołującego i wezwał go do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, a następnie w trybie 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia i został wykluczony a postępowanie unieważniono. Następnie Odwołujący wniósł kolejne odwołanie, w którym kwestionował decyzję o wykluczeniu i o unieważnieniu postępowania. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem o sygnaturze 50/19 oddaliła odwołanie podzielając ocenę Zamawiającego, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, dotyczących wiedzy i doświadczenia. W konsekwencji decyzja o wykluczeniu i unieważnieniu postępowania

została utrzymana w mocy. Obecne popierane odwołanie jest trzecim odwołaniem BICO GROUP odnoszącym się do tego samego przedmiotu zamówienia. Przy czym, w ocenie Zamawiającego, wiadomym jest, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W aktualnym postępowaniu warunki udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia są tożsame z tymi, które obowiązywały w poprzednim postępowaniu przetargowym (w obu specyfikacjach jest to warunek z pkt 6.4.1). Prawomocnym wyrokiem potwierdzono, że BICO GROUP tych warunków nie spełnia. Zamawiający twierdził, że w krótkim okresie czasu pomiędzy postępowaniami BICO GROUP nie mógł nabyć wymaganych wiedzy i doświadczenia. Ponadto w ofercie BICO GROUP nie wskazano na zamiar realizacji zamówienia z udziałem podwykonawcy udostępniającego swoje zasoby. Z powyższego Zamawiający wywodził, że nie ma zatem żadnych wątpliwości, że BICO GROUP warunków obecnego postępowania w zakresie wiedzy i doświadczenia nie spełnia. Oznacza to, że wniesione odwołanie ma na celu jedynie przedłużenie postępowania i dążenie do unieważnienia kolejnego przetargu. Oznacza to również, że Odwołujący nie ma interesu we wnoszeniu odwołania, gdyż nie może mu zostać udzielone zamówienie, a tym samym nie dozna szkody w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Zamawiający do pisma „odpowiedź zamawiającego na odwołanie" załączył korespondencję w sprawie gwarancji ubezpieczeniowej oraz e-mail kierowany na adres z dnia 27 kwietnia 2019 r.

Również Przystępujący w toku rzeczonego posiedzenia Izby wniósł pismo procesowe,

w którym na wstępie odnosił się do zarzutu fałszerstwa podpisu elektronicznego pełnomocnika ubezpieczyciela pod gwarancją ubezpieczeniową. W tym zakresie twierdził, że dokonanie takiego czynu przez Panią C. C. byłoby całkowicie nielogiczne. Przystępujący wyjaśniał, że wszedł w posiadanie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej podpisanego przez pełnomocnika ubezpieczyciela w dniu 27 marca 2019 r. i nie miał żadnego powodu, aby fałszować taki dokument. Złożenie wraz z ofertą elektronicznej kopii gwarancji ubezpieczeniowej zamiast oryginału wynikało z kwestii czysto technicznych związanych z użytkowaniem przez Panią C. C. laptopa marki MACBOOK z programem operacyjnym Mac OSX. Zapisanie na dysku tego komputera pliku oryginału gwarancji ubezpieczeniowej otrzymanej od ubezpieczyciela w drodze korespondencji e-mail, spowodowało przekształcenie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej w dokument zawierający jedynie graficzne odwzorowanie podpisu. Pani C. C. nie wiedziała, że w przypadku laptopa marki MACBOOK zapisanie dokumentu zawierającego podpis elektroniczny, dokument ten zostanie przekształcony w zwykły PDF. Nie można wykluczyć, że przekształcenie dokumentu z podpisem elektronicznym w zwykły dokument z odwzorowaniem graficznym podpisu wynikało z rodzaju sprzętu z jakiego korzystała C. C. Nie wiedząc o przekształceniu podpisu elektronicznego ubezpieczyciela w zwykłe odwzorowanie graficzne, Pani C. C. dołączyła gwarancję ubezpieczeniową do oferty podpisując ją własnym podpisem elektronicznym. Zdaniem Przystępującego z powyższych wyjaśnień wynika, że Pani C. C. nie miała żadnych logicznych powodów do fałszowania gwarancji ubezpieczeniowej, ponieważ dysponowała jej oryginałem w formie elektronicznej przed upływem terminu do składania ofert. Tym samym twierdzenia odwołującego o popełnieniu przestępstwa fałszerstwa jest całkowicie bezpodstawne.

Kolejno Przystępujący odniósł się do drugiego zarzucanego przez Odwołującego przestępstwa tj. fałszerstwa komputerowego, polegającego na antydatowaniu wiadomości e-mail, zawierającej oryginał gwarancji ubezpieczeniowej wysłanej do Zamawiającego. W jego ocenie było to również bezpodstawne pomówienie C. C. Przystępujący podnosił, że Odwołujący wskazywał, że C. C. umyślnie zmieniła datę w systemie operacyjnym swojego komputera z 27 kwietnia 2019 roku, na datę 28 marca 2019 roku po to, aby wprowadzić w błąd Zamawiającego, co do daty wysłania wiadomości email do Zamawiającego zawierającej oryginał gwarancji ubezpieczeniowej otrzymanej od ubezpieczyciela. Zdaniem Odwołującego miało to zostać dokonane po to, aby wprowadzić Zamawiającego w błąd co do daty złożenia oryginału gwarancji ubezpieczeniowej z zachowaniem terminu do złożenia oferty

Przystępujący stwierdził, że C. C. nigdy nie miała zamiaru antydatować jakiejkolwiek wiadomości e-mail, a rzeczywiście jedynie doszło do omyłkowego wysłania wiadomości email z komputera Pani C. C. do Zamawiającego w momencie, gdy na komputerze zmieniona była data w systemie operacyjnym. Przystępujący wyjaśnił, że: „Wynikało to z nieszczęśliwego zbiegu okoliczności, a mianowicie po otrzymaniu przez Panią C. C. w kwietniu 2019 r. informacji o złożeniu wraz z ofertą elektronicznej kopii gwarancji ubezpieczeniowej, a nie jej oryginału oraz w związku ze skierowanym w stosunku do niej pomówieniem o sfałszowaniu podpisu elektronicznego, Pani C. C. została poproszona o przesłanie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej na adres email Pana B. K. (informatyka Zamawiającego; adres email:), w celu weryfikacji prawdziwości podpisu pod oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej. W dniu 27 kwietnia 2019 roku o godz. 8:48 rano, Pani C. przesłała na adres Pana K. wiadomość e-mail jaką otrzymała od ubezpieczyciela wraz z załączonym oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej oraz pełnomocnictwem do jej udzielenia w imieniu ubezpieczyciela. Pan K. po zweryfikowaniu prawdziwości podpisu elektronicznego pod

gwarancją ubezpieczeniową, zasugerował Pani C., aby ta przesłała tego samego emaila od ubezpieczyciela zawierającego oryginał gwarancji ubezpieczeniowej na adres Zamawiającego dotyczący przetargów: Mniej więcej w tym samym czasie

mąż Pani C. C. starała się zweryfikować przyczynę przekształcenia oryginału gwarancji ubezpieczeniowej w kopię podczas zapisywania dokumentu na dysku laptopa marki MCBOOK,

w tym celu mąż Pani C. C. sprawdzał ustawienie systemu operacyjnego w laptopie Pani C. na dzień wysłania oferty przetargowej, tj. na dzień 28 marca 2019 roku. Mąż Pani C. chciał sprawdzić z jakiego powodu oryginał gwarancji uległ przekształceniu w kopię. Pani C. C. nie wiedząc o zmianach w systemie dokonanych przez męża przesłała na adres , tę samą wiadomość email od ubezpieczyciela zawierającą oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, którą wcześniej przesyłała do Pana K. Ze względu na zmiany w systemie operacyjnym wprowadzone przez męża Pani C., email został wysłany z datą 28 marca 2019 roku".

Przystępujący wskazywał, że Pani C. C. nie miała w żądnej mierze intencji antydatowania wiadomości email. Gdyby Pani C. C. miała jakąkolwiek złą intencję i chciała dokonać antydatowania wiadomości email zawierającej oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, nie wysłałaby wcześniej wiadomości email do Pana K. z datą 27 kwietnia 2019 roku. Tym samym twierdzenia Odwołującego o umyślnym antydatowaniu wiadomości email są całkowicie niespójne i nielogiczne. Pani C. C. nigdy w jakiejkolwiek korespondencji z Zamawiającym nie twierdziła, że złożyła oryginał gwarancji ubezpieczeniowej wraz z ofertą. Mając powyższe na uwadze Przystępujący twierdził, że podnoszone przez Odwołującego zarzuty, dotyczące dopuszczenia się przez Przystępującego czynów nieuczciwej konkurencji oraz wprowadzania w błąd Zamawiającego, są całkowicie bezpodstawne.

W zakresie skuteczności ustanowienia wadium to Przystępujący uznawał, że złożenie elektronicznej kopii, a nie oryginału było wystarczające i nie stanowi to naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oraz SIWZ.

Przystępujący twierdził, że z treści specyfikacji wynikało, że w ramach przetargu mógł składać elektroniczne kopię dokumentów w zakresie dokumentów jego dotyczących pod warunkiem, że dokumenty te zostaną podpisane jego podpisem elektronicznym, co będzie równoznaczne z poświadczeniem za zgodność z oryginałem. Co więcej Zamawiający nie mógł żądać oryginałów chyba że dokument jest niewyraźny lub budzi wątpliwości. Dodatkowo Przystępujący podnosił, że w zakresie samego wadium Zamawiający wskazywał jedynie, że do oferty powinien zostać dołączony dowód ustanowienia wadium, nie wskazując na obowiązek przedkładania oryginału jakiegokolwiek dokumentu.

Mając na uwadze treść SIWZ, zdaniem Przystępującego nie powinno budzić

wątpliwości, że złożenie dowodu ustanowienia wadium w postaci elektronicznej kopii gwarancji

ubezpieczeniowej było prawidłowe i w pełni zgodne z wymaganiami postawionymi przez

Zamawiającego w SIWZ. Wynika to z formy zabezpieczenia tj. gwarancji ubezpieczeniowej, jak

również treści gwarancji ubezpieczeniowej. Po pierwsze z ustawy z dnia o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie wynika obowiązek udzielenia gwarancji ubezpieczeniowej w formie pisemnej lub innej szczególnej formie, dla jej ważności i skuteczności. Po drugie z treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej w niniejszej sprawie wynika, że interes finansowy Zamawiającego był właściwie zabezpieczony, ponieważ do skorzystania z gwarancji ubezpieczeniowej nie było konieczne przedłożenie oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, a więc wystarczająca była kopia do skorzystania z niej przez Zamawiającego w przypadku ziszczenia się określonych w niej warunków. Ponadto z treści gwarancji ubezpieczeniowej nie wynika, aby gwarancja wygasała np. na skutek zwrotu oryginału ubezpieczycielowi.

Przystępujący stał na stanowisku, że brak przedłożenia oryginału gwarancji ubezpieczeniowej, a złożenie jej kopii elektronicznej poświadczonej za zgodność z oryginałem, nie ma znaczenia dla skuteczności zabezpieczenia interesów finansowych Zamawiającego, który może zaspokoić swoje ewentualne roszczenia w formie niepieniężnej. Na dowód możliwości skorzystania przez Zamawiającego z gwarancji ubezpieczeniowej, co jasno wynika treści dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, Przystępujący dodatkowo przedłożył oświadczenie ubezpieczyciel, z którego wynika, że zgodnie z treścią gwarancji ubezpieczeniowej do skorzystania z niej przez Zamawiającego nie jest potrzeby oryginał gwarancji.

Kolejno Przystępujący prezentował argumentację w zakresie złożenia elektronicznej kopii oświadczenia producenta wskazując, że niezależnie od właściwych postanowień SIWZ, dopuszczających złożenie elektronicznej kopii dokumentu przez wykonawcę, możliwość złożenia elektronicznej kopii dokumentu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę w sytuacji, gdy oryginalny dokument nie został sporządzony w formie elektronicznej przewiduje rozporządzenie o środkach komunikacji elektronicznej. Powołując się na ww. przepisy rozporządzenia Przystępujący stwierdził, że miał prawo złożyć elektroniczną kopię oświadczenia producenta sterowników, w sytuacji, gdy otrzymany od producenta dokument, został sporządzony w formie pisemnej (nie elektronicznej).

Przystępujący wraz z ww. pismem przedłożył Izbie następujące dokumenty:

1. oświadczenia ubezpieczyciela TUIR WARTA S.A. z dnia 13 maja 2019 r., dotyczące gwarancji ubezpieczeniowej,

2. oświadczenie B. K. (pracownika Zamawiającego),

3. wydruk wiadomości e-mail z dnia 27 kwietnia 2019 r. do pracownika Zamawiającego zawierający wiadomość e-mail z dnia 27 marca 2019 roku od ubezpieczyciela TUIR WARTA S.A. do Przystępującego,

4. odpis wyroku KIO z dnia 28 stycznia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 50/19,

5. wezwanie do usunięci skutków naruszeń dóbr osobistych z dnia 13 maja 2019 r. wystosowane w imieniu Przystępującego do przedstawiciela Odwołującego.

W dniu 20 maja 2019 r. ze strony Odwołującego wpłynął wniosek o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy. W dniu 24 maja 2019 r. Przystępujący przesłał pismo w którym wnosił o oddalenie ww. wniosku.

W dniu 3 czerwca 2019 r. ze strony Zamawiającego do Izby w formie elektronicznej wpłynęło pismo, w którym Zamawiający poinformował o unieważnieniu prowadzonego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jednocześnie wnosząc o umorzenie postępowania. W dniu 5 czerwca 2019 r. ze strony Odwołującego wpłynęło pismo do Izby w którym Odwołujący wskazał, że zgłoszony przez Zamawiającego wniosek jest niezasadny.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, dowody oraz stanowiska i oświadczenia Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych i złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba odniosła się do wniosków złożonych przez Odwołującego i Zamawiającego, które wpłynęły do Izby już po zamknięciu rozprawy.

1. <u>Wniosek Odwołującego o otwarcie na nowo zamkniętej rozprawy.</u>

Izba uznała zgłoszony przez Odwołującego wniosek o otwarcie na nawo zamkniętej rozprawy za niezasadny.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba otwiera na nowo zamknięta rozprawę, jeżeli po jej zamknięciu ujawniono okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia odwołania.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie okoliczności wskazane w powyższym przepisie nie wystąpiły. Izba stwierdziła, że żądanie zawarte we wniosku Odwołujący oparł przede wszystkim na argumentacji, odnoszącej się do tego, że dokument w postaci oświadczenia producenta, przedłożony przez Przystępującego w zakresie kryterium „Infolinia serwisowa producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta" - zamiast podpisu zawiera faksymile i nie został sporządzony w formie papierowej a elektronicznej.

W tym miejscu zwrócenia uwagi wymaga, że w odwołaniu w zakresie zgłoszonego

zarzutu i w jego uzasadnieniu Odwołujący nie powołał ww. okoliczności na które wskazywał na rozprawie i które uczynił jedną z podstaw złożonego wniosku. Tym samym Izba uznała, że żądanie wniosku wykracza poza zakres zaskarżenia podczas, gdy Izba zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Wobec tego ww. okoliczności wskazywane przez Odwołującego w złożonym wniosku nie mogą stanowić podstawy do pozytywnego rozpoznania złożonego wniosku.

Dostrzec również należy, że w toku postępowania przed Izbą Zamawiający dysponował oryginalną dokumentacją w formie papierowej, która następnie została przekazana Izbie. Natomiast z protokołu rozprawy jednoznacznie wynika, że Zamawiający poza dokumentacją w formie papierowej posiadał również ofertę Przystępującego w formie elektronicznej. Tym samym nie zasługuje na aprobatę zarzut Odwołującego o braku możliwości weryfikacji wersji elektronicznej oferty Przystępującego.

W tym stanie rzeczy Izba postanowiła oddalić zgłoszony przez Odwołującego wniosek jako bezzasadny.

2. Wniosek Zamawiającego o umorzenie postępowania.

W dniu 3 czerwca 2019 r. Zamawiający złożył wniosek o umorzenie postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 830/19. Powyższy wniosek, tym razem jednak zgłoszony przez Zamawiającego, Izba uznała za bezpodstawny.

W omawianym zakresie istotnym jest, że Zamawiający w dniu 3 czerwca 2019 r. przesłał do Izby pismo, w którym wnosił o umorzenie postępowania prowadzonego w sprawie o sygn. akt KIO 830/19 informując, że w dniu 3 czerwca 2019 r., stosując się do informacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 maja 2019 r., unieważnił prowadzone postępowanie na postawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp z uwagi na to, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie znalazła podstaw prawnych do uwzględnienia wniosku Zamawiającego i umorzenia postępowania. Izba zwraca uwagę na zawarty w ustawie zamknięty katalog przesłanek umożliwiających Izbie umorzenie prowadzonego postępowania, które w rozpoznawanej sprawie nie wystąpiły. W realiach rozpoznawanej sprawy bez wątpienia nie mieszczą się w nich okoliczności, dotyczące unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, zgłoszone po zamknięciu rozprawy. Podkreślenia również wymaga, że czynność Zamawiającego, polegająca na unieważnieniu prowadzonego postępowania została dokonana w dniu 3 czerwca 2019 r., a tym samym nie jest jeszcze czynnością ostateczną, gdyż może jeszcze podlegać zaskarżeniu. W kontekście powyższego Izba oddaliła wniosek o umorzenie postepowania, zgłoszony przez Zamawiającego, jako bezpodstawny.

3. Brak Interesu po stronie Odwołującego.

W rozpoznawanej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem

do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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 niniejszej ustawy. Odwołujący złożył ofertę, która w świetle obowiązujących kryteriów oceny ofert, mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wykazał w ten sposób, że może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów Pzp, gdyż pozbawiony został możliwości uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu w skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania z uwagi na to, że - zarówno w pierwotnie prowadzonym postępowaniu, jak i w obecnym, w których Zamawiający sformułował tożsame warunki udziału dla wykonawców - Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, a od tego czasu upłynęło ok. 2-3 miesięcy. Z powyższego Zamawiający wywodził, że w tym czasie Odwołujący nie miał możliwości nabycia doświadczenia wymaganego przez Zamawiającego w tym postępowaniu. Ponadto w formularzu ofertowym Odwołujący nie wskazał podwykonawcy, dlatego też nie może się powoływać na jego potencjał.

Izba zwraca uwagę, że Odwołujący na dzień złożenia odwołania posiadał status wykonawcy, który nie został wykluczony z postępowania a jego oferta nie została odrzucona. Tym samym w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy uwzględnienie odwołania bez wątpienia przybliżyłoby wykonawcę do korzystnego rozstrzygnięcia w postaci uzyskania zamówienia.

Po dokonaniu oceny zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Po przeprowadzeniu analizy materiału dowodowego w sprawie Izby stwierdziła, że zarzuty zgłoszone w odwołaniu w części potwierdziły się.

4. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy w zw. z art. 45 ust. 3 ustawy, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Izba uznała, że zgłoszony zarzut potwierdził się.

W specyfikacji Zamawiający w pkt 10.7.7) SIWZ określił, że do oferty należy dołączyć dowód wniesienia wadium. Natomiast zgodnie z punktem 10.8 7 SIWZ „wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej będzie akceptowane pod warunkiem, że jest zgodne z Prawem Zamówień Publicznych, a w szczególności:

- gwarancja będzie zawierała wszystkie przypadki utraty wadium przez wykonawcę określone w art. 46. ust. 4a i ust. 5 Prawa Zamówień Publicznych,
- okres ważności gwarancji będzie nie krótszy niż okres związania ofertą określony SIWZ".

Z ustalonego stanu faktycznego wynika, że Przystępujący w dniu 28 marca 2019 r. za pomocą ePUAP złożył ofertę w ramach prowadzonego postepowania. Wraz z ofertą został złożony dokument „Ubezpieczeniowa gwarancja przetargowej Nr 908562366961" datowany na dzień 27 marca 2019 r. Dokument ten nie posiadał podpisu elektronicznego przedstawiciela Gwaranta tj. TUiR WARTA S.A. Dokument zawierał adnotację: „Signed by/Podpisano przez: D. G. Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Date/.Data: 2019-03-27,14:43". Dokument ze strony wykonawcy został podpisany przez C. C.. Powyższa gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona przez ubezpieczyciela na rzecz Przystępującego w formie dokumentu elektronicznego i została przesłana Przystępującemu za pomocą e-maila.

W dniu 26 kwietnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego telefonicznie z prośbą o przesłanie oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej celem weryfikacji jej prawidłowości. W dniu 27 kwietnia 2019 r. Przystępujący przesłał oryginał Ubezpieczeniowej gwarancja przetargowej Nr 908562366961 datowany na dzień 27 marca 2019 r. Dokument ten posiadał podpis elektroniczny przedstawiciela Gwaranta tj. TUiR WARTA S.A. Pani D. G. Powołany dokument gwarancyjny został przesłany w dniu 27 kwietnia o godz. 8.48 na adres: . W piśmie procesowym jak również w toku rozprawy Przystępujący przyznał, że w dniu 27 kwietnia 2019 r. przesłał oryginał ww. gwarancji ubezpieczeniowej również na adres przetargi@qminamoszczenica.eu ze zmienioną datą na dzień 28 marca 2019 r.

Biorąc pod uwagę powyższe należy zwrócić uwagę, że nie było sporne między stronami, że Przystępujący przed terminem składania ofert przesłał gwarancję wadialną podpisaną przez wykonawcę bez podpisu Gwaranta. Nie było również sporne, że oryginał ww. gwarancji został przesłany Zamawiającemu przez Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2019 r. W toku rozprawy, jak również w złożonym piśmie procesowym Przystępujący przyznał, że przesłany Zamawiającemu w dniu 27 kwietnia 2019 r. e-mail zawierał zmienioną datę na 28 marca 2019 r. Wobec powyższego stwierdzić należy, że brak jest sporu pomiędzy stronami co do powyższych ustaleń oraz przyznania Przystępującego zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 5 Pzp nie było wymagane prowadzenie postępowania dowodowego celem ustalenia niespornego stanu faktycznego czy też okoliczności przyznanych przez Przystępującego.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 45 ust. 3 Pzp wadium wnosi się przed upływem

terminu składania ofert.

Według art. 89 ust. 7b PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Wobec przedstawionego powyżej stanu faktycznego Izba stoi na stanowisku, że wadium zostało wniesione przez Przystępującego w sposób nieprawidłowy.

U podstaw rozstrzygnięcia Izby legło przekonanie, że dokument gwarancyjny należy badać pod kątem skutecznego oświadczenia woli podmiotu składającego określone oświadczenie. W związku z tym Izba stanęła na stanowisku, że aby stwierdzić, czy oświadczenie woli zostało złożone i od kogo pochodzi to dokument gwarancyjny powinien posiadać podpis Gwaranta. W omawianym przypadku dokument został wystawiony i przesłany przez Gwaranta Przystępującemu w formie elektronicznej. Natomiast dokument gwarancyjny złożony przez Przystępującego przed terminem składania ofert nie posiadał podpisu Gwaranta złożonego czy to w formie pisemnej (podpis odręczny) czy też w formie elektronicznej.
W związku z tym Izba stwierdziła, że Zamawiający na podstawie dokumentu, który zawierał jedynie podpis elektroniczny wykonawcy a nie zawierał podpisu 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.

W związku z tym Izba oceniła negatywnie zachowanie Zamawiającego, który uznał złożony ww. dokument za prawidłowy. O słuszności prezentowanej argumentacji przesądza dalsze postępowanie Zamawiającego, który po uzyskaniu informacji ze strony Odwołującego o nieprawidłowości podpisu na dokumencie gwarancyjnym przesłanym przez Przystępującego nie był w stanie stwierdzić czy złożona gwarancja jest prawidłowa, tzn. czy została podpisana przez uprawnioną osobę. Zamawiający całkowitą pewność co do dokumentu gwarancyjnego uzyskał dopiero po prawie miesiącu od terminu składania ofert, bo w dniu 27 kwietnia 2019 r., gdy Przystępujący przesłał Zamawiającemu dokument oryginalny gwarancji ubezpieczeniowej zawierający podpis osoby reprezentującej Gwaranta, tj. Pani D. G. Powyższe stanowisko zostało wyrażone jednoznacznie w notatce służbowej pracownika Zamawiającego Pana B. K., który dopiero po zbadaniu dokumentu gwarancji, przesłanej w dniu 27 kwietnia 2019 r. podał m. in., że „(...) Po przeprowadzonej weryfikacji okazało się, że z podpisanymi przesłanej w dniu 27 kwietnia 2019 r. jest wszystko OK. (...) W przesłanej korespondencji otrzymałem również dokument pełnomocnictwa Pani D. G. (.)".

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na doniosłość instytucji jaką jest instytucja wadium z uwagi na cel i funkcję jaką spełnia w ramach prowadzonego postępowania.
Z ustalonej linii orzeczniczej Izby wynika jednoznacznie, że wadium stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą. Z uwagi na powyższe kwestia oceny skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana rygorystycznie, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się Zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań.

Izba stoi na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie Zamawiający posiadając dokument gwarancyjny bez podpisu Gwaranta mógł jedynie domniemywać na podstawie jego treści od kogo pochodzi ale nie mógł mieć całkowitej pewności, czy w ogóle został podpisany, a jeśli tak to, czy został podpisany przez uprawnioną osobę w odpowiednim czasie, tj. przed terminem składania ofert. W związku z tym Izba stwierdziła, że Zamawiający przyjmując dokument w takiej formie wykazał się co najmniej daleko idącą niefrasobliwością w zakresie zabezpieczenia własnych interesów na wypadek konieczności zaspokojenia się w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach Pzp. W związku z tym, że dokument gwarancyjny nie może być podstawą uzupełnienia to Zamawiający już na podstawie jego pierwotnej treści powinien móc zweryfikować jego istotne elementy. Za taki element bez wątpienia należy podpis Gwaranta. Natomiast w omawianej sprawie Zamawiający nie mógł potwierdzić prawidłowości przesłanego przez Przystępującego dokumentu gwarancyjnego w zakresie wymaganego podpisu Gwaranta z uwagi na to, że dokument nie zawierał takiego podpisu. Jego weryfikacja odbyła się na późniejszym etapie w oparciu o oryginalny dokument przesłany przez wykonawcę.

Uwzględniając przedstawione powyżej rozważania Izby należy uznać za chybioną

argumentację prezentowaną przez Zamawiającego oraz Przystępującego, opierającą się na tym, że Zamawiający postanowieniami SIWZ nie ustanowił obowiązku złożenia oryginału wadium, a zatem przedstawiony przez wykonawcę Doradztwo i Usługi dokument gwarancyjny należy uznać za kopię, która w sposób dostateczny zabezpiecza interesy Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe na kanwie przedstawionych rozważań Izby bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu są późniejsze dowody złożone przez Zamawiającego oraz Przystępującego wraz z pisami procesowymi, w postaci korespondencji z ubezpieczycielem firmą TUiR WARTA S.A. późniejszych oświadczeń Gwaranta, potwierdzających ważność gwarancji oraz możliwość wypłaty na podstawie kopii gwarancji.

Podsumowując powyższe Izba stwierdziła, że w okolicznościach faktycznych sprawy Zamawiający przez brak odrzucenia oferty Przystępującego dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 7b Pzp skutkiem czego było również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, polegające na prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i niezapewniający równego traktowania wykonawców.

5. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przystępującego z uwagi na to, że wykonawca ten w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zgłoszony zarzut w części potwierdził się.

Z ustaleń Izby wynika, że w dniu 27 kwietnia 2019 roku o godz. 8:48 Pani C. C. przesłała na adres Pana B. K. (pracownika Zamawiającego) kalisz@gminamoszczenica.eu oryginał gwarancji ubezpieczeniowej oraz pełnomocnictwem do jej udzielenia w imieniu ubezpieczyciela.

W piśmie procesowym Przystępujący przyznał, że ww. oryginał gwarancji wraz z pełnomocnictwem został również przesłany przez wykonawcę w dniu 27 kwietnia 2019 r. na następujący adres Zamawiającego:przetargi@gminamoszczenica.eu. Ze względu na zmiany w systemie operacyjnym komputera Pani C. C. e-mail został wysłany z datą 28 marca 2019 r. Przystępujący wyjaśniał m. in., że: „ (...) mąż Pani C. C. starała się zweryfikować przyczynę przekształcenia oryginału gwarancji ubezpieczeniowej w kopię podczas zapisywania dokumentu na dysku laptopa marki MCBOOK, w tym celu mąż Pani C. C. sprawdzał ustawienie systemu operacyjnego w laptopie Pani C. na dzień wysłania oferty przetargowej, tj. na dzień 28 marca 2019 roku. Mąż Pani C. chciał sprawdzić z jakiego powodu oryginał gwarancji uległ przekształceniu w kopię. Pani C. C. nie wiedząc o zmianach w systemie dokonanych przez męża przesłała na adres , tę samą wiadomość email od ubezpieczyciela zawierającą oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, którą wcześniej przesyłała do Pana K. Ze względu na zmiany w systemie operacyjnym wprowadzone przez męża Pani C., email został wysłany z datą 28 marca 2019 r. (.) Pani C. C. nie miała w żądnej mierze intencji antydatowania wiadomości email. (.)”.

Z dokumentacji postępowania wynika również, że pracownik Zamawiającego wyznaczony do przeprowadzenia postępowania Pani S. S. w sprawie otrzymanego e-maila wyjaśniła m. in., że: „(.) W dniu 29.04.2019 r. przeglądając skrzynkę pocztową zorientowałam się, że mam nie odczytanego meila z dnia 28.03.2019 r. który dotyczy gwarancji. Po otwarciu wiadomości zobaczyłam, że jest to gwarancja wadialna przesłana przez Firmę Doradztwo i Usługi Sp. z o.o. w Krakowie - Panią C. C. w dniu 28.03.2019 r. i wtedy pomyślałam że przez pomyłkę nie odczytałam tej wiadomości (.)”.

W dniu 29 kwietnia 2019 r. za pomocą e-maila Zamawiający w odpowiedź na wniosek z dnia 24 kwietnia 2019 r. dotyczący udostępnienia dokumentów przesłał Odwołującemu informację, że „wiadomość zawierała prawidłowo podpisany dokument ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej nr 908562366961 z dnia 27 marca 2019 r. wraz z pełnomocnictwem TUiR Warta dla D. G. Jednocześnie, w piśmie przewodnim z dnia 29 kwietnia 2019 r. Zamawiający wyjaśnił, że ww. dokument został omyłkowo „pominięte" podczas czynności

udostępnienia Odwołującemu kopii dokumentacji postępowania w dniu 26 kwietnia 2019 r.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wobec treści powyższego przepisu dla skutecznego wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp niezbędne jest wykazanie, że łącznie zostały spełnione trzy przesłanki:

- przedstawione przez wykonawcę informacje wprowadzają zamawiającego w błąd,
- informacje wprowadzające w błąd mogą mieć istotny wpływ na decyzje zamawiającego,
- przedstawienie informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający, oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien się ograniczyć wyłącznie do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Do uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił.

Po przeprowadzeniu analizy zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego Izba stwierdziła, że wskazane powyżej przesłanki kumulatywnie ziściły się w zakresie przesłania Zamawiającemu przez Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2019 r. informacji e-mail ze zmienioną datą na 28 marca 2019 r. w zakresie złożonego przez tego wykonawcę wadium.

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy stwierdzić należy, że nie budzi żadnych wątpliwości, że Przystępujący potwierdził niezgodność daty e-maila z dnia 28 marca 2019 r. przesłanego na adres: przetargi@gminamoszczenica.eu z datą rzeczywistą jego wysłania, tj. 27 kwietnia 2019 r., prezentując jednocześnie stanowisko, że z faktu, że zmiana daty wysłania e-maila była wynikiem niezamierzonego działania, polegającego na „ręcznej" zmianie daty w systemie operacyjnym komputera Pani C. C. przez jej męża. Odwołujący kwalifikacji tych niezgodności w zakresie dat upatrywał w źródle ich powstania. Otóż w ocenie Izby nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem. Kwestia niezgodności informacji z rzeczywistością, stanowiąca rozróżnienie »prawda« czy »fałsz«, nie jest zależna od intencji, czy też źródła, lecz stanowi wartość bezwzględną niepodlegającą ocenie".

Istotnym jest, że przesłanie przez Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2019 r. na adres Zamawiającego: przetargi@gminamoszczenica.eu wiadomości e-mail, której załącznikiem był oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, ze zmienioną „odręcznie" w systemie operacyjnym komputera datą na 28 marca 2019 r. spowodowało, że Zamawiający uznał, że wiadomość otrzymał przed upływem terminu składania ofert i jedynie przez przeoczenie wiadomość ta nie została przez pracownika Zamawiającego w osobie S. S., odczytana. Konsekwencją powyższego było uznanie przez Zamawiającego, że dysponował oryginałem gwarancji wadialnej Przystępującego przed upływem terminu na składanie ofert. Opisana powyżej sytuacja jednoznacznie dowodzi, że Zamawiający został wprowadzony przez Przystępującego w błąd w zakresie mogącym mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, bowiem e-mail zawierał oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, stanowiącej wadium.

Jeśli zaś chodzi ostatnią z przesłanek, polegającą na tym, że przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd nastąpiło w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy należy zwrócić uwagę, że informacje przedstawianie przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie są składane w odpowiedzi na wymagania określone przez zamawiającego. W związku z tym ich podanie winno być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Bez wątpienia obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności. Powyższe pozwala na przyjęcie, że dla wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, wystarczające jest to, by podanie

obiektywnie niezgodnych ze stanem rzeczywistym informacji (a więc informacji nieprawdziwych) wynikało z lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy.

Izba wyjaśniając wskazuje, że do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 14 Pzp stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 355 § 1 Kodeksu cywilnego dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

W tym wypadku Przystępujący przed wysłaniem jakiejkolwiek wiadomości do Zamawiającego powinien dokonać szczególnej weryfikacji ustawień komputera w odniesieniu do daty, mając prawną świadomość, jako profesjonalista, konsekwencji jej nierzetelności. Izba oceniając opisane powyżej zachowanie Przystępującego, w kontekście złożonych przez wykonawcę wyjaśnień, wskazuje na co najmniej brak należytej staranności wykonawcy, przejawiający się brakiem weryfikacji daty w systemie operacyjnym komputera przed wysłaniem wiadomości e-mail w sytuacji, gdy wykonawca wcześniej dokonał jej zmiany. Przystępujący jako podmiot profesjonalny występujący na branżowym rynku jest zobowiązany starannego działania, a za takie nie może być uznane przesłanie Zamawiającemu wiadomości e-mail z datą niezgodną z rzeczywistą.

Biorąc pod uwagę powyższe w omawianym zakresie Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp w omawianym powyżej zakresie należy uznać za zasadny.

Jeśli zaś chodzi o zarzut art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp opierający się na posłużeniu się przez Przystępującego podrobionym dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej to Izba uznała zgłoszony zarzut za niepotwierdzony.

Odwołujący twierdził, że dokument „Ubezpieczeniowej gwarancji przetargowej Nr 908562366961", datowanej na dzień 27 marca 2019 r. nie posiada podpisu elektronicznego przedstawiciela jego gwaranta lecz posiada przeróbkę imitującą podpis elektroniczny D. G. (pełnomocnika TUiR WARTA S.A.) o treści: „Signed by/Podpisano przez: D. G. Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Date/.Data: 2019-03-27, 14:43". W miejsce stempla autentycznego podpisu elektronicznego umieszczono obraz stempla podpisu elektronicznego mający imitować prawdziwy podpis elektroniczny. Obraz stempla został wklejony do pliku PDF w formie niskiej jakości grafiki rastrowej, co szczególnie widać przy większym przybliżeniu obrazu.

Izba dokonała porównania treści dokumentu gwarancji przesłanego przez Przystępującego wraz z ofertą w dniu 28 marca 2019 r. oraz dokumentu przesłanego Zamawiającemu przez Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2019 r. i stwierdziła, że oba dokumenty posiadają powołaną powyżej adnotację o treści: „Signed by/Podpisano przez: D. G. Towarzystwo Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA S.A. Date/.Data: 2019-03-27, 14:43". Z tą różnicą, że dokument gwarancji przesłany przez Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2019 r. został opatrzony podpisem elektronicznym Pani D. G..

Podkreślenia wymaga, że ciężar zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego obciąża Odwołującego, który w tym przypadku poza własnymi twierdzeniami nie przedstawił żadnego dowodu, który dowodziłby słuszności prezentowanej przez niego tezy. W związku z tym Izby uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp podlega w omawianym zakresie należy oddalić jako niepotwierdzony.

Izba uznała, że za takie dowody nie mogą być uznane w szczególności przedstawione przez Odwołującego kopie pism z dnia 23 i 30 kwietnia w postaci zawiadomień do prokuratury o popełnieniu przestępstwa, czy też pismo z dnia 30 kwietnia 2019 r. kierowane do Centralnego Biura Antykorupcyjnego w Krakowie. Za niemające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu należy również uznać wezwanie Przystępującego do Odwołującego z dnia 13 maja 2019 r. o usunięcie skutków naruszeń dób osobistych.

6. Zarzut art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp

Izba oddaliła zgłoszony zarzut, ponieważ nie stwierdziła, że złożenie oferty przez Przystępującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy uznk.

W zakresie zarzutu dotyczącego sfałszowania dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej to Izba uznała zgłoszony zarzut za niepotwierdzony. Konsekwencją powyższego brak jest również podstaw do stwierdzenia przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Jeśli zaś chodzi o czynność przesłania przez Przystępującego po terminie składania ofert e-maila ze zmienioną datą to Izba stanęła na stanowisku, że czyn ten nie wyczerpuje znamion wskazanych w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy uznk.

7. Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, polegającego na wadliwym dokonaniu oceny oferty Przystępującego w aspekcie nie załączenia przez Przystępującego w ofercie oświadczenia producenta.

Zgłoszony zarzut Izba uznała za bezzasadny.

Przede wszystkim wskazać należy, że Odwołujący w treści odwołania twierdził, że w ofercie Przystępującego zabrakło oświadczenia producenta. Dokument elektroniczny pod nazwą „LOYTEC Statement Support” podpisała przedstawicielka wykonawcy Pani C. C.. Odwołujący wskazywał, że w świetle wymagań co do formy dokumentów składanych w niniejszym postępowaniu tego rodzaju oświadczenie powinno zostać złożone w formie oryginalnego dokumentu elektronicznego podpisanego przez właściwą osobę umocowaną do reprezentowania producenta (w tym przypadku LOYTEC electronics GmbH z siedzibą w Wiedniu). Brak takiego oświadczenia powinien skutkować brakiem przyznania punktów w tym kryterium.

Z ustaleń Izby wynika, że w analizowanym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert uczyniono: „Infolinia serwisowa producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta" (pkt 13.2 SIWZ). Punkty za powyższe kryterium miały zostać przyznane w skali punktowej od 0 do 10 pkt. W powyższym kryterium oceniana była deklaracja producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki dotycząca dostępności infolinii serwisowej. Zamawiający wymaga aby w celu potwierdzenia, Wykonawca złożył wraz z ofertą oświadczenie producenta sterowników i Innych urządzeń informatycznych i automatyki dot. dostępności infolinii serwisowej czynnej co najmniej we wszystkie dni robocze w roku.

Izba ustaliła, że Przystępującego wraz ofertą złożył żądany przez Zamawiającego dokument w postaci oświadczenia producenta firmy LOYTEC Electronics GmbH, który zawiera podpis H. H. (Sales Director EMEA LOYTEC electronics GmbH). W związku z tym Izba uznała, że dokument został sporządzony w formie pisemnej a następnie złożony przez Przystępującego w formie elektronicznej kopii, która został podpisana podpisem elektronicznym podpisem wykonawcy w osobie Pani C. C. Powyższe zostało również potwierdzone przez Przystępującego w toku rozprawy, który oświadczył, że otrzymał oświadczenie od producenta w „formie papierowej” a nie elektronicznej.

Zgodnie z treścią § 5 ust. 1 rozporządzenie o środkach komunikacji elektronicznej jeżeli wykonawca nie posiada oryginału dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w formie dokumentu elektronicznego, może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię takiego dokumentu, z wyjątkiem oświadczeń dotyczących wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach i sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a tej ustawy, lub oświadczeń dotyczących podwykonawców. Natomiast według ust. 2 ww. przepisu w przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu, podpisanie jej przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę elektronicznej kopii dokumentu za zgodność z oryginałem.

Z treści powołanego przepisu jednoznacznie wynika, że Przystępujący był uprawniony do złożenia elektronicznej kopii oświadczenia producenta sterowników opatrzonej własnym kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w sytuacji, gdy otrzymany od producenta dokument nie został sporządzony w formie elektronicznej a papierowej.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzut Odwołującego, który podczas rozprawy twierdził, że oświadczenie producenta nie zawiera podpisu a jedynie faksymile uznając, że zgłoszony zarzut wykracza poza granice zaskarżenia zawarte w odwołaniu. Powyższe stanowisko Izba opiera o przepis art. 192 ust. 7 Pzp, który stanowi, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Podsumowując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy, polegającego wadliwym dokonaniu oceny oferty Przystępującego w aspekcie niezasadnego przyznania wykonawcy punktów w kryterium „Infolinia serwisowa producenta dot. infolinii serwisowej producenta sterowników i innych urządzeń informatycznych i automatyki czynna co najmniej we wszystkie dni robocze w roku potwierdzona oświadczeniem producenta".

Konkludując Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które skutkowało koniecznością uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

- wykluczenie z postępowania wykonawcy Doradztwo i Usługi na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp z uwagi na przesłanie zamawiającemu przez ww. wykonawcę w dniu 27 kwietnia 2019 r. informacji e-mail ze zmienioną datą na 28 marca 2019 r. w zakresie złożonego przez wykonawcę wadium;

- odrzucenie oferty wykonawcy Doradztwo i Usługi na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia przez wykonawcę wadium.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 lit b) i § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).