

WYROK
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Młacka
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2020 r. przez Odwołującego **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD T. B. (Rogoż, ul. Wierzbowa 40A, 55-114 Wiesznia Mała)** postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej (ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław)** przy udziale Wykonawcy **T. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ATTIS T. O. (Stara Wieś 216, 33-325 Krużlowa Wyżna)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej (ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD T. B. (Rogoż, ul. Wierzbowa 40A, 55-114 Wiesznia Mała)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej (ul. Trzebnicka 33, 50-231 Wrocław)** na rzecz Odwołującego **T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD T. B. (Rogoż, ul. Wierzbowa 40A, 55-114 Wiesznia Mała)** kwotę **13600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy 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 (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2417/20

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Wrocław - Zarząd Zieleni Miejskiej prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest, Park Leonarda da Vinci na Gądowie Małym - etap H, WBO 2018 projekt nr 220 i WBO projekt nr 100" Ogłoszenie o w/w zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Informacji Publicznej Zarządu Zieleni Miejskiej we Wrocławiu dnia 13 sierpnia 2020 r. pod numerem ZP/PN/49/2020/DPIR.

Odwołujący T. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą T. B. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe TRIBUD wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego na skutek uznania, że wadium nie zostało przez Odwołującego wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, w sytuacji gdy wadium wniesione zostało przez Odwołującego w sposób ważny i skuteczny oraz zabezpieczający w sposób należyty interesy ekonomiczne Zamawiającego w formie gwarancji ubezpieczeniowej, co skutkowało pozbawieniem Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, w sytuacji gdy oferta przez niego złożona - w świetle kryteriów oceny ofert przewidzianych w postępowaniu przez Zamawiającego - była ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka M. M., zwrócenie się przed Izbą do UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi c. złożenie do akt sprawy pisma zawierającego informację: czy gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r., a podpisana przez Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu, jest ważna i skuteczna, tzn. czy na jej podstawie UNIQA TU S.A. jest zobowiązana do wypłaty na rzecz Zamawiającego (Beneficjenta) w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy kwoty gwarancji w razie spełnienia się przesłanek określonych w jej treści; czy możliwe jest wygaśnięcie tejże gwarancji w razie zwrócenia Gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji bezpośrednio przez Odwołującego; czy gwarancja została podpisana przez Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu w sposób prawidłowy, tj. z wykorzystaniem formy dopuszczonej do stosowania w przedsiębiorstwie Gwaranta dla podpisywania dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział obowiązek złożenia przez wykonawców wadium w wysokości kwoty 6.000,00 zł. Stosownie do postanowień rozdz. XII SIWZ pkt 3 ppkt 4) wadium mogło zostać wniesione również w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Zamawiający dopuścił możliwość złożenia wadium w formie oryginału dokumentu gwarancji w drodze jej bądź przesłania pocztą na adres Zamawiającego, bądź osobistego złożenia w kasie Zamawiającego (rozdz. XII SIWZ pkt 6).

Odwołujący złożył ofertę, która jest najkorzystniejszą w postępowaniu. Odwołujący przed upływem terminu złożenia ofert złożył dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r.

Zamawiający w toku badania oferty złożonej przez Odwołującego zgłosił zastrzeżenia co do prawidłowości złożonego przez Odwołującego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, wskazując na zastrzeżenia co do formy złożonej gwarancji (wg Zamawiającego: kopia/kserokopia zamiast oryginału). Zgłoszenie powyższego zastrzeżenia stało się przedmiotem korespondencji prowadzonej w okresie od dnia 03.09.2020 r. do dnia 04.09.2020 r. w formie elektronicznej pomiędzy Zamawiającym oraz (na wyraźną prośbę Odwołującego) Panem M. M. - Dyrektorem UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu. W treści korespondencji Gwarant potwierdził Zamawiającemu, iż przedłożona przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r. podpisana przez Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu, stanowi dokument oryginalny, gdyż Gwarant nigdy nie wystawia kopii gwarancji, zaś zawsze jest to tylko oryginał w jednym egzemplarzu. W ustosunkowaniu się zaś do dalszych uwag podnoszonych przez Zamawiającego, Gwarant wyjaśnił, iż:

a)odnośnie wątpliwości Zamawiającego, iż przedłożona przez Odwołującego gwarancja jest jej kserokopią, nie zaś oryginałem (dokument czarno-biały - bez kolorowego podpisu) - wskazano, że Gwarant nie posiadał w dacie wystawienia dokumentu gwarancji dostępu do drukarki kolorowej, co mogło zostać mylnie ocenione przez Zamawiającego, że dokument gwarancji jest zatem kopią (bo jest czarnobiałą);

b)odnośnie wątpliwości Zamawiającego, iż przedłożona przez Odwołującego gwarancja nie została podpisana w sposób prawidłowy (wg Zamawiającego podpis na gwarancji stanowi jedynie faksymile) - wskazano, że Gwarant stosuje 3 różne sposoby podpisów, zaś dokument przedłożonej do postępowania gwarancji opatrzony został „*podpisem kolorowym zaszyfrowanym wraz z pełnieniem funkcji w organizacji*”, zaś taka forma podpisywania dokumentów ubezpieczeniowych jest stosowana w przedsiębiorstwie Gwaranta w szczególności z uwagi na obecną sytuację, tj. pandemię COVID-19. Gwarant wyjaśnił przy tym przykładowo, iż stosowanie innego rodzaju podpisów (kwalifikowany podpis elektroniczny) znajduje zastosowanie wówczas gdy przetarg tego wymaga.

Gwarant wskazał, iż przedstawiony przez Odwołującego na potrzeby przetargu - a wystawiony przez Gwaranta - dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie jest kopią, gdyż został podpisany oryginalnie przez osobę upoważnioną, tj. Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu.

Jednocześnie, przedstawiciel Gwaranta zobowiązał się również do złożenia osobistego oświadczenia w siedzibie Zamawiającego w przedmiocie poświadczenia wiarygodności (oryginalności) dokumentu gwarancji, gdyby Zamawiający miał takie dodatkowe życzenie/potrzebę.

Stanowisko przedstawione przez Gwaranta nie zostało uznane przez Zamawiającego za wystarczające. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując jako podstawę prawną artykuł 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący nie zgodził się z taką decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie, w którym przedstawił poniżej wskazaną argumentację.

Artykuł 89 ust. 1 pkt 7b) PZP należy - jak każdy przepis sankcyjny dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego - wyklądać w sposób ścisły. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie jest niezgodność treści złożonej oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do formy w jakiej wykonawca powinien wnieść wadium, bowiem wadium nie stanowi treści oferty. Zatem przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego należałoby upatrywać wyłącznie w takim wniesieniu wadium, które nie daje gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego i pewności wypłaty sumy wadium w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonej w PZP i mającej zastosowanie w prowadzonym postępowaniu. Żadne okoliczności, które wyłączałyby lub utrudniały relacje przez Zamawiającego uprawnień wynikających z gwarancji złożonej przez Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu nie wystąpiły, co potwierdzają postanowienia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Odwołujący wskazał, że do realizacji wypłaty z udzielonej - dla potrzeb postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego - gwarancji wystarczające jest bowiem skierowanie do Gwaranta wezwania do zapłaty ze strony Beneficjenta działającego przez osoby należycie umocowane w terminie obowiązywania gwarancji, w którym Beneficjent powoła się na gwarancję wystawioną na jego rzecz i istnienie przesłanki do wypłaty z jej tytułu (tj. stosownie do §2 ust. 2 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r.). Wystawiona gwarancja ma charakter nieodwołalny i bezwarunkowy, co dodatkowo potwierdza należyte zabezpieczenie interesów ekonomicznych Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że dla realizacji przez Zamawiającego (Beneficjenta) uprawnień wynikających z ustanowionej gwarancji nie został przewidziany przez Gwaranta obowiązek przedstawienia (wylegitymowania się) przez Zamawiającego oryginału dokumentu gwarancji.

Odwołujący zaprzeczył stanowisku zaprezentowanemu przez Zamawiającego, jakoby gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wystawiana przez ubezpieczyciela stanowiła odrębną od umowy ubezpieczenia formę działalności zakładów ubezpieczeń, do której tym samym - z uwzględnieniem na literalne jego brzmienie - nie znajduje zastosowania regulacja zawarta w art. 43 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej. W przypadku tego typu czynności ubezpieczeniowych mamy do czynienia z umowami ubezpieczenia, nie zaś z jakimikolwiek innymi odrębnymi czynnościami (jak błędnie zinterpretował to Zamawiający powołując się na literalną wykładnię art. 4 ust. 7 pkt 1 DziałUbezpU). Pod pojęciem zatem „*dokumentów związanych z zawieraniem i wykonywaniem umów ubezpieczenia*”, powołanym w art. 43 ust. 1 DziałUbezpU należy rozumieć wszystkie dokumenty związane z zawarciem stosunku prawnego ubezpieczenia. Przedłożona przez Odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r., wystawiona została przez Gwaranta na podstawie oraz w związku z zawartą pomiędzy Odwołującym a Gwarantem umową generalną o gwarancje ubezpieczeniowe nr 9/4792/2018/Tribud z dnia 12.07.2018 r., na podstawie której to umowy Gwarant zobowiązał się do udzielania na wnioszek Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowych ramach ustalonego odnawialnego maksymalnego limitu kwotowego obowiązującego w okresie trwania tej umowy. W oparciu o zapisy te same umowy, Gwarant zobowiązał się zaś do wystawiania m.in. gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium. Stosownie zaś do §3 ust. 2 te same umowy, cyt.: „*warunkiem wydania Gwarancji bądź aneksu do gwarancji jest zapłacenie składki oraz skuteczne ustanowienie zabezpieczeń określonych w §5.*” Odwołujący opłacił składkę z tytułu wystawienia przez Gwaranta dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium dla potrzeb postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, w dniu 27.08.2020 r. (a więc przed upływem terminu składania ofert). Każdorazowo przy tym gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, stosownie do postanowień §2 ust. 5 SWU o Gwarancji Ubezpieczeniowej Zapłaty Wadium obowiązujące w UNIQA TU S.A., wystawiana jest - co do zasady zgodnie ze wzorem stosowanym w przedsiębiorstwie Gwaranta, na którego treść wykonawca wnioskujący o wystawienie dokumentu gwarancji nie ma większego wpływu (co obejmuje m.in. zapis §5 pkt 1 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r.)

Jak argumentował dalej Odwołujący, w art. 43 ust. 2 DziałUbezpU ustawodawca dopuścił, by podpis osoby reprezentującej zakład ubezpieczeń na dokumencie potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia mógł zostać odtworzony mechanicznie. Tym samym, ustawodawca wskazał bezpośrednio i wprost, że taki odtworzony mechanicznie podpis osoby reprezentującej zakład ubezpieczeń na dokumencie potwierdzającym zawarcie umowy ubezpieczenia jest - jeśli chodzi o jego moc prawną - równorzędny (własnoręcznemu) podpisowi tej osoby.

Odnosząc się do zarzutów stawianych przez Zamawiającego odnośnie braku zachowania przez przedłożony przez Odwołującego dokument gwarancji formy pisemnej Odwołujący podkreślił, że zasada pisemności postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (art. 9 ust. 1 PZP) nie oznacza automatycznie, iż brak przedłożenia przez wykonawcę dokumentu sporządzonego z zachowaniem formy pisemnej stanowi o bezskuteczności/nieważności przedłożonego dokumentu. Stosownie do art. 73 §1 KC, 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.

Nie tylko przepisy KC, lecz również PZP nie uzależniają zaś skuteczności wniesienia wadium w formie gwarancji wadialnej (ubezpieczeniowej) od formy w jakiej zostanie ona przedstawiona Zamawiającemu, a już z pewnością nie przewidują sankcji nieważności dla takiej czynności - w przeciwieństwie przykładowo do formy oferty, czy też umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego nie znajduje uzasadnienia stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium wystawiana przez Gwaranta a przedłożona Zamawiającemu przez Odwołującego nie zabezpiecza interesów Zamawiającego w sposób należyty w sytuacji gdy została zapewniona Zamawiającemu możliwość skutecznego skorzystania z tejże gwarancji w razie zajścia ku temu przesłanek określonych tak w przepisach PZP, jak też w dokumencie samej gwarancji.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał błędnej wykładni postanowienia §5 pkt 1 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawionej przez Gwaranta. Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć (tak jak podniósł to Zamawiający), że przedłożony dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium stanowił kopię, nie zaś oryginał tego dokumentu (czemu jednakże Odwołujący wyraźnie zaprzeczył), to powołany zapis §5 pkt 1 tej gwarancji przewiduje co prawda wygaśnięcie gwarancji w przypadku zwrotu jej oryginału Gwarantowi, lecz wyłącznie przez Zamawiającego (tj. Beneficjenta), a nie przez Odwołującego. Z powyższego wynika, że brak jest możliwości - z uwagi na nieodwołalność gwarancji potwierdzonej w jej §2 ust. 1 - doprowadzenia na skutek działań samego Odwołującego (zwrot oryginału gwarancji Gwarantowi) do wygaśnięcia udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, co skutkowało uwzględnieniem odwołania.

W analizowanym stanie faktycznym kluczowe znaczenie miał artykuł 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również przepisy ustawy kodeks cywilny, w tym artykuł 73 §1 kc.

Zgodnie z artykułem 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium.

Bezsporne pomiędzy stronami jest, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu żądał wniesienia wadium. W przypadku wniesienia wadium w postaci gwarancji, żądał wniesienia wadium w oryginale. Odwołujący wraz z treścią oferty złożył dokument wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej 27 sierpnia 2020 roku przez Unią Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna (nr 998A-914749).

Bez wątpienia zatem Odwołujący wniósł wadium w postępowaniu w terminie przewidzianym przez Zamawiającego.

Wątpliwości Zamawiającego wzbudził podpis Gwaranta, jak również okoliczność, że przekazany Zamawiającemu dokument gwarancji miał formę czarno-białą. W konsekwencji Zamawiający uznał, że wadium mogło zostać złożone w formie kopii. Zdaniem Zamawiającego brak podpisu własnoręcznego lub kwalifikowanego podpisu elektronicznego pod treścią gwarancji ubezpieczeniowej, a jedynie zamieszczenie (jak wskazał Gwarant) podpisu kolorowego zaszyfrowanego wraz z pełnieniem funkcji w organizacji oznacza, że Zamawiający nie otrzymał wadium w wymaganej formie – oryginale.

W związku z powyższym Zamawiający przeprowadził wymianę korespondencji z przedstawicielem Gwaranta. Korespondencja była prowadzona za pośrednictwem poczty elektronicznej z upoważnionym przedstawicielem Gwaranta (okoliczność bezsporna) Panem M. M., który pełni funkcję Dyrektora Przedstawicielstwa Unia TU S.A. we Wrocławiu.

Przedstawiciel Gwaranta wyjaśnił, że dokument nie jest kopią, gdyż został oryginalnie podpisany przez ww. przedstawiciela Gwaranta. Wyjaśnił także, że dokumenty pochodzące od Gwaranta są podpisywane na 3 różne sposoby: kwalifikowany podpis elektroniczny – jeśli przetarg tego wymaga, podpis zwykły z pieczętka funkcyjną, podpis kolorowy zaszyfrowany wraz z pełnieniem funkcji w organizacji. W przypadku przedmiotowej gwarancji, został zastosowany podpis nr 3 ze względu na nieobecność w biurze i brak możliwości podpisu zwykłą pieczętka.

Gwarant wyjaśnił także, że: „Nigdy nie wystawiamy kopii gwarancji. Zawsze jest tylko oryginał w jednym egzemplarzu.”

Skoro zatem upoważniony przedstawiciel Gwaranta – Dyrektor Oddziału oświadczył jednoznacznie, że dokument, który otrzymał Zamawiający nie jest kopią, gdyż został podpisany oryginalnie przez ww. przedstawiciela Gwaranta, a ponadto wyjaśnił, że: kopia gwarancji nie jest wystawiana, a wystawiany jest zawsze tylko oryginał w jednym egzemplarzu, to oznacza, że Zamawiający otrzymał dokument wadium zgodnie z wymaganiami postawionymi w SIWZ – w formie oryginale. Już zatem ta okoliczność potwierdza, że odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy było bezzasadne.

Zamawiający nie wykazał także, aby wniesione przez Odwołującego wadium nie zabezpieczało w sposób należyty interesów Zamawiającego.

Gwarancja ubezpieczeniowa nie zawiera niedozwolonych klauzul, mogących godzić w interesy Zamawiającego.

Z treści dokumentu gwarancji (§2 ust. 2 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium) wynika, że do realizacji wypłaty z udzielonej - dla potrzeb postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wystarczające jest skierowanie do Gwaranta wezwania do zapłaty ze strony Beneficjenta działającego przez osoby należycie umocowane w terminie obowiązywania gwarancji, w którym Beneficjent powoła się na gwarancję wystawioną na jego rzecz i istnienie przesłanki do wypłaty z jej tytułu. Dla realizacji przez Zamawiającego (Beneficjenta) uprawnień wynikających z ustanowionej gwarancji nie został zatem przewidziany przez Gwaranta obowiązek przedstawienia (wylegitymowania się) przez Zamawiającego oryginału dokumentu gwarancji. W tej sytuacji nieuzasadnione stają się twierdzenia i obawy Zamawiającego co do braku należytego zabezpieczenia uprawnień i ewentualnych roszczeń Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do zarzutów Zamawiającego w zakresie formy dokumentu ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium należy wskazać, że zgodnie z § 13 ust. 2 Ogólnych Warunków Umów o gwarancje ubezpieczeniowe, mających zastosowanie do gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez Odwołującego, „Do niniejszych warunków nie mają zastosowania przepisy dotyczące umowy ubezpieczenia”.

Dla skuteczności zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie jest wymagana żadna forma kwalifikowana. Dokument gwarancji stanowi dowód (potwierdzenie) zawarcia umowy, podlegający ocenie zgodnie z zasadami z art. 74 K.c.

Zgodnie z § 1 ust. 2 Szczególnych Warunków Ubezpieczenia (także mających zastosowanie do gwarancji ubezpieczeniowej wniesionej przez Odwołującego), gwarancję stanowi pisemne, jednostronne zobowiązanie Unia TU S.A. do zapłaty kwoty roszczenia w przypadku zajścia zdarzenia objętego gwarancją. Zatem w odniesieniu do ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej wnoszonej w niniejszym postępowaniu, niezbędne było zastosowanie formy pisemnej. Zgodnie z artykułem 73 §1 kc 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. Ustawa nie przewiduje jednak rygoru nieważności ani w odniesieniu do formy zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, ani też w odniesieniu do formy samego dokumentu gwarancji

ubezpieczeniowej. Nawet jeśli Zamawiającemu został przedstawiony dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, który nie zawierał własnoręcznego podpisu, nie oznacza to nieważności tej gwarancji.

W odniesieniu do braku zachowania formy własnoręcznego podpisu pod treścią ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, Przewodnicząca składu orzekającego w niniejszej sprawie podziela stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 01 kwietnia 2011 roku o sygnaturze akt KIO 609/11:

„Zgodnie z art. 78 § 1 zd. 1 K.c., mającym zastosowanie do czynności podejmowanych w postępowaniu udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 14 ustawy Pzp, do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Brak zatem podpisu na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez odwołującego się oznacza, że forma pisemna w tym przypadku nie została zachowana.

Niemniej jednak nie zachowanie formy pisemnej w przypadku gwarancji ubezpieczeniowej nie oznacza, że gwarancja ta jest nieważna. W myśl bowiem art. 73 § 1 K.c. jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Oznacza to, iż nieważność gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na nie zachowanie formy pisemnej miałaby miejsce wówczas, gdy – po pierwsze – konieczność zachowania formy pisemnej wynikałaby z przepisu ustawy oraz – po drugie – ustawa przewidywałaby rygor nieważności za nie zachowanie formy pisemnej dla tej czynności prawnej. Tymczasem, jak to już wyżej wskazano, żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych nie reguluje w żaden sposób formy gwarancji ubezpieczeniowej.

W ocenie Izby nieważności gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na brak formy pisemnej nie można dopatrywać się w przepisach ustawy Pzp. Ustawa Pzp co prawda w art. 9 ust. 1 wprowadza zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niemniej jednak jedynie w kilku przypadkach stanowi, że niezachowanie formy pisemnej wywołuje skutek w postaci nieważności danej czynności. Dotyczy to ofert, które zgodnie z art. 82 ust. 2 powinny być złożone pod rygorem nieważności w formie pisemnej oraz umów w sprawie zamówienia publicznego, dla których forma pisemna również została zastrzeżona ad solemnitatem. Należy zwrócić tu uwagę, iż dokument potwierdzający fakt wniesienia wadium nie stanowi oferty w rozumieniu przepisów ustawy Pzp. Pojęcie "oferta" w prawie zamówień publicznych jest traktowane funkcjonalnie i odnosi się bądź to do samego oświadczenia woli, bądź łącznie do tego oświadczenia i składanych wraz z nim załączników, przy czym załącznikami stanowiącymi elementy oferty są informacje zawarte w dokumentach żądanych na podstawie rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Tak też stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 października 2005 roku (III CZP 74/05)".

Jak wskazano powyżej, Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające zwracając się do ubezpieczyciela z pytaniami dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium i uzyskał informację, że dokument gwarancji wadialnej otrzymany przez Zamawiającego stanowi oryginał i został przez upoważnionego przedstawiciela podpisany. Powyższe oznacza, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium, w posiadaniu której jest Zamawiający, zabezpiecza interesy Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego, w odpowiedzi na obawy Zamawiającego należy wskazać, że w treści gwarancji nie znalazły się zastrzeżenia, że o skuteczności domagania się przez Zamawiającego zapłaty kwoty wadium przesądzać miało dysponowanie przez Zamawiającego oryginałem gwarancji.

W treści gwarancji znajduje się postanowienie (na które wskazywał Zamawiający), zgodnie z którym: „Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku, gdy Beneficjent zwróci Gwarantowi oryginał niniejszej gwarancji przed upływem okresu ważności gwarancji”.

Należy jednak wskazać, że zgodnie z oświadczeniem samego Gwaranta, Zamawiający jest w posiadaniu oryginału dokumentu ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej, zatem dopiero ewentualny zwrot tego właśnie dokumentu, który posiada obecnie Zamawiający, mógłby spowodować ewentualne wygaśnięcie gwarancji przed upływem okresu jej ważności. Co istotne, jedynie Zamawiający będzie mógł zwrócić wcześniej Gwarantowi dokument gwarancji, nie żaden inny podmiot.

Ponadto należy zauważyć, że okoliczności zwrotu dokumentu towarzyszą czynności w postaci np. pisma przewodniego, czy adnotacji w dokumentacji pocztowej. Zatem ewentualna okoliczność zwrotu oryginału dokumentu ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej „pozostawi ślad” i jako taka będzie mogła zostać wykazana. Oznacza to, że nawet mając na uwadze obawy Zamawiającego, Zamawiający, któremu Gwarant oświadczyłby, iż został mu wcześniej zwrócony oryginał gwarancji, będzie mógł domagać się wykazania tej okoliczności przez Gwaranta.

Jak wskazano powyżej, zgodnie z § 13 ust. 2 Ogólnych Warunków Umów o gwarancje ubezpieczeniowe, „Do niniejszych warunków nie mają zastosowania przepisy dotyczące umowy ubezpieczenia”. Także w treści odpowiedzi na odwołanie i podczas rozprawy Zamawiający podtrzymywał argumentację, iż do gwarancji wadialnej nie mają zastosowania przepisy dotyczące umowy ubezpieczenia. W konsekwencji oznacza to, że nie ma tutaj także zastosowania Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z 05 października 2016 roku w sprawie dokumentów związanych z zawieraniem i wykonywaniem umów ubezpieczenia sporządzanych w postaci elektronicznej.

Bez znaczenia pozostaje zatem podnoszona przez Zamawiającego argumentacja, że zgodnie z treścią tego Rozporządzenia dokument w postaci umowy ubezpieczenia musi zostać podpisany podpisem elektronicznym albo pieczęcią elektroniczną. Skoro bowiem warunki gwarancji wykluczają stosowanie przepisów odnoszących się do umów ubezpieczenia, a ww. Rozporządzenie zostało wydane na podstawie artykułu 43 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, to nie ma tu zastosowania konieczność podpisania gwarancji ubezpieczeniowej podpisem elektronicznym albo pieczęcią elektroniczną.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, wyjaśnienia czy oświadczenia składane przez Gwaranta nie stanowią konwalidacji czynności, a są jedynie wyjaśnieniem wątpliwości Zamawiającego.

Wbrew także twierdzeniu Zamawiającego, Zamawiający jest w stanie zweryfikować od kogo dokument faktycznie pochodzi. W treści gwarancji znajduje się bowiem imienne wskazanie osoby, która dokument podpisywała, jak również wskazanie funkcji tej osoby. Bez znaczenia pozostają także wrażenia estetyczne Zamawiającego, że dokument nie jest kolorowy, a jedynie czarno-biały i wygląda jak kopia, bowiem Gwarant jednoznacznie potwierdził, że jest to oryginał dokumentu, a co więcej, Gwarant wystawia dokument w jednym egzemplarzu i jest to oryginał, nie zaś kopia (taka nigdy nie jest wystawiana).

Nie jest zrozumiała podnoszona przez Zamawiającego argumentacja dotycząca przesłanego przez Gwaranta skanu dokumentu gwarancyjnego. Okoliczność, że taka korespondencja powstała w dacie składania wyjaśnień nie oznacza, że wcześniej nie został wystawiony dokument gwarancyjny potwierdzający dokonanie czynności prawnej. Gwarant jednoznacznie potwierdził dokonanie czynności prawnej i wystawienie dokumentu potwierdzającego dokonanie tej

czynności.

Izba oddaliła wniosek Odwołującego o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania. Zgodnie z artykułem 190 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Odwołujący wnioskował o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka – Pana M. M. . Należy wskazać, że Odwołujący nie wskazał, jaka dodatkowa okoliczność miałaby zostać wykazana przy przeprowadzeniu tego dowodu. Odwołujący nie wskazał, aby świadek mógł dysponować dodatkowymi informacjami. Zamawiający przeprowadził pisemną korespondencję z Panem M. M., uzyskując niezbędne informacje. Ponieważ nie wskazano, jakie nowe okoliczności miałyby zostać wykazane, należało uznać, że przeprowadzenie powyższego dowodu prowadziłoby jedynie do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania.

Do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania prowadziłoby także przeprowadzenie wnioskowanego przez Odwołującego dowodu w postaci „zwrócenia się przed Izbą do UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Łodzi o złożenie do akt sprawy pisma zawierającego informację: czy gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 998A-914749 z dnia 27.08.2020 r., a podpisana przez Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu, jest ważna i skuteczna, tzn. czy na jej podstawie UNIQA TU S.A. jest zobowiązana do wypłaty na rzecz Zamawiającego (Beneficjenta) w sposób nieodwołalny i bezwarunkowy kwoty gwarancji w razie spełnienia się przesłanek określonych w jej treści; czy możliwe jest wygaśnięcie tejże gwarancji w razie zwrócenia Gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji bezpośrednio przez Odwołującego; czy gwarancja została podpisana przez Dyrektora UNIQA TU S.A. - Przedstawicielstwo we Wrocławiu w sposób prawidłowy, tj. z wykorzystaniem formy dopuszczonej do stosowania w przedsiębiorstwie Gwaranta dla podpisywania dokumentów gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium”.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że to na stronach postępowania ciąży obowiązek wykazania prawdziwości przedstawianych w toku postępowania twierdzeń, w tym przedstawienia dowodów. Izba nie jest podmiotem, który mógłby wyręczać którąkolwiek ze stron postępowania w pozyskiwaniu takich dowodów. W niniejszym postępowaniu Zamawiający przeprowadził pisemną korespondencję z upoważnionym przedstawicielem Towarzystwa Ubezpieczeniowego, które wystawiło dokument gwarancji. Złożenie wyjaśnień przez uprawnioną osobę nie jest kwestionowane. Nie istniały żadne przeszkody, aby zarówno Odwołujący czy też Zamawiający (wobec dodatkowych wątpliwości) przeprowadzili dodatkową korespondencję z oddziałem głównym Towarzystwa Ubezpieczeniowego. Żadna ze stron na taką czynność się nie zdecydowała, aż do chwili rozprawy nawet nie próbowała nawiązać jakiegokolwiek kontaktu (i uzyskać informacje) z Towarzystwem Ubezpieczeniowym w Łodzi, co oznacza, że również w ocenie każdej ze stron taki dowód nie był bezwzględnie konieczny. W świetle powyższego Izba postanowiła o oddaleniu powyższego dowodu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący:

.....