Sygn. akt KIO 681/20

WYROK

z dnia 1 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JM-TRONIC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz LAMEL Rozdzielnice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żukowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Energa-Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy ABB Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przy udziale wykonawcy ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JM-TRONIC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz LAMEL Rozdzielnice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żukowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JM-TRONIC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz LAMEL Rozdzielnice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żukowie, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia JM-TRONIC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz LAMEL Rozdzielnice

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żukowie na rzecz zamawiającego - Energa-Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 681/20

Energa-Operator Spółka Akcyjna z siedzibą w Gdańsku, dalej „Zamawiający", prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Sukcesywne dostawy rozłączników napowietrznych SN o budowie zamkniętej z telesterowaniem i telesygnalizacją. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843), dalej „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 października 2019 r. pod numerem 2019/S 194-472724.

W dniu 30 marca 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia JM-TRONIC Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz LAMEL Rozdzielnice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żukowie, dalej „Odwołujący", wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 7b) ustawy Pzp poprzez zastosowanie tego przepisu, kiedy Zamawiający nie miał podstaw do jego zastosowania, które to naruszenie miało wpływ na wynik postępowania i jednocześnie doprowadziło do naruszenia art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp; a także naruszenie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych poprzez niezastosowanie ww. przepisu względem aneksu nr 2 do gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego w dniu 10 marca 2020 r. i nieuznania poświadczonego za zgodność z oryginałem aneksu nr 2 za równoważny z oryginałem oraz zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i niepodlegającej odrzuceniu oraz zawiadomienia o tym Odwołującego, co stanowi naruszenie art 91 ust. 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez niezastosowanie przez Zamawiającego ww. przepisu względem oferty Odwołującego, co miało wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności związanych z badaniem i oceną oferty Odwołującego oraz wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że odrzucenie jego oferty zostało dokonane wadliwie, ponieważ: Zamawiający nie dokonał oceny treści gwarancji przed uznaniem, że nie spełnia ona celu, w którym została ustanowiona; z treści gwarancji ubezpieczeniowej wynika, a jest to jednocześnie wymogiem działu 8 pkt 7 SIWZ, że zobowiązanie gwaranta do wykonania gwarancji nie zależy od posiadania oryginału dokumentu gwarancji przez uprawnionego; wymóg złożenia gwarancji przetargowej zawarty w dziale 8 pkt 4 SIWZ nie jest wiążący dla wykonawców, ponieważ przepisy prawa nie wymagają dla ważności ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej formy elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, a dopełnienie tego wymogu zależy od podmiotu trzeciego, a nie od konsorcjum, czego negatywnymi konsekwencjami nie może być obciążany wykonawca, zwłaszcza gdy posiadanie oryginału gwarancji nie ma na celu zabezpieczenia Zamawiającego; dokument aneksu nr 2 został przekazany konsorcjum w formie papierowej, a skoro wymogiem art. 10a ustawy Pzp jest komunikacja w formie elektronicznej, to jedynym sposobem zakomunikowania Zamawiającemu o wydłużeniu terminu obowiązywania gwarancji było jej poświadczenie za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem elektronicznym; aneks nr 2 do gwarancji został poświadczony za zgodność z oryginałem kwalifikowanym podpisem, co zgodnie z § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych nadało mu walor oryginału.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpili: wykonawca ABB Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz wykonawca ZPUE Spółka Akcyjna z siedzibą we Włoszczowie, dalej także

„Przystępujący", wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący ZPUE w złożonym piśmie procesowym wskazywał, że Odwołujący zdaje się nie odróżniać formy elektronicznej od postaci elektronicznej oraz obowiązku przekazania oryginału gwarancji od elektronicznej kopii dokumentu. Następnie podnosił, że SIWZ zawierała precyzyjne wytyczne i instrukcje dotyczące wnoszenia wadium, które nie były kwestionowane i co do których również zastosował się Odwołujący wnosząc wadium wraz z ofertą. Wadium Odwołującego przekazane do Zamawiającego jest elektroniczną kopią, Zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, co powoduje, iż prawidłowo Zamawiający uznał, iż ziściła się przesłanka z art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Brak zapisów w gwarancji dotyczących konieczności dysponowania oryginałem gwarancji jest irrelewantny z punktu widzenia prawidłowości wniesienia wadium.

Pismem z dnia 25 czerwca 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że dokument wadium nie jest ofertą ani elementem oferty, lecz jest do niej dołączany. Zatem do oferty należy załączyć oryginał dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium w formie niepieniężnej. Dokument wadialny, zgodnie z postanowieniami SIWZ, musi zostać załączony do oferty w systemie w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę (osoby) upoważnione do reprezentowania gwaranta jako wystawcy dokumentu, przy czym pod pojęciem oryginału w postaci dokumentu elektronicznego należy rozumieć dokument (lub oświadczenie) wygenerowany elektronicznie (czyli niezawierający w treści: podpisu, pieczątki, parafy itp.) i podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby upoważnionej (lub osób upoważnionych) do reprezentowania gwaranta, jako wystawcy tego dokumentu lub oświadczenia. Brak załączenia pliku lub załączenie do oferty pliku będącego skanem dokumentu musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych,

jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofert wykonawców, informacji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 czerwca 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są sukcesywne dostawy rozłączników napowietrznych SN o budowie zamkniętej z telesterowaniem i telesygnalizacją.

Zgodnie z Działem 3 pkt 1 Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ", komunikacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia winna odbywać się za pomocą środków komunikacji elektronicznej: Platformy zakupowej .

W Dziale 8 pkt 4 SIWZ Zamawiający sprecyzował wymagania dotyczące zasad wnoszenia wadium, wskazując, iż wadium w formie innej niż pieniężna wykonawca wnosi w formie elektronicznej poprzez wczytanie na Platformie zakupowej http://zakupy.energa-operator.pl. oryginału dokumentu wadialnego tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (wystawców dokumentu).

Stosownie do pkt 7 i 8 Działu 8 SIWZ: W sytuacji złożenia gwarancji w formie elektronicznej nie może ona zawierać zapisu stanowiącego, że zwrot oryginalnego wadium do gwaranta powoduje zwolnienie gwarancji. Gwarancja złożona w formie elektronicznej musi zawierać zapis, że jej zwolnienie nastąpi tylko i wyłącznie po złożeniu pisemnego oświadczenia zamawiającego w tej sprawie.

Żaden z wykonawców nie zakwestionował wymagań SIWZ dotyczących wniesienia wadium, nie wnioskowano również o wyjaśnienie kwestii wadium i form jego wnoszenia poprzez wniesienie zapytań do SIWZ.

Do terminu składania ofert, oferty złożyło czterech wykonawców, z czego trzech złożyło dokumenty gwarancyjne w formie innej niż pieniężna i każdy z nich przedłożył dokument gwarancyjny zgodnie z wymogiem SIWZ, Odwołujący załączył do oferty gwarancję przetargową nr 350-05806077 wystawioną przez TUR Allianz Polska S.A. z siedzibą w Warszawie, podpisaną kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli wystawcy w osobach p. G. K. i p. B. S. .

Następnie, odpowiadając na wniosek Zamawiającego z dnia 7 stycznia 2020 r., dotyczący przedłużenia terminu związania ofertą i ważności wadium, Odwołujący w dniu 10 stycznia 2020 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą, załączając aneks nr 1 do gwarancji nr 35005806077 podpisany kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli wystawcy w osobach p. M. W. i p. B. S. .

Dalej, Izba ustaliła, że przedłożony przez Odwołującego aneks nr 2 do gwarancji przetargowej nr 350-05806077, został złożony w formie skanu, opatrzonego podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołującego - p. P. M., a na dokumencie znajdują się własnoręczne podpisy przedstawicieli ubezpieczyciela, tj. p. M. W. i p. B. S., oraz pieczęć ubezpieczyciela. Dodatkowo zawarto na samym końcu gwarancji zastrzeżenie, że po upływie terminu obowiązywania Gwarancji, dokument niniejszy powinien być zwrócony do Gwaranta.

W dniu 20 marca 2020 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, wskazując że wykonawca zamieścił na platformie zakupowej kopię gwarancji wystawionej w formie pisemnej, którą następnie potwierdził za zgodność kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołującego, zatem oryginał dokumentu powstał z chwilą złożenia na nim podpisu osoby upoważnionej do reprezentowania ubezpieczyciela, a późniejsze skopiowanie dokumentu i opatrzenie go podpisem elektronicznym wykonawcy było wytworzeniem jego elektronicznej kopii. Czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu, potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniężna. W okolicznościach faktycznych Zamawiający nie dysponuje oryginałem wadium, a jedynie jego

kopią. Przy czym Zamawiający w treści SIWZ sprecyzował dokładnie w jaki sposób należy wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Do złożenia dokumentu przedłużającego ważność gwarancji wadialnej, mają zastosowanie te same reguły, jak w przypadku wnoszenia wadium przed terminem składania ofert. Złożenie kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej pozostawiałoby niepewność co do istnienia zabezpieczenia oferty przez okres jej związania.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W dalszej kolejności Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba stwierdziła, że niezasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Stosownie do art. 45 ust. 6 ustawy Pzp wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669).

W sprawie bezsporne było, że w treści SIWZ zawarty został wymóg, aby w przypadku wniesienia wadium w formie innej niż pieniężna, wadium złożyć z ofertą przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, przy czym Zamawiający wymagał także, aby w takiej sytuacji wadium zostało złożone w oryginale, tj. podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wystawcę dokumentu wadialnego. Bezsporny był również fakt, że Odwołujący nie złożył aneksu nr 2 do gwarancji wadialnej w sposób, który odpowiadałby powyższym wymaganiom -

dokument przekazany Zamawiającemu nie był opatrzony podpisem elektronicznym wystawcy (osoby reprezentującej zakład ubezpieczeń), lecz zawierał jedynie odwzorowanie graficzne podpisów przedstawicieli ubezpieczyciela i jego pieczątkę oraz został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika Odwołującego.

W niniejszym stanie faktycznym kwestią sporną podlegającą ocenie Izby było ustalenie czy Zamawiający dysponując aneksem nr 2 do gwarancji ubezpieczeniowej złożonym w ww. sposób (nieopatrzonym kwalifikowanym podpisem elektronicznym gwaranta) był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Izba uznała powyższe działanie Zamawiającego, który odrzucił ofertę Odwołującego, za prawidłowe.

Zgodnie z art. 10a ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia JEDZ, sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym przekazywania dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium, co wynika również z opinii UZP, gdzie wskazano że wniesienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

Dalej, UZP podnosi, że szczególnego znaczenia nabiera obowiązek zamawiającego określony w art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający powinien w SIWZ sprecyzować w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej z uwzględnieniem poczynionych w opinii uwag. W tym miejscu warto przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Saferoad Grawil. Trybunał podkreślił w nim, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustaw i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Powyższe stanowisko Trybunału należy odnieść również do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, gdyż w istocie rezultat tych czynności jest taki sam tj. eliminuje wykonawcę z postępowania. Tym samym w celu wyeliminowania wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, zamawiający w SIWZ (stanowiącej część dokumentacji przetargowej), powinien jednoznacznie określić w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Tak też postąpił Zamawiający i sprecyzował w Dziale 8 pkt 4 SIWZ w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, gdzie wprost wskazał, że wadium w formie innej niż pieniężna wykonawca wnosi w formie elektronicznej poprzez wczytanie na Platformie zakupowej oryginału
dokumentu wadialnego tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia (wystawców dokumentu).

Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że wymóg złożenia gwarancji przetargowej zawarty w Dziale 8 pkt 4 SIWZ nie jest wiążący dla wykonawców. Postanowienia SIWZ w tym zakresie były jednoznaczne i wiążące dla podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Należało

złożyć oryginał dokumentu wadialnego, tj. opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia. Tym bardziej, że Odwołujący nie kwestionował powyższych postanowień, a do oferty załączył gwarancję przetargową podpisaną kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli wystawcy, następnie przedłożył aneks nr 1 do gwarancji, również podpisany kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli wystawcy. Natomiast aneks nr 2 został sporządzony w formie pisemnej, o czym świadczy opatrzenie go pieczęcią zakładu ubezpieczeń i własnoręcznymi podpisami przedstawicieli zakładu, a nie ich kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. Zatem, Odwołujący przedłożył elektroniczną kopię dokumentu.

Skoro więc oryginałem aneksu do gwarancji jest jego forma pisemna, w posiadaniu której Zamawiający się nie znajduje, to wątpliwym jest, aby w sytuacji w której wystąpiłyby przesłanki zaspokojenia się Zamawiającego z gwarancji wadialnej, mógł on to skutecznie uczynić. Tym bardziej, że z treści polisy nie sposób wywieść bez żadnych wątpliwości, że kserokopia polisy jest wystarczająca dla zabezpieczenia oferty, nie sposób też przesądzić czy Zamawiający dysponując dokumentem w takiej właśnie formie mógłby skutecznie dochodzić zapłaty wadium od ubezpieczyciela. Jak bowiem wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 r. II CRN 123/95 zawartych przez strony umów gwarancji nie należy poddawać wykładni elastycznej i liberalnej.

Załączony zaś przez Odwołującego do odwołania dowód w postaci oświadczenia wystawcy spornego aneksu do gwarancji wadialnej jest bez znaczenia dla rozpoznania sprawy, nie tylko ze względów wskazanych powyżej, lecz również z uwagi na fakt, że skuteczność wniesienia wadium w niniejszym stanie faktycznym powinna być oceniana na podstawie treści aneksu do gwarancji wadialnej złożonego wraz z przedłużeniem terminu składania ofert. Dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu czy wyjaśnieniu (por. m.in. wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1674/18, wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 684/18, wyrok KIO z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Z tych też powodów późniejsze oświadczenia, czy wyjaśnienia składane do aneksu do gwarancji wadialnej nie mogą mieć znaczenia, gdyż nie tworzą jego treści, ani nie są jego integralną częścią. Odwołujący nie wykazał również, że nie było możliwe uzyskanie od ubezpieczyciela dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy, tym bardziej, że złożona gwarancja przetargowa i aneks nr 1 oraz załączone do odwołania oświadczenie ubezpieczyciela zostały opatrzone kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi wystawcy gwarancji, co potwierdza, że uzyskanie od ubezpieczyciela dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy było możliwe.

Jak słusznie zauważył Zamawiający gwarancja wadialna jest dokumentem sporządzanym na potrzeby konkretnego postepowania, a żaden przepis prawa nie wprowadza obowiązkowej formy pisemnej dokumentu ubezpieczenia, zatem gwarant nie ma obowiązku sporządzenia tego dokumentu w formie pisemnej. Odwołujący będąc zleceniodawcą tego dokumentu, dochowując należytej staranności wymaganej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinien był wskazać gwarantowi, iż oczekuje dokumentu opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wystawcy zgodnie z wymogiem SIWZ, ponieważ jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2017-06-22, III CZP 27/17 Wykonawca, który zamierza uczestniczyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zapoznaje się z warunkami uczestnictwa i powinien dokładać należytej staranności na wszystkich etapach tego postępowania oraz adekwatnie reagować na kolejno ujawniające się okoliczności, które mogą stanąć na przeszkodzie uzyskaniu zamówienia. Oferent przystępując do przetargu o zamówienie publiczne, akceptuje nie tylko obowiązek wniesienia wadium (...) Odwołujący jako podmiot profesjonalny, zobowiązany był do działania z należytą starannością określaną przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 KC.), która uzasadnia zwiększone oczekiwanie co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności. Nie dochował on jednakże należytej staranności i nie złożył aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej w postaci jaka była wymagana w świetle postanowień SIWZ.

Odnosząc się zaś do twierdzeń Odwołującego, że z treści gwarancji ubezpieczeniowej wynika, że zobowiązanie gwaranta do wykonania gwarancji nie zależy od posiadania oryginału dokumentu gwarancji przez uprawnionego należy wskazać, że postanowienia w pkt 7 i 8 Działu 8 SIWZ odnoszą się do kwestii zwrotu oryginalnego dokumentu gwarancyjnego w formie elektronicznej, a nie dysponowania oryginalnym dokumentem wadialnym przez zamawiającego. Skoro dokument wystawiony w formie elektronicznej może istnieć w oryginale w wielu egzemplarzach (oryginałów tego dokumentu może być tyle, ile dysponentów informacji zawartej w dokumencie, pod warunkiem zachowania jego integralności), zamawiający ww. zapisami zabezpieczył swoje ewentualne, przyszłe roszczenia. Nie można wszak wykluczyć, że po przekazaniu zamawiającemu dokumentu w formie elektronicznej, wykonawca dokonałby jego zwrotu do gwaranta przed upływem ważności. Wówczas gdyby zamawiający wybrał takiego wykonawcę, a on odmówił zawarcia umowy, zamawiający byłby pozbawiony

zabezpieczenia i naraziłby się na szkodę. Zamawiającemu nadto nie przysługiwałoby żadne skuteczne roszczenie do gwaranta o wypłatę wadium. Reasumując, dla oceny dokonanej przez Izbę nie ma znaczenia podnoszona w odwołaniu okoliczność, że w treści gwarancji nie zastrzeżono obowiązku zwrotu dokumentu gwarancji w jakiejkolwiek formie, celem realizacji uprawnień z niej wynikających. Okoliczność ta nie przesądza, że oferta została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Odwołujący w swojej argumentacji powołał się także na § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych, wskazując, że jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia. Niemniej Izba nie podziela tezy jakoby gwarancję wadialną niepieniężną można traktować jako inny dokument składany w postępowaniu. Zresztą formułując wymogi w Dziale 8 pkt 4 SIWZ Zamawiający niewątpliwie wyłączył możliwość zastosowania ww. przepisu rozporządzenia.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, a w konsekwencji nie naruszono art 91 ust. 1 i 2 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: .....