

WYROK
z dnia 20 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 października 2015 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 października 2015 r.** przez wykonawcę **OrNet Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 11, 59-300 Lublin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59-700 Bolesławiec**

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **OrNet Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 11, 59-300 Lublin** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr**
(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **OrNet Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 11, 59-300 Lublin** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Jeleniej Górze**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Objęcie monitoringiem miejskim placu zabaw w parku miejskim przy ul. Parkowej*” - nr ZI-V.271.85.2015.DW, zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 244534 - 2015, data zamieszczenia 18.09.2015 r., przez Gminę Miejską Bolesławiec, ul. Rynek 41, 59-700 Bolesławiec zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 02.10.2015 r. (e-mailem oraz faxem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Alphatec Communications Sp. z o. o., ul. Lipowa 18, 58-500 Jelenia Góra zwana dalej: „*Alphatec Communications Sp. z o. o.*” raz o wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp OrNet Sp. z o.o., ul. Odrodzenia 11, 59-300 Lublin zwane dalej: „*OrNet Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*”.

Wskazano, że wykluczenie miało miejsce, gdyż do upływu terminu składania ofert tj. do 30.09.2014 r. godz. 10:00 nie wniósł wymaganego wadium w formie oryginału. Wykonawca do oferty przedłożył kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A536666 z dnia 29.09.2015 r. Zamawiający w Rozdz. XIII ust. 11 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „*SIWZ*” udzielił wykonawcom instrukcji, iż w przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dowodu wniesienia wadium przez wykonawcę musi zostać złożony wraz z ofertą w oddzielnej kopercie z dopiskiem - WADIUM. Z uwagi na znaczenie takiego rodzaju dokumentu jest on specjalnie zabezpieczany przez

zamawiającego oraz przechowywany odrębnie. Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiana na zlecenie wykonawcy, ale przez podmiot trzeci, jakim jest towarzystwo ubezpieczeniowe a skierowana jest do zamawiającego, jako beneficjenta. Z tych względów musi być złożona zamawiającemu w wyznaczonym terminie w formie pisemnego oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą (np. KIO 1883/14 z 23.09.2014 r.), postanowienia odnoszące się do wadium zostały odrębnie uregulowane w przepisach art. 45 i 46 Pzp. Gwarancja wadialna nie jest dokumentem wymienionym w rozporządzeniu z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te

3

dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Postanowienia § 1 ust. 1 rozporządzenia wydanego z delegacji art. 25 ust. 2 Pzp, wyraźnie wskazują, że uregulowania tego aktu mają zastosowanie wyłącznie do dokumentów przedkładanych w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Nie byłby również zamawiający uprawniony do żądania oryginału gwarancji po upływie terminu składania ofert, pod pozorem konfrontacji kopii z treścią oryginału gwarancji. Brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp. Przepis art. 45 ust. 3 Pzp nakazuje wnoszenie wadium przed upływem terminu składania ofert. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Wykonawcy z reguły starają się przeciwdziałać przypadkowi wadium, wtedy gdy zachodzą przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wystarczy, więc zwrot oryginału gwarancji do wystawcy, aby ten uznał, że jego zobowiązanie nie istnieje. W sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje ważnym i skutecznym oryginalnym oświadczeniem gwaranta - co do zapłaty wadium, realizowanie uprawnień zamawiającego - jako beneficjenta tej gwarancji mogłoby okazać się niemożliwe, niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie. Dodatkowo zamawiający wskazuje, iż z treści wymienionej gwarancji ubezpieczeniowej wynika tylko, że Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji, na podstawie wezwania zawierającego oświadczenie, że wystąpiła jedna z sytuacji określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Z takiego zapisu może wynikać, iż gwarant do wezwania zamawiającego może żądać dołączenia oryginału gwarancji ubezpieczeniowej wadium, które zamawiający nie posiada. Dodatkowo zamawiający może uznać, iż wykonawca jest posiadaczem oryginału wadium, który mógłby być zwrócony gwarantowi przez wykonawcę, w sytuacji gdyby zaistniały przesłanki zatrzymania wadium. Jeżeli więc zamawiający nie dysponuje ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta co do zapłaty kwoty wadium, to wykonanie uprawnień zamawiającego mogłoby okazać się niemożliwe i niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie. Stanowisko zamawiającego w stosunku do wykluczenia wykonawcy nr 1 potwierdza również wyrok z 15.10.2012 r., KIO 2090/12; KIO 2121/12, KIO uznała, że „Wskazanie zawarte w (...) SWIZ dotyczące wymogu przedłożenia **oryginału gwarancji jest bowiem dla wykonawców wiążące**. Z funkcji zabezpieczającej wadium wynika (art. 85 ust. 4 P.z.p.), że forma jego wniesienia musi dawać zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną)

4

wokreślonych w P.z.p. okolicznościach. Tymczasem gwaranci mają prawo w celu zrealizowania gwarancji żądania przedstawienia oryginału dokumentu gwarancji i mają prawo odmówić wypłaty na podstawie kopii, gdyż nie jest ona dowodem zobowiązania gwaranta (kopia dokumentu nie jest bowiem dokumentem prywatnym w rozumieniu art. 245 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym: dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. **Ponadto wymóg**

przedłożenia oryginału albo kopii gwarancji wadialnej jako warunku realizacji gwarancji przez gwaranta nie jest zwykle zawarty w treści gwarancji (w tym również przedstawione przez odwołującego), co oznacza, że wymaganym do wypłaty wadium jest dysponowanie oryginałem dokumentu jako dowodem zobowiązania gwaranta.

Zamawiający ma zatem prawo zażądać w SIWZ od wykonawców wnoszenia gwarancji wadialnych w oryginale, gdyż nie może on tkwić w toku postępowania w niepewności co do tego, czy będzie mógł zatrzymać wadium jedynie na podstawie kopii. Trudno wymagać też od zamawiającego, by za każdym razem zwracał się do banku albo zakładu ubezpieczeniowego z wnioskiem o złożenie przez gwaranta oświadczenia, że kopia jest wystarczającą dla realizacji gwarancji, szczególnie że takie oświadczenie może się okazać w chwili zajścia przesłanki do zatrzymania wadium niewystarczające (gwarant może próbować uchylić się od obowiązku świadczenia powołując się na abstrakcyjny charakter zobowiązania zawartego w gwarancji) i narazić zamawiającego na odmowę wypłaty kwoty zabezpieczenia. Ponadto zamawiający musi mieć pewność, że w całym okresie związania oferty, który rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert, oferta jest zabezpieczona wadium (art. 85 ust. 4 i 5, art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p.)." Tylko wniesienie oryginału dokumentu gwarancji daje taką pewność Zamawiającemu.

W dniu 07.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) OrNet Sp. z o.o. wniosło odwołanie na w/w czynność z 02.10.2015 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 06.10.2015 r. (e-mailem oraz faxem). Zarzucił naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia OrNet Sp. z o.o., jako wykonawcy, który w toku postępowania nie wniósł wadium do upływu terminu do składania ofert, albowiem wadium zostało przez wykonawcę wniesione w terminie przewidzianym do składania ofert, co zostało potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej do oferty w terminie wymaganym do złożenia ofert;
2. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującej do wyjaśnienia treści dotyczących przedłożonej przez OrNet Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej, mimo pojawiających się wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie skoro warunki zawarte w SIWZ pod tym względem pozostawały niedoprecyzowane,
3. art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej

5

konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na wykluczeniu przez Zamawiającego z postępowania przystępującego, jako wykonawcy, który nie złożył wadium w wymaganej formie, choć wadium zostało wniesione i przeto potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej. W związku z powyższym wnosił o:

1. merytoryczne rozpoznanie przez KIO niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Alphatec Communications Sp. z o.o., jako że cena wskazana w ofercie wykonawcy, przy takim samym zakresie świadczonych usług było znacznie wyższa (215.575,70 zł brutto) niż cena zaproponowana przez OrNet Sp. z o.o. (191.388,70 zł brutto)
4. nakazanie Zamawiającemu uznania oferty złożonej przez Alphatec Communications Sp. z o.o. za odrzuconą jako oferty złożonej przez Wykonawcę wykluczonego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. W trybie powyższego przepisu Pzp, Zamawiający uznał, że OrNet Sp. z o.o. nie złożyła wadium nr 998-A536666 z dnia 29 września 2015 r. w wymaganej formie, którą przewidywała treść SIWZ. Swoją argumentację Zamawiający oparł na fakcie, że Wykonawca do oferty przedłożył kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, co pozostawało w sprzeczności z wymaganiami określonymi w powyższej SIWZ. Dalej, Zamawiający uznał, że w rozdziale XIII ust. 1 została wyraźnie udzielona instrukcja, że w przypadku złożenia wadium przez wykonawcę musi zostać złożony dowód wniesienia wadium wraz z ofertą w osobnej kopercie z dopiskiem - WADIUM. Z kolei forma złożenia wadium, zdaniem Zamawiającego wynika z art. 78 kc w zw. z art. 14 Pzp, a zatem do zachowania formy pisemnej niezbędny jest własnoręczny podpis na dokumencie

obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego. Dodatkowo, należy wspomnieć, że organ oparł powyższą argumentację na przyjętej linii orzeczniczej KIO, tj. wyrokach o sygn. akt: KIO 1883/14 z 23.09.2014 r., sygn. akt: 2090/12, 2121/12 z 12.10.2012 r. jak również powołał się na treść art. 245 Kodeksu postępowania cywilnego, uznając, że przedłożony przez OrNet Sp. z o.o. dokument w postaci kopii gwarancji ubezpieczeniowej jest jedynie dokumentem prywatnym, stanowiącym dowód tego, że osoba która go podpisała złożyła oświadczenie o wskazanej treści. Odwołujący wskazał, że powyższe stanowisko Zamawiającego jest całkowicie chybione i nie może się ostać w świetle litery prawa. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przepisy Pzp (art. 45 i 46 Pzp) nie zabraniają złożenia wadium w formie kopii gwarancji ubezpieczeniowej. Treść SIWZ określała skąd-

6

diną, że istotą i warunkiem koniecznym przystąpienia do przetargu jest uiszczenie wadium w określonej przez Specyfikację wysokości oraz w terminie przewidzianym do złożenia ofert. Dodatkowo, w treści pkt XI.2.6 SIWZ zawarto stwierdzenie, że gwarancja ubezpieczeniowa ma być złożona w formie pisemnej, co nie jest równoznaczne i oczywiste z formą oryginału. Powyższe warunki zostały więc przez Zamawiającego spełnione. Ponadto, podkreślenia wymaga fakt, że również przywołane przez Zamawiającego orzecznictwo KIO nie wskazuje wprost, że gwarancja ubezpieczeniowa musi być przedłożona do oferty w oryginale. W treści powyższych wyroków owszem pojawiły się zarzuty odnośnie przedłożenia przez strony postępowania przetargowego kopii gwarancji ubezpieczeniowej, jednakże nie wyrażono stanowczego poglądu przez skład KIO, że takowa gwarancja nie potwierdza uiszczenia wadium. Co więcej, Odwołująca podnosi, że stanowisko KIO jest w tej kwestii jednoznaczne i odmienne od poglądu zaprezentowanego przez Zamawiającego. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z 05.12.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1367/08: „Załączenie kopii gwarancji ubezpieczeniowej do oferty, nie może stanowić przesłanki do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. W chwili składania oferty była ona bowiem zabezpieczona wadium, przy czym wystąpił błąd jedynie co do formy dokumentu potwierdzającego fakt jego wniesienia.” Wskazał, że fakt przedłożenia kopii nie powinien automatycznie stanowić podstawy do odrzucenia takiej oferty, albowiem nie oznacza to, że wadium nie zostało przez wykonawcę wpłacone. Jest to bowiem ewidentna podstawa to tego, aby wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień odnośnie treści przedłożonych dokumentów, w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, czego jednak Zamawiający w niniejszej sprawie nie uczynił. Dlatego też Odwołująca przychyliła się do stanowiska składu KIO w wyroku z 30.07.2014 r., sygn. akt: KIO 1466/14: „wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych jest obowiązkiem Zamawiającego. Jeżeli z dokumentów załączonych do oferty nie wynika, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu (bądź nawet wydaje się wynikać, że wykonawca warunku nie spełnia) - ustawa daje możliwość wykonawcy konwalidowania oferty”. Odnosząc się do ostatniego z postawionych zarzutów, Odwołujący przychylił się do wyrażonego w wyroku KIO z 05.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 99/09 stanowiska, zgodnie z którym: „Wprowadzenie do ustawy Prawo zamówień publicznych normy art. 24 ust. 2 pkt 2 jest wyrazem troski ustawodawcy nie tylko o słuszny interes zamawiających, a w szerszym aspekcie również interes publiczny, ale wskazuje też na potrzebę uczciwości w obrocie gospodarczym. A zatem ratio legis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy jest eliminacja z postępowania wykonawców, którzy poświadczyli nieprawdę w celu uzyskania zamówienia. Wybór oferty najkorzystniejszej winien nastąpić wyłącznie spośród wykonawców, którzy dają rzeczywistą gwarancję realizacji zamówienia z należytą starannością oraz spośród ofert odpowiadających wyrażonym w SIWZ oczekiwaniom

7

Zamawiającego.” Należy uznać, że oferta złożona przez OrNet Sp. z o.o. pod względem kryterium ceny, była dużo bardziej korzystna niż oferta Alphatec Communications Sp. z o.o., albowiem obie spółki zaproponowały świadczenie usług przez okres 80 dni, jednakże OrNet Sp. z o.o. za cenę: 191.388,70 zł brutto, natomiast Alphatec Communications Sp. z o.o. za cenę 201.599,50 zł brutto. A zatem odrzucenie oferty OrNet Sp. z o.o. tylko i wyłącznie z uwagi na niedopełnienie warunków formalnych przedłożonej gwarancji ubezpieczeniowej (czego ewidentnie prawo nie zabrania), przejawia się w rażącym naruszeniu zasady

wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Odwołującego, w ramach niniejszego postępowania, w związku z faktem, iż Alphatec Communications Sp. z o. o. zaproponowała wyższą cenę niż Odwołująca, z kolei OrNet Sp. o.o. spełniła wszelkie wymagania przewidziane w ustawie jak również w SIWZ, Zamawiający nie powinien był odrzucać oferty Odwołującej tylko na podstawie nieprzedłożenia przez nią oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, gdyż spółka, bezspornie nie dopuściła się żadnego „błędu” przy składaniu uiszczaniu wadium. Wadium zostało uiszczone w terminie przewidzianym przez Zamawiającego, a dodatkowo potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej, zatem uzasadnione stało się żądania Odwołującej wyrażone we wstępie pisma, które doprowadzi do prawidłowego, rzetelnego i sprawiedliwego rozstrzygnięcia odnośnie ofert w przedmiotowym postępowaniu przetargowym.

Zamawiający w dniu 07.10.2015 r. (e-mailem oraz faxem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 12.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Alphatec Communications Sp. z o. o. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba ustaliła, że kopia odwołania wraz z wezwaniem została przekazana przez Zamawiającego wykonawcom, w tym Alphatec Communications Sp. z o. o. - drogą faksową oraz e-mailem w dniu 07.10.2015 r. Co za tym idzie, wobec określonego w art. 185 ust. 2 Pzp - 3-dniowego terminu na zgłoszenie przystąpienia, zgłoszenie to powinno zostać doręczone Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej do dnia 09.10.2015 r. Wobec faktu, iż wykonawca Alphatec Communications Sp. z o. o. doręczył zgłoszone przystąpienie w dniu 12.10.2015 r., Izba uznała zgłoszenie przystąpienia za nieskuteczne. W ww. przepisie ustawodawca jednoznacznie wskazał, że zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego

8

kwalifikowanego certyfikatu. W odniesieniu do czynności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, podobnie jak w odniesieniu do czynności wniesienia odwołania, w Pzp brak jest przepisów umożliwiających przyjęcie, iż zgłoszenie przystąpienia nadane w placówce pocztowej operatora publicznego przed upływem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp, zostało wniesione w terminie. W konsekwencji Izba uznała, że przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Alphatec Communications Sp. z o. o. – było nieskuteczne.

W dniu 15.10.2015 r. (faxem), a 16.10.2015 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie w całości odwołania. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Wykonawcy wybranemu. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, zawartym w odwołaniu, że Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego: „który nie złożył wadium w wymaganej formie, choć wadium zostało wniesione i przeto potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej”. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą”. Wadium jest formą zabezpieczenia interesu prawnego zamawiającego, w związku z zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza (wzmocnienie obowiązku zawarcia umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza). Z funkcji zabezpieczającej wadium wynika, że forma jego wniesienia musi dawać zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną) w przypadku zaistnienia chociażby jednej z okoliczności określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Wadium zabezpiecza zatem zamawiającego przed odmową zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, przez wykonawcę, którego ofertę wybrano, niewniesienia przez tego wykonawcę

wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stanie się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy (art. 46 ust. 5 Pzp). Ponadto Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złoży dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 Pzp, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyrazi zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2

9

pkt 3 Pzp, jeżeli spowoduje to brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z funkcji zabezpieczającej wadium wynika, że forma jego wniesienia musi dawać zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium (zrealizować gwarancję wadialną ubezpieczeniową lub bankową) w okolicznościach określonych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Gwarant ma natomiast prawo w celu zrealizowania gwarancji wadialnej żądania od beneficjenta (Zamawiającego) przedstawienia oryginału dokumentu gwarancji i prawo odmowy wypłaty kwoty wadium na podstawie kopii gwarancji wadialnej, gdyż nie jest ona dowodem zobowiązania gwaranta. Ponadto wymóg przedłożenia oryginału albo kopii gwarancji wadialnej jako warunku realizacji gwarancji przez gwaranta nie jest zwykle zawarty w treści gwarancji, co oznacza, że wymaganym do wypłaty wadium jest dysponowanie oryginałem dokumentu jako dowodem zobowiązania gwaranta. Zamawiający ma zatem prawo zażądać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia od wykonawców wnoszenia gwarancji wadialnych w oryginale, gdyż nie może on tkwić w toku postępowania w niepewności co do tego, czy będzie mógł zatrzymać wadium jedynie na podstawie kopii. Taką pewność daje zamawiającemu tylko złożenie wraz z ofertą oryginału dokumentu gwarancji wadialnej. Trudno bowiem wymagać od zamawiającego, by za każdym razem zwracał się do banku albo ubezpieczyciela o złożenie przez gwaranta oświadczenia, że kopia gwarancji wadialnej jest wystarczającą dla realizacji gwarancji, szczególnie że takie oświadczenie może się okazać w chwili zajścia przesłanki do zatrzymania wadium niewystarczające (gwarant może próbować uchylić się od obowiązku świadczenia powołując się na abstrakcyjny charakter zobowiązania zawartego w gwarancji) i narazić zamawiającego na odmowę wypłaty kwoty zabezpieczenia. W pkt 2, w części „XIII. Wadium”, w SIWZ Zamawiający wskazał wykonawcom formy wadium określone w art. 45 ust. 6 Pzp:

„2. Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

2.1 pieniądzu;

2.2 poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym;

2.3 gwarancjach bankowych;

2.4 gwarancjach ubezpieczeniowych;

2.5 poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.).”

Mając na względzie to, iż forma wniesienia wadium musi dawać zamawiającemu pewność, że będzie on mógł zatrzymać wadium, w pkt 11, w części „XIII. Wadium” SIWZ Zamawiający w sposób jednoznaczny i zrozumiały poinformował wykonawców, że wymaga od nich, aby w przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dowodu wniesienia wadium był złożony wraz z ofertą w oddzielnej kopercie z dopiskiem - WADIUM.

10

Na wykonawcy, jako podmiocie ubiegającym się o udzielenie zamówienia lub składającym ofertę, działającym profesjonalnie i zobowiązanym do działania z należytą starannością ciąży obowiązek złożenia oferty oraz innych wymaganych dokumentów, zgodnie z wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zauważa, że żądanie złożenia oryginału gwarancji nie było jednocześnie wymogiem w jakimkolwiek stopniu uciążliwym dla wykonawców, który mógłby ograniczać ich udział w postępowaniu (tak też w wyroku z 12.07.2013 r., sygn. akt: KIO 1507/13). Odwołujący (wykonawca ORNET Sp. z o.o.) wraz z ofertą złożył natomiast kserokopię gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A536666 z 29.09.2015 r. wystawionej przez

UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Łodzi, ul. Gdańska 132 (Przedstawiciel UNIQA TU S.A. we Wrocławiu). Zauważył, że wadium wniesione w formie gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp, musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium wniesionego w formie tych gwarancji i poręczeń nie może być utrudnione. W sytuacji, gdy zamawiający nie dysponuje ważnym i skutecznym oryginalnym oświadczeniem gwaranta - co do zapłaty wadium, realizowanie uprawnień zamawiającego - jako beneficjenta tej gwarancji mogłoby okazać się utrudnione lub niemożliwe, niespełniające wymogu bezwarunkowej płatności na pierwsze żądanie. W wyroku z 18.10.2011 r., sygn. akt: KIO 2172/11 zwróciła uwagę, że: „*złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowiło o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego w tej formie. Zdaniem składu orzekającego, złożona kserokopia stanowi jedynie potwierdzenie przyjęcia zobowiązania przez gwaranta spełnienia świadczenia na rzecz podmiotu uprawnionego, wskazanego w treści gwarancji, nie stanowi jednak o wypełnieniu obowiązku złożenia (wniesienia) wadium zamawiającemu. Istnienie jednostronnego zobowiązania banku stwierdzone zostało na piśmie, a zatem jedynie oddanie zamawiającemu w posiadanie pisemnego zobowiązania stanowiłoby o skutecznym jego wniesieniu. Z istoty gwarancji bankowej wynika, iż jest ona wystawiana na rzecz beneficjenta, w celu zabezpieczenia jego roszczeń, a zatem dokument stwierdzający istnienie zobowiązania do wypłaty kwoty wadium powinien być w dyspozycji podmiotu uprawnionego w treści gwarancji do dochodzenia świadczenia od zobowiązanego. Złożenie kserokopii dokumentu nie stanowi dowodu wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej potwierdzonej pismem, które w takiej sytuacji nadał pozostaje w dyspozycji wykonawcy, co może utrudniać dochodzenie wypłaty świadczenia od gwaranta (np. w przypadku zwrotu dokumentu gwarantowi). Przyjęcie, jako właściwej formy wniesienia wadium – złożenie Zamawiającemu kserokopii gwarancji bankowej, pozostawiałoby niepewność co do istnienia zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą. Zamawiający musi mieć gwarancję stałości stanu zabezpieczenia oferty wadium, co wymaga dysponowania przez zamawiającego oryginałem dokumentu.*

11

Ponadto, taki sposób wniesienia wadium uniemożliwiałby dokonanie zwrotu przez zamawiającego dokumentu wykonawcy, pozostającego w jego dyspozycji. Okoliczność ta podnoszona jest jedynie w celu wykazania spójności przepisów ustawy dotyczących wadium. Skoro wadium ma pozostawać w dyspozycji zamawiającego, to zaprzeczeniem tego stanu byłoby dopuszczenie składania kopii gwarancji bankowej. Zdaniem Izby, brak podkreślenia w treści siwz, iż dokument, w którym ustanowiono wadium, należało złożyć w oryginale, nie stanowił podstawy do wywodzenia, iż zamawiający dopuścił złożenie dokumentu w kserokopii poświadczoną za zgodność z oryginałem. Zamawiający wymagał jedynie kopii dokumentu potwierdzającego dokonanie przelewu wadium, tj. wnoszonego w pieniądzu. W pozostałym zakresie wymagał wyrażnie dokumentu, co pozostaje w zgodzie z zapisami ustawy p.z.p.”.

Do zagadnienia skuteczności wadium, w sytuacji, gdy wykonawca wraz z ofertą składa kserokopię poświadczoną za zgodność z oryginałem gwarancji wadium odniósł się KIO również w wyrokach: z 23.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1883/14, z 02.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1544/11, z 15.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2090/12; KIO 2121/12 oraz z 20.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1457/11.

W wyroku z 23.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1883/14, KIO zwróciła uwagę, że: „*Wadium gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiana na zlecenie wykonawcy, ale przez podmiot trzeci, jakim jest towarzystwo ubezpieczeniowe a skierowana jest do zamawiającego, jako beneficjenta. Z tych względów musi być złożona zamawiającemu w wyznaczonym terminie w formie pisemnego oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 k.c. w związku z art. 14 ustawy P.z.p., do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego.*” oraz że „*Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadium powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p., zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3 P.z.p., albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.*”. Również w wyroku

z 02.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1544/11, KIO zwrócił uwagę, że: „(...) słusznie podniósł zamawiający, iż złożenie przez odwołującego w terminie składania ofert kopii dokumentu gwarancji bankowej uwzględniając treść przywołanej przesłanki wygaśnięcia gwarancji, nie może być uważane za skuteczne wniesienie wadium, zamawiający nie miał bowiem pewności co do tego, czy dokument gwarancji w dacie otwarcia ofert, lub w dacie późniejszej, nie został zwrócony do wystawcy, a w konsekwencji, czy złożona oferta pozostawała zabezpieczona wadium. Zatem, jeżeli zamawiający nie dysponuje oryginałem gwarancji, nie ma pewności, czy gwarancja nie wygasła w wyniku jej zwrotu.”. W wyroku

12

z 15.10.2012 r., sygn. akt: KIO 2090/12; KIO 2121/12, KIO uznała natomiast, że: „nawet jeśli wykonawca ustanowił na rzecz zamawiającego wadium, ale nie przedłożył wykonawcy dokumentu upoważniającego zamawiającego do dysponowania tym wadium, to nie można uznać, że wadium zostało wniesione. (...). Gdyby bowiem zamawiający uznał argumentację odwołującego, że wystarczająca jest kopia gwarancji wadialnej i że nie istotna jest różnica w dacie jego wniesienia zamawiającemu, skoro dla oferty ustanowiono wadium, to mogłoby się okazać, że wykonawca zwróci gwarantowi oryginał gwarancji wadialnej przed upływem jej 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 banku gwaranta o wypłatę wadium. W tej sytuacji Izba przyznaje rację zamawiającemu, że oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powinien być złożony zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, aby doszło do skutecznego wniesienia wadium.”. W postępowaniu, którego dotyczy wyrok KIO sygn. akt: 2090/12; KIO 2121/12 wykonawca wraz z ofertą złożył kopię gwarancji bankowej stanowiącej dowód wniesienia wadium, natomiast po upływie terminu składania ofert przedłożył Zamawiającemu oryginał gwarancji bankowej. W wyroku z 20.07.2011 r., sygn. akt: KIO 1457/11, KIO odnosząc się do zarzutu dotyczącej formy złożonego dokumentu wadialnego stwierdziła natomiast, że „(...) biorąc pod uwagę, że weryfikacja czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się może wyłącznie na złożonych dokumentach, należało stwierdzić, iż rzeczywiście jedyną podstawą oceny, czy oferta wybranego wykonawcy została zabezpieczona wadium jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej w oryginale (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2010 r. w sprawie o sygn. akt 1667/09). Skoro jednak Odwołujący nie wykazał, że dokument w oryginale nie został załączony do oferty, nie zaistniały okoliczności, które uzasadniałyby przyjęcie za prawidłowej tezy, iż oferta wybranego wykonawcy nie została zabezpieczona wadium i z tego powodu podlegał on wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”. Nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 Pzp „poprzez zaniechanie wezwania Odwołującej do wyjaśnienia treści dotyczących przedłożonej przez OrNet Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej, mimo pojawiających się wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie skoro warunki zawarte w SIWZ pod tym względem pozostawały niedoprecyzowane”. Po pierwsze, dokonując czynności wykluczenia OrNet Sp. z o.o. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości. Po drugie, należy zauważyć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp wymagania dotyczące wadium zostały sformułowane w części „XIII. Wadium” SIWZ, w sposób jednoznaczny, wyczerpujący i zrozumiały. W pkt 11, w części „XIII. Wadium” SIWZ Zamawiający wymagał od wykonawców, aby w przypadku złożenia

13

wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dowodu wniesienia wadium przez wykonawcę był złożony wraz z ofertą w oddzielnej kopercie z dopiskiem - WADIUM. „W przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, oryginał dowodu wniesienia wadium przez wykonawcę musi zostać złożony wraz z ofertą w oddzielnej kopercie z dopiskiem - WADIUM.”. Po trzecie, do wadium nie ma zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp. Zgodnie bowiem z art. 26 ust. 4 Pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie: warunków udziału w postępowaniu oraz przez

oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, które zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zostały określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) oraz w art. 26 ust. 2b i 2c Pzp.

Dokumenty składane wraz ofertą w celu potwierdzenia wniesienia wadium w poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych oraz 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 2007 r. Nr 42, poz. 275, z późn. zm.), nie są natomiast dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a ich treść nie podlega wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Dokumentów składanych wraz ofertą w celu potwierdzenia wniesienia wadium w formach, o których mowa w art. 45 ust. 6 pkt 2-5 Pzp nie można również uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Biorąc pod uwagę rolę wadium oraz fakt, że brak jest przepisów Pzp normujących szczegółowo treść gwarancji ubezpieczeniowej, Zamawiający był zatem uprawniony do formułowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia takich wymagań dotyczących wadium, które będą zabezpieczać interes prawny zamawiającego, w związku z zawarciem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A536666 wynika, że z chwilą wygaśnięcia odpowiedzialności Gwaranta, niniejsza gwarancja powinna być zwrócona na adres Przedstawiciela Gwaranta. Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że zwrotu oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A536666 może dokonać ten podmiot, który nim rzeczwiście dysponuje, a w okolicznościach rozpatrywanej sprawy jest nim Odwołujący, a nie Zamawiający. W przypadku, gdy oryginał gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nie jest w posiadaniu Zamawiającego, nie sposób uznać,

14

że zwrotu dokumentu może dokonać Zamawiający (beneficjent). Zauważył również, że z treści gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A536666 nie wynika, że można ją realizować nie tylko na podstawie oryginału dokumentu, ale również po okazaniu jej kserokopii. Ponadto, Zamawiający stanowczo zwraca uwagę, że Odwołujący myli się i wprowadza w błąd pisząc i wnosząc na str. 2 odwołania, że: nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania Alphatec Communications Sp. z o. o., jako że cena wskazana w ofercie wykonawcy, przy takim samym zakresie świadczonych usług było znacznie wyższa (215.575,70 zł brutto) niż cena zaproponowana przez OrNet Sp. z o.o. (191.388,70 zł brutto), ponieważ:

- Zamawiający już z chwilą wszczęcia postępowania, w treści SIWZ (rozdz. 11 ust. 2), poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie niniejszego zamówienia publicznego zamierza przeznaczyć kwotę w wysokości 215 575,70 zł brutto. Dodatkowo pismem znak ZI-V.271.85.2015.DW (ZMIANA nr 1, l.dz. 1/15) poinformował w dniu 25.09.2015 r. wykonawców publikując na swojej stronie internetowej, że szacunkowa wartość zamówienia wynosi 175 264,80 zł netto.
- cena oferty Alphatec Communications Sp. z o. o. wynosi 200 996,76 zł brutto (dowód - protokół nr 1 z otwarcia ofert - kopia), czyli jest niższa o 14 578,94 zł brutto ceny oferty firmy Alphatec Communications Sp. z o. o., jaką podał Odwołujący w odwołaniu oraz jest niższa od wysokości o 14 578,94 zł brutto wysokości środków jakie posiada zamawiający na sfinansowanie niniejszego zamówienia,

Nakazanie wykluczenia z postępowania firmy Alphatec Communications Sp. z o. o. z powodów, o których pisze Odwołujący, stoi w sprzeczności z przepisami Pzp. Żaden z przepisów art. 24 Pzp nie nakazuje wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeśli cena drugiej oferty - mającej interes w uzyskaniu zamówienia - jest wyższa od ceny oferty pierwszej - z najniższą ceną.

Co więcej Zamawiający podkreślił, że Odwołujący w odwołaniu na str. 3 pisze też, iż: „Dodatkowo, w treści pkt XI.2.6 SIWZ zawarto stwierdzenie, że gwarancja ubezpieczeniowa ma być złożona w formie pisemnej, co nie jest równoznaczne i oczywiste z formą oryginału”. Zamawiający zwraca uwagę, że ustęp XI SIWZ odnosi się do terminu związana ofertą, a pkt.

2.6 nie istnieje w tym rozdziale, Zamawiający nie zawarł w ogóle w zapisach SIWZ „...że gwarancja ubezpieczeniowa ma być złożona w formie pisemnej...”, a wręcz przeciwnie, Zamawiający stanowczo podkreślił w rozdz. XIII ust. 11, że: „W przypadku złożenia wadium w innej formie niż pieniężna, **oryginał** dowodu wniesienia wadium przez wykonawcę musi zostać złożony wraz z ofertą w oddzielnej kopercie z dopiskiem - **WADIUM.**”, a taki zapis dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej.

15

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, który został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona i nie była przedmiotem badania i oceny ofert, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szanse na uzyskanie przedmiotowego zamówienia z uwagi na złożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, przy takim samym, jak drugi z Wykonawców terminie wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba uznała zgłoszone przystąpienie po stronie Zamawiającego za nieskuteczne z uwagi na okoliczności wskazane szczegółowo – w pierwszej części uzasadnienia /części historycznej/ – tzn. upływ 3 dniowego terminu.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności treść postanowień SIWZ, oferty Odwołującego oraz kopii dokumentu gwarancji wadium ubezpieczeniowej załączonej do oferty nr 998-A536666 z 29.09.2015 r. wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Łodzi, ul. Gdańska 132 (Przedstawiciel UNIQA TU S.A. we Wrocławiu), jak i zawiadomienie z 02.10.2015 r.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Odwołującego złożone w tym ostatnim przypadku na posiedzeniu przez Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 190 ust. 7 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

16

Oдноśnie zarzutów zawartych w odwołaniu – naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp poprzez wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia OrNet Sp. z o.o., jako wykonawcy, który w toku postępowania nie wniósł wadium do upływu terminu do składania ofert, albowiem wadium zostało przez wykonawcę wniesione w terminie przewidzianym do składania ofert, co zostało potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej do oferty w terminie wymaganym do złożenia ofert – zarzut podlega oddaleniu;
2. art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującej do wyjaśnienia treści dotyczących przedłożonej przez OrNet Sp. z o.o. gwarancji ubezpieczeniowej, mimo pojawiających się wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie skoro warunki zawarte w SIWZ pod tym względem pozostawały niedoprecyzowane – zarzut podlega oddaleniu,
3. art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na wykluczeniu przez Zamawiającego z postępowania przystępującego, jako wykonawcy, który nie złożył wadium

w wymaganej formie, choć wadium zostało wniesione i przeto potwierdzone kopią gwarancji ubezpieczeniowej – zarzut podlega oddaleniu.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowych zarzutów odwołania:

Izba przywołuje stan faktyczny wskazany w odwołaniu, w tym postanowienia SIWZ oraz treść załączonej do oferty przez Odwołującego kopii dokumentu gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej nr 998-A536666 z 29.09.2015 r. wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna w Łodzi, ul. Gdańska 132 (Przedstawiciel UNIQA TU S.A. we Wrocławiu). Jednocześnie wskazując, że stan faktyczny nie było przedmiotem sporu, a przedmiotem sporu była ocena tego stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa i dopuszczalność działania Zamawiającego w kontekście obowiązujących przepisów Pzp wskazanych w zawiadomieniu z 02.10.2015 r. oraz postanowień SIWZ.

W konsekwencji Izba uznała co następuje.

Oдноśnie pierwszego zarzutu.

Izba wskazuje, że art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wniósł wadium. Ustawodawca wbrew stanowisku Odwołującego nie uzależnił podstawy wykluczenia od zaniechania uiszczenia wadium, ale od tego, czy wadium zostało wniesione do Zamawiającego do upływu terminu składania ofert. Tym samym nawet jeśli wykonawca ustanowił na rzecz Zamawiającego wadium, ale nie przedłożył wykonawcy dokumentu upoważniającego Zamawiającego do dysponowania tym wadium, to nie można uznać, że wadium zostało wniesione. **Istotą wadium jest bowiem zabezpieczenie interesów Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,**

17

tym samym przy ocenie skuteczności wniesienia wadium nie można kierować się względami słuszności, czy też jedynie koniecznością odformalizowania postępowania. Uznanie, że wystarczająca jest kopia gwarancji wadialnej i brak oryginał jest bez znaczenia, skoro dla oferty ustanowiono wadium, mogłoby się skutkować tym, że wykonawca zwróci Gwarantowi oryginał gwarancji wadialnej przed upływem jej 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. W tej sytuacji Izba uznaje, że oryginał dokumentu gwarancji wadialnej powinien być złożony Zamawiającemu przed upływem terminu składania ofert, aby doszło do skutecznego wniesienia wadium.

Dodatkowo, Izba wskazuje za wyrokiem KIO z 07.09.2010 r., sygn. akt: KIO 1788/10, który podziela, że kategorię „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów Pzp - zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go z innym pojęciem - tj. „ustanowienia” wadium. **W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez ustanowienie wadium** rozumieć należy doprowadzenie przez wykonawcę do zobowiązania się wystawcy do wypłaty beneficjentowi określonej kwoty w określonych okolicznościach w określonym okresie, czego potwierdzeniem jest list gwarancyjny (dokument gwarancji), zaś przez **wniesienie wadium** w takim przypadku należy rozumieć **złożenie dokumentu Zamawiającemu, co po pierwsze** pozwoli Zamawiającemu powziąć wiadomość, że stał się wierzycielem - beneficjentem gwarancji, co z kolei jest warunkiem *sine qua non* skorzystania z praw przysługujących wierzycielowi, **po drugie zaś, co nie mniej istotne**, pozwoli Zamawiającemu na wywiązanie się z obowiązków ustawowych, polegających na weryfikacji oferty pod kątem jej zabezpieczenia wadium w dowolnym momencie prowadzonego postępowania. W świetle powyższego, **samo tylko ustanowienie wadium**, którego uznanie możliwe **byłoby na podstawie tylko kserokopii gwarancji załączonej do oferty nie jest wystarczające do uznania**, że wadium zostało wniesione. Biorąc pod uwagę, że weryfikacja, czy oferta została zabezpieczona wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej opierać się **może wyłącznie na złożonych dokumentach**, należało stwierdzić, że jedyną podstawą oceny, czy oferta Odwołującego została zabezpieczona wadium jest dokument gwarancji ubezpieczeniowej w oryginale.

Izba ponownie podkreśla, że stoi na stanowisku, iż kopia gwarancji nie gwarantuje tego, iż wykonawca nie zwróci jej do ubezpieczyciela ze skutkiem wygaśnięcia gwarancji, a nadto w razie odmowy wypłaty przez Gwaranta nie zapewnia Zamawiającemu skutecznej możliwości dochodzenia roszczenia przed sądem. W postępowaniu cywilnym bowiem, co do zasady załącznikiem do pozwu winien być oryginał dokumentu, natomiast jeśli załączono

jego uwierzytelnioną zgodnie z odrębnymi przepisami kopię i tak na żądanie drugiej strony lub sądu winien być, pod rygorem skutków prawnych, przedłożony oryginał.

Izba także podzieliła stanowisko wynikające z wyroku KIO z 23.09.2014 r., sygn. akt: KIO 1883/14, że: „*Wadialna gwarancja ubezpieczeniowa jest wystawiana na zlecenie wykonawcy, ale przez podmiot trzeci, jakim jest towarzystwo ubezpieczeniowe a skierowana jest do zamawiającego, jako beneficjenta. Z tych względów musi być złożona zamawiającemu w wyznaczonym terminie w formie pisemnego oryginału, zastrzeżonej dla tego rodzaju dokumentu, gdyż zgodnie z art. 78 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp, do zachowania formy pisemnej czynności prawnej potrzebny jest własnoręczny podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli wystawiającego.*”.

W konsekwencji brak złożenia oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej jest równoznaczny z tym, że wadium nie zostało wniesione. Przepis art. 45 ust. 3 Pzp nakazuje wnoszenie wadium przed upływem terminu składania ofert. Niezłożenie oryginału ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej powoduje skutek niewniesienia wadium, wynikający z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3 Pzp, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą.

Nadto, w przedmiotowej sprawie z ostatniego akapitu zdania drugiego kserokopii gwarancji wadialnej nr 998-A536666 z 29.09.2015 r. załączonej do oferty wynika, że niezależnie od tego, czy niniejsza gwarancja została zwrócona zobowiązanie Gwaranta wygasa automatycznie i całkowicie, a roszczenia Beneficjenta stają się bezskuteczne z upływem tego terminu. W tym wypadku chodzi o termin ważności gwarancji wskazany w trzecim akapicie od dołu. Jednakże, z pierwszego zdania ostatniego akapitu wynika, że – z chwilą wygaśnięcia odpowiedzialności Gwaranta, niniejsza gwarancja powinna być zwrócona na adres ww. Przedstawiciela Gwaranta. W konsekwencji konfrontując pierwsze i drugie zdanie ostatniego akapitu, w ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy do uznania, że istnieje niebezpieczeństwo – że Wykonawca jako posiadacz oryginału wadium (Zamawiający miał jedynie kopie), może go zwrócić Gwarantowi, w sytuacji gdyby zaistniały przesłanki zatrzymania wadium. Wynika z nich bowiem, że zwrot gwarancji może nastąpić w innym terminie niż po upływie terminu ważności gwarancji, skoro po jego upływie i tak taka gwarancja wygasa automatycznie, a zwrot nie jest konieczny.

Należy dodatkowo wskazać, że mimo, iż gwarancja wadialna nie jest elementem oferty i brak jest możliwości zastosowania art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, to niewątpliwie postanowienia SIWZ były jednoznaczne, a tezy przeciwne w tym zakresie przedstawione na rozprawie przez Odwołującego oraz w jego piśmie procesowym są nieuprawnione i należy je uznawać jako przejaw przyjętej strategii procesowej. Zamawiający wskazał w jakiej formie

wniesienia wadium jest dopuszczalne – Rozdz. XIII ust. 2 SIWZ. Zamawiający niewątpliwie udzieli także wykonawcom dokładnych instrukcji w odniesieniu do złożenia wadium w innej formie niż pieniężnej - wymagając dołączenia do oferty oryginału w osobnej kopercie z dopiskiem – WADIUM (Rozdz. XIII ust. 11 SIWZ). Z uwagi na znaczenie takiego rodzaju dokumentów, z reguły są one specjalnie zabezpieczane przez Zamawiających oraz przechowywane odrębnie i wyłącznie z tych względów wymagana jest także kopia gwarancji, traktowanej jako dokument roboczy. Zamawiający w odniesieniu do każdej oferty ma obowiązek sprawdzić - czy wadium zostało mu przekazane w wymaganej kwocie, formie oraz treści dokumentu i w wyznaczonym terminie. Tezy Odwołującego z rozprawy, które zmierzały do podważania specjalnego charakteru takiego dokumentu abstrahują od punktu odniesienia i od faktycznej i realnej roli jaką pełni instytucja wadium w postępowaniu. Musi bowiem skutecznie zabezpieczać ofertę Wykonawcy i umożliwiać wyegzekwowania środków finansowych w wypadku zaistnienia ustawowych przesłanek dla jego zatrzymania. Odwołujący nawet nie próbował wyjaśnić dlaczego, przy tak czytelnym postanowieniu SIWZ, uznał, że nie musi się do nich zastosować.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.
Odnosnie drugiego zarzutu.

Izba wskazuje, iż tezy Odwołującego z rozprawy są błędne i abstrahują od

powszechnie obowiązujących przepisów oraz ugruntowanego stanowiska orzecznictwa tak KIO, jak i sądów powszechnych. Przykładowo wyrok KIO z 23.05.2014 r., sygn. akt: KIO 634/14, sygn. akt: KIO 638/14 (str. 120-122 uzasadnienia), czy też wyrok SO w Łodzi z 24.10.2014 r., sygn. akt: XIII Ga 573/14 będący wynikiem skargi na przywołane orzeczenie. Postanowienia odnoszące się do wadium zostały odrębnie uregulowane w przepisach art. 45 i 46 Pzp. Gwarancja wadium nie jest dokumentem wymienionym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231). Postanowienia § 1 ust. 1 rozporządzenia wydanego z delegacji art. 25 ust. 2 Pzp wyraźnie wskazują, że uregulowania tego aktu mają zastosowanie wyłącznie do dokumentów przedkładanych w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Nie byłby również Zamawiający uprawniony do żądania oryginału gwarancji po upływie terminu składania ofert, pod pozorem konfrontacji kopii, której zresztą nie posiadał - z treścią oryginału gwarancji.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

20

Odnosnie trzeciego zarzutu.

W zakresie trzeciego zarzutu, z uwagi na oddalenie dwóch pierwszych kluczowych zarzutów, Izba oddaliła także zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w zw. art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 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).

Przewodniczący :

.....

21