

WYROK
z dnia 11 października 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 października 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2023 r. przez: **L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy "AKCENT" L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Miejską Kraków - Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, ul. Ułanów 9a**

przy udziale wykonawcy **A. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: O.PL A. O. z siedzibą w Ochojnie, ul. Gołębia 8** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2875/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy „Akcent” L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty L. K.,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kraków - Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, ul. Ułanów 9a i**
 - 2.1. Zalicza na poczet postępowania kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy "AKCENT" L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3 tytułem zwrotu wpisu od odwołania,**
 - 2.2. Zasądza od Gminy Miejskiej Kraków - Miejskie Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie, ul. Ułanów 9a rzecz L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy "AKCENT" L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3 kwotę 18 793 zł. 15 gr (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote piętnaście groszy) tytułem zwrotu wpisu, wydatków pełnomocnika i kosztów dojazdu.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2875/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Kompleksowa obsługa w zakresie bezpieczeństwa i higieny pracy w roku 2024 samorządowych jednostek oświatowych, których organem prowadzącym jest Gmina Miejska Kraków” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.07.2023 r., numer ogłoszenia 2023/S 145-463877.

W dniu 22 września 2023 r. zamawiający poinformował o wyniku postępowania i o odrzuceniu oferty wykonawcy L. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy "AKCENT" L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3.

W dniu 2 października 2023 r. wykonawca L. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Małopolski Ośrodek Szkoleniowy "AKCENT" L. K. z siedzibą w Bobowej, ul. Rynek 3 osobiście wyniósł odwołanie. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 zw. z art. 97 ust. 10 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż Odwołujący wniósł prawidłowo wadium w niniejszym postępowaniu,
- 2) art. 239 ust. 1 ustawy - przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy O.PL A. O., pomimo iż oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona i to oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w petitum przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie doznał uszczerbku, gdyż w przypadku prawidłowego działania zamawiającego i potwierdzenia się zarzutów odwołania, oferta złożona przez odwołującego mogłaby zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia w zakresie doznał uszczerbku w wyniku naruszającej przepisy decyzji zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i następnie wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy O.PL A. O.

Potwierdzenie zarzutów odwołania prowadzi do sytuacji, w której oferta odwołującego podlegałaby ona więc wyborowi jako oferta najkorzystniejsza z uwzględnieniem określonych w SWZ kryteriów oceny. Ma ona najniższą cenę spośród wszystkich złożonych ofert, co pozwalałoby jej uzyskać najwyższą ocenę w kryterium ceny. Z kolei przedstawione w niej doświadczenie osób wykonujących zadania służby BHP powinno pozwolić na uzyskanie najwyższej oceny także w kryterium pozacenowym, odnoszącym się do doświadczenia tych osób. Ze względu na zaskarżone odwołaniem naruszenia odwołujący może stracić szanse na uzyskanie zamówienia.

Dodatkowo przy przyjętym w ustawie trybie badania i oceny oferty (por. art. 126 ust. 1 ustawy) odwołujący co do zasady w każdym etapie ma interes w udzieleniu zamówienia, mając szansę na wybór swojej oferty.

W dniu 22.09.2023 r. zamawiający przesłał do odwołującego drogą elektroniczną pismo zawiadamiające o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Dowód:

- zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 22.09.2023 r. (w aktach postępowania)

Czynności te zostały jednak podjęte z naruszeniem przepisów ustawy, które może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W takich okolicznościach konieczne stało się złożenie niniejszego odwołania.

W decyzji z dnia 22.09.2023 r. zamawiający odrzucił ofertę odwołującego powołując jako podstawę odrzucenia art. 224 ust. 1 pkt 14 ustawy. Według stanowiska zamawiającego powyższe ma wynikać z tego, że przedstawiona wraz z ofertą przez odwołującego wadialna gwarancja bankowa Nr 001/23/86/G z dnia 10.08.2023 r. (dalej zwana: gwarancją), wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Grybowie, Oddział w Bobowej, zawierać ma postanowienie, które w ocenie zamawiającego grozi utratą uprawnień z gwarancji przed zaistnieniem okoliczności określonych w art. 98 ust. 1 lub 2 ustawy.

Powyższe zarzuty zamawiający odnosi do zastrzeżenia na końcu § 3 ust. 5 gwarancji:

„Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy wysokość świadczeń z gwarancji zrealizowanych przez Gwaranta osiągnie kwotę gwarancji lub gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie Gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji.”

Dowód:

- wadialna gwarancja bankowa nr 001/23/86/G (w aktach postępowania)

To zastrzeżenie ma zdaniem zamawiającego naruszać także wymagania pkt X.9 SWZ

Stanowisko przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego stanowi naruszenie przepisów ustawy, ze względów, które odwołujący przedstawił poniżej:

a) W pierwszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, iż przedstawione przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego stanowisko wskazuje, że „między innymi” sytuacja zwrotu Gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji (wskazana na końcu § 3 ust. 5 gwarancji) może doprowadzić do wygaśnięcia gwarancji. Jednak przyczyną odrzucenia oferty nie są inne przewidziane w § 3 ust. 5 gwarancji sytuacje. To oznacza, że w pozostałym zakresie treści gwarancji, w tym pozostała część § 3 ust. 5, nie budzi wątpliwości zamawiającego i jest bezspornie prawidłowa.

b) Zgodnie z przepisami Prawa bankowego (art. 81, art. 181) uznaje się, że złożenie gwarancji bankowej wystawionej przez gwaranta na rzecz jej beneficjenta powoduje powstanie umowy gwarancji bankowej. Umowa ta tworzy więc zobowiązaniową, która łączy dwa podmioty - gwaranta i beneficjenta.

Stanowisko to jest jednolicie reprezentowane przed doktryną: „Podstawą udzielenia gwarancji bankowej jest zlecenie klienta banku, jednak zobowiązanie banku nie jest zobowiązaniem w stosunku do tegoż klienta (dającego zlecenie) (art. 80 pr. bank.). Na skutek udzielenia gwarancji powstaje natomiast stosunek prawny pomiędzy bankiem-gwarantem a beneficjentem gwarancji.” (por. M. Bieniak [w:] Prawo bankowe. Komentarz, red. A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, Warszawa 2022, art. 81.).

Oznacza to, że zleceniodawca gwarancji nie jest stroną umowy gwarancji. Jest on jedynie inicjatorem jej wystawienia. Wystawienie gwarancji następuje na podstawie odrębnej umowy, zawieranej przez zleceniodawcę i gwaranta.

Obie umowy (zlecenie wystawienia gwarancji, umowa gwarancji bankowej) mają odrębne byty, odrębny charakter. Nie są

one powiązane w taki sposób, aby treść stosunku zlecenia lub jego ważność stanowiła warunek wypłaty z gwarancji. Dlatego spełnienie świadczenia z gwarancji bankowej przez gwaranta na rzecz beneficjenta nie jest zależne od żadnych okoliczności związanych ze stosunkiem zlecenia. Podobnie, jak nie jest to zależne od okoliczności związanych ze stosunkiem podstawowym, czyli relacją między beneficjentem gwarancji a jej zleceniodawcą. To powoduje, że gwarancja ma charakter abstrakcyjny - jej realizacja jest oderwana od kwestii, które mogłyby wystąpić w stosunkach prawnych wykonawca-gwarant lub wykonawca- zamawiający.

Przenosząc to na okoliczności tej sprawy oznacza to, że po złożeniu zamawiającemu gwarancji bankowej zaistniała umowa gwarancji bankowej pomiędzy zamawiającym, a bankiem. Stroną tej umowy nie jest odwołujący. Wymienienie danych odwołującego w gwarancji nastąpiło jedynie w celu identyfikacji odwołującego, jako wykonawcy, którego wadium jest wnoszone przez ustanowienie tej gwarancji.

Treść gwarancji nie przyznaje odwołującemu żadnego uprawnienia. Określona w gwarancji procedura wypłaty pomija w ogóle odwołującego, którego ewentualne działania czy zaniechania pozostają bez wpływu na uprawnienia beneficjenta przyznane przez gwaranta.

Potwierdzeniem powyższego jest stanowisko orzecznictwa Izby:

„Umowa gwarancji ubezpieczeniowej, zawierana przez wykonawcę, tworzy stosunek prawny, w którym stroną zobowiązaną do świadczenia jest gwarant (zakład ubezpieczeń), a podmiotem uprawnionym - beneficjent, czyli zamawiający. Należy stwierdzić, że jedynie podmiot uprawniony ze stosunku gwarancji może swoim uprawnieniem dysponować, zatem tylko zwrot gwarancji dokonany przez beneficjenta gwarancji (zamawiającego) może prowadzić do jej wygaśnięcia przed upływem okresu ważności, natomiast zwrot oryginału dokumentu przez wykonawcę (zleceniodawcę) pozostaje bez wpływu na byt stosunku prawnego nawiązanego w wyniku zawarcia umowy.

Nie wydaje się odwołującemu możliwe, aby zakład ubezpieczeń mógł skutecznie uchylić się od spełnienia świadczenia w przypadku zajścia zdarzenia objętego gwarancją, podnosząc zarzut jej wygaśnięcia na skutek zwrotu oryginału dokumentu przez wykonawcę. Odwołujący podkreślił bowiem, że gwarancja jest nieodwołalna, co wynika wprost z jej treści, zatem zachowanie się wykonawcy (zwrot gwarancji), nie może rodzić skutków prawnych. Powyższe potwierdza przedstawione przez odwołującego na rozprawie pismo członków zarządu gwaranta, w którym stwierdza się, że zwrot gwarancji przed upływem okresu jej ważności (pkt 6.1.), a tym samym jej wygaśnięcie przed upływem terminu ważności, jest skuteczny jedynie w przypadku zwrotu przez podmiot uprawniony a więc beneficjenta gwarancji.” (por. wyrok KIO z dnia 06.04.2011 r., KIO 628/11).

Powyższe oznacza, że z chwilą wystawienia gwarancji i przekazania jej zamawiającemu stosownie do wymogu art. 97 ust. 10 ustawy, jakiejkolwiek działania lub zaniechania odwołującego pozostają bez wpływu na treść gwarancji, jak i wynikające z niej zobowiązania gwaranta.

Nie może więc wystąpić sytuacja, z której zamawiający wywodzi o nieprawidłowym wniesieniu wadium przez odwołującego. Nie ma żadnego ryzyka tego, aby przez jakieś swoje czynności i zaniechania odwołujący mógł ubezskutecznić wypłatę na rzecz zamawiającego kwoty gwarancji, gdyby zaszła któraś z przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie .

Identycznie jak w przywołanej powyżej sprawie KIO 628/11, także w niniejszej sprawie gwarant potwierdza, że skutecznie zwrócić oryginał gwarancji i tym samym wywołać skutek wygaśnięcia gwarancji może wyłącznie zamawiający, jako beneficjent gwarancji.

Dowód:

- pismo Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r.

c)Ze względu na art. 97 ust. 10 ustawy wyłącznie dokument będący w dyspozycji zamawiającego ma charakter oryginału. Jego przekazanie następuje za pośrednictwem wykonawcy, ale wyłącznie dokumentowi znajdującemu się u zamawiającego ustawa przypisuje walor oryginału. Podobnie opisał to sam zamawiający w pkt X.5 SWZ.

Po przekazaniu gwarancji do zamawiającego należy uznać, że to on jest dysponentem oryginału gwarancji. W związku z tym także tylko zamawiający mógłby dokonać zwrotu gwarancji w taki sposób, aby doprowadzić do wygaśnięcia gwarancji w świetle § 3 ust. 5.

Potwierdza to dodatkowo stanowisko gwaranta - Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r.. Gwarant wskazuje, że w świetle treści art. 97 ust. 10 ustawy, tylko zamawiający może zwrócić oryginał gwarancji. Koreluje to z postanowieniami art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy, które wyraźnie przypisują zamawiającemu obowiązek dokonywania zwrotu wadium.

To oznacza, że zakończenie stosunku gwarancji przed upływem terminu jej ważności może nastąpić wyłącznie na podstawie czynności samego zamawiającego.

Dowód:

-pismo Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r.

-wydruk opinii „Czy wadium w formie gwarancji może zawierać zapis, że gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie,

gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji?", LEX QA 1730053

Pismo Banku z dnia 27.09.2023 r. dodatkowo potwierdza ważność i skuteczność gwarancji, jako wadium w przedmiotowym postępowaniu i stanowczą wolę dotrzymania przez Bank zobowiązań z tej gwarancji.

Powyższe jest dodatkowym potwierdzeniem, że treść gwarancji jest prawidłowa i daje zamawiającemu wymagane zabezpieczenie wypłaty kwoty wadium w razie ewentualnego zajścia podstaw do jego zatrzymania przewidzianych w przepisach.

d) Zamawiający podnosi, że w jego ocenie § 3 ust. 5 gwarancji miałby być sprzeczny z treścią pkt X.9 SWZ, o treści:

„Zamawiający nie dopuszcza postanowień określających, że zwrot, przez podmiot inny niż Zamawiający, dokumentu ustanawiającego wadium w formie gwarancji/poręczenia, powoduje wygaśnięcie tego wadium, w sytuacji, gdy Zamawiający nie dokonał zwrotu wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie.”

Jak zostało wskazane powyżej, gwarancja tworzy stosunek prawny wyłącznie pomiędzy gwarantem, a zamawiającym, który jest wyłącznym dysponentem roszczeń z tytułu gwarancji. Aby naruszyć wymóg pkt X.9 SWZ treść gwarancji musiałaby wskazywać jakiś inny niż zamawiający podmiot, któremu zostałyby udzielone pozytywne uprawnienie do dokonania zwrotu takiego dokumentu i wywołania skutku wygaśnięcia gwarancji.

Tymczasem treść § 3 ust. 5 gwarancji nie wskazuje żadnego innego podmiotu, jaki mógłby być rzekomo upoważniony do dokonania zwrotu tego dokumentu i wywołania skutku wygaśnięcia gwarancji. Gwarancja w szczególności nie wskazuje tu ani na odwołującego, ani na jakikolwiek podmiot trzeci.

Stanowisko zamawiającego w tym względzie bazuje na nieuzasadnionej interpretacji postanowień gwarancji, dokonanej contra legem. Zamawiający przypisuje ww. postanowieniu gwarancji wykreowanie uprawnienia odwołującemu, pomimo iż gwarancja takiego uprawnienia nie kreuje, a odwołującego w tym kontekście nawet nie przywołuje.

Powyższe pokazuje, że nie ma więc mowy o naruszeniu przez gwarancję postanowień pkt X.9 SWZ.

e) Jak wynika z przedstawionych powyżej, nie są zasadne zastrzeżenia zamawiającego do treści gwarancji. Nie ma w jej przypadku żadnej niezgodności z postanowieniem pkt X.9 SWZ, ani też z przepisami ustawy.

Nie ma też po stronie zamawiającego żadnego ryzyka, że mógłby on nie uzyskać wypłaty z gwarancji w razie spełnienia przesłanek wypłaty odpowiadających przesłankom określonym w art. 98 ust. 6 ustawy, w okresie ważności gwarancji.

Dodatkowym potwierdzeniem skuteczności gwarancji jest pismo banku z dnia 27.09.2023 r. oraz powołana w nim opinia prawna.

Uprawnienia z gwarancji bankowej, tak jak każde zobowiązanie, podlega wykonaniu zgodnie z jego treścią, a także w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu, zasadom współżycia społecznego i ustalonym zwyczajom (art. 354 § 1 k.c.). Wykładnia postanowień gwarancji powinna być dokonywana z uwzględnieniem dyrektyw wykładni określonych w art. 65 k.c. Okoliczności sporządzenia gwarancji nie budzą wątpliwości, że została ona sformułowana przez Bank ze świadomością tego, że ma ona zapewnić wniesienie przez odwołującego wadium przetargowego.

Jest więc jasne, że celem udzielenia gwarancji było udzielenie jej w formie i treści spełniającej wymagania ustawy tak, aby oferta odwołującego była skutecznie zabezpieczona wadium przez cały wymagany w postępowaniu okres.

Oceniając treść gwarancji zamawiający bezpodstawnie dokonuje wykładni nie uwzględniającej nie tylko treści, ale nawet okoliczności, w jakich oświadczenie Banku zostało złożone i celu, któremu miało ono niewątpliwie służyć.

Podsumowując odwołujący uznał, że gwarancja jest zgodna z przepisami ustawy i postanowieniami SWZ. Zapewnia ona zamawiającemu wypłatę przez gwaranta odpowiedniej sumy pieniężnej, jeśli tylko w toku postępowania zaszłyby któraś z podstaw zatrzymania wadium odwołującego.

f) Odwołujący podniósł z ostrożności, że bezpodstawnie odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy wynika także z istotnej okoliczności faktycznej - nie jest bowiem obiektywnie możliwy zwrot dokumentu przekazanego w postaci elektronicznej.

Sposób funkcjonowania środków komunikacji elektronicznej wykorzystywanych do przekazania dokumentu gwarancji (art. 97 ust. 10 ustawy) powoduje, że przekazywany adresatowi plik elektroniczny zawierający treść gwarancji i odpowiednio zakodowane w nim dane nt. podpisów pozostaje ponadto na urządzeniu nadawcy lub na będących w jego dyspozycji urządzeniach pośredniczących (np. serwery dostawcy usług pocztowych, serwery dostawcy platformy zakupowej - w tym przypadku Urzędu Zamówień Publicznych).

Jest to fundamentalna różnica w stosunku do dokumentów wystawianych w postaci papierowej, w której policzalne są fizyczne egzemplarze danego dokumentu. Przekazanie przez nadawcę egzemplarza fizycznego egzemplarza dokumentu adresatowi oznacza, że nadawca nie dysponuje już tym egzemplarzem.

W przypadku dokumentu w postaci elektronicznej pojęcie „zwrotu” jest tak nieadekwatne, że należy uznać, że nie wpływa ono w ogóle na treść zobowiązania gwaranta do zapłaty z gwarancji wystawionej w formie elektronicznej. Należy w zasadzie powiedzieć, że nie ma czegoś takiego, jak zwrot dokumentu gwarancji w formie elektronicznej. To powoduje,

że przesłanie gwarantowi pliku z gwarancją, przypadkowe, czy nawet celowe, nie oznacza zwrotu tej gwarancji. A to powoduje, że nie ma ono żadnego wpływu na jej ważność i skuteczność.

g) Z daleko posuniętej ostrożności procesowej odwołujący podniósł, że jeśli Izba stwierdzi, że kwestionowane przez zamawiającego zastrzeżenie dokonane na końcu § 3 ust. 5 gwarancji:

„lub gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie Gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji” narusza art. 98 ust. 1, 2 lub 5 ustawy, lub też prowadzi do obejścia tego przepisu, to konieczne jest rozważenie konsekwencji tego stwierdzenia.

Art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy muszą być uznane za przepisy bezwzględnie obowiązujące. Ich treść nie przewiduje żadnych możliwości ograniczenia uprawnienia i jednocześnie obowiązku zamawiającego w zakresie składania oświadczenia o zwolnieniu wadium np. w drodze czynności prawnej.

Udzielenie gwarancji bankowej stanowi czynność prawną w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego. Kwestionowane zastrzeżenie w treści tej gwarancji jest elementem tej czynności prawnej.

Skoro tak, to w takiej hipotetycznej sytuacji należałoby uznać, że ww. zastrzeżenie, jako naruszające przepis ustawy lub mające na celu obejście tego przepisu ustawy np. jeśli w ocenie Izby miałyby ono pozwalać na wygaszenie gwarancji bez wymaganego oświadczenia zamawiającego o zwolnieniu wadium (art. 98 ust. 5).

Nieważność ww. zastrzeżenia ma zgodnie z art. 58 § 1 k.c. oznacza, że nie wywołuje ono żadnych skutków prawnych między stronami umowy gwarancji tj. między zamawiającym a Gwarantem. W jego miejsce znajduje zastosowanie przepis art. 98 ust. 5 ustawy, co powoduje, że bez wątpienia to zamawiający byłby wyłącznie uprawnionym do złożenia oświadczenia o zwolnieniu wadium.

Kwestionowane zastrzeżenie w § 3 ust. 5 gwarancji ma charakter postanowienia dodatkowego, nie dotyczącego zasadniczego celu wystawienia gwarancji. Nie wpływa ono ani na cel udzielenia gwarancji, ani na jej zakres co do kwoty czy terminu ważności gwarancji. Nie wpływa ono także na zakres stanów faktycznych, które po stronie zamawiającego rodzić będą uprawnienie do żądania zapłaty (przesłanki zatrzymania wadium).

Także z pisma Banku z dnia 27.09.2023 r. wynika stanowcza wola udzielenia gwarancji prawidłowej, skutecznej, spełniającej wymagania ustawowe stawiane tego rodzaju dokumentom.

Te okoliczności wskazują na to, że gwarancja ta byłaby udzielona także bez dokonania tego kwestionowanego zastrzeżenia. Zgodnie z art. 58 § 3 k.c. oznacza to, że ewentualna nieważność rozciąga się wyłącznie na to zastrzeżenie. W pozostałym zakresie gwarancja pozostaje w mocy, wypełniając prawidłowo funkcję wadium zabezpieczającego ofertę odwołującego. Treść gwarancji z pominięciem kwestionowanego zastrzeżenia w treści § 3 ust. 5 nie budzi żadnych wątpliwości.

Dlatego nawet w takiej hipotetycznej sytuacji decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego byłaby dokonana z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy.

Odwołujący przy tym wyjaśnił, że argumenty przedstawione w lit. g) uzasadnienia są sformułowane wyłącznie z daleko idącej ostrożności procesowej. Odwołujący podtrzymał, że w jego ocenie gwarancja jest czynnością prawidłową, zgodną z ustawą i skuteczną, jak przedstawia to w lit a) - f) powyżej.

g) Rozpatrując wszystkie powyższe zagadnienia należy uznać, że złożona przez odwołującego gwarancja bankowa jest dokumentem prawidłowym, zgodnym z wymaganiami ustawy i stanowi ona skutecznie wniesione wadium przetargowe. Wadium to zabezpiecza zamawiającego w każdej sytuacji, w której stosownie do przepisów ustawy mogłaby hipotetycznie zająć podstawa zatrzymania wadium odwołującego.

W tych względów decyzja zamawiającego stanowi naruszenie przepisów ustawy. Ma ono istotny wpływ na wynik postępowania.

2) Zarzut nr 2

Konsekwencją naruszeń ustawy opisanych w pkt 1 powyżej jest także to, że dokonując wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy O.PL A. O. Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy.

Z uwzględnieniem kryteriów oceny ofert ujętych w SWZ, a także złożonych w postępowaniu ofert, oferta odwołującego powinna uzyskać najwyższą ocenę. Z tego powodu wybór oferty najkorzystniejszej dokonany w dniu 22.09.2023 r. ze względu na bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego także narusza przepisy ustawy.

W dniu 2 października 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 5 października 2023 r. A. O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: O.PL A. O. z siedzibą w Ochojnie, ul. Gołębia 8 zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego

Wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości;

2) zasądzenie od odwołującego na rzecz przystępującego kosztów postępowania,

Przystępujący wskazał, że posiada interes w rozstrzygnięciu postępowania przystąpieniu po stronie zamawiającego, albowiem oddalenie odwołania odwołującego skutkuje uzyskaniem zamówienia przez przystępującego, jako że jego

oferta została uznana za najkorzystniejszą. Interes przystępującego jest pojęciem znacznie szerszym niż interes do wniesienia odwołania. Co prawda skutkiem przystąpienia nie musi być uzyskanie zamówienia publicznego, może to być natomiast jakikolwiek interes, również faktyczny, który będzie potencjalnie zrealizowany przez rozstrzygnięcie odwołania na korzyść strony, do której zgłoszono przystąpienie (wyr. KIO z 17.4.2019 r., KIO 569/19, Legalis), tym niemniej w okolicznościach tej sprawy oferta przystępującego - po odrzuceniu oferty odwołującego - została uznana za najkorzystniejszą, zaś zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Przystępujący posiada interes w przystąpieniu do postępowania po stronie zamawiającego oraz wnosi o oddalenie odwołania odwołującego.

Przystępujący przekazał kopię zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej.

W dniu 9 października 2023 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W opinii zamawiającego zarzuty wskazane przez odwołującego są bezzasadne, z uwagi, że zamawiający prawidłowo dokonał odrzucenia oferty odwołującego, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Celem wadium jest zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą w taki sposób, aby zamawiający był uprawniony, na podstawie posiadanego dokumentu, do żądania od gwaranta zapłaty kwoty z niego wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę do skorzystania z tego zabezpieczenia, ponadto treści gwarancji nie można domniemywać. Termin ważności gwarancji powinien obejmować termin związania ofertą i w tym okresie powinno istnieć zobowiązanie gwaranta, „Jeżeli więc z treści gwarancji wynika na przykład, że wymagana kwota zostanie wypłacona pod jakimkolwiek warunkami bądź też gwarancja dopuszcza możliwość skrócenia odpowiedzialności gwaranta przed upływem terminu, w jakim obowiązuje itp., przyjąć należy, że tak wniesione wadium nie spełnia swej roli, jaką jest ochrona zamawiającego przed niesolidnym wykonawcą (tak KIO w wyroku z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt: KIO 1988/13).” Wyrok KIO z 27.08.2013 r., KIO 1988/13, LEX nr 1408922.

W art. 98 ustawy zostały wskazane okoliczności, których zaistnienie bezwarunkowo obliuguje zamawiającego do niezwłocznego zwrotu wadium.

Wszelkie zapisy w dokumencie wadialnym, które powodują, że zobowiązanie gwaranta wygasa przed zaistnieniem ww. okoliczności jest niezgodne z ustawą, a tym samym niedopuszczalne i stanowi o tym, że wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. Z uwagi na powyższe zamawiający zastrzegł m.in. bezpośrednio w SWZ (rozdz. X.9 SWZ), że „nie dopuszcza postanowień określających, że zwrot, przez podmiot inny niż zamawiający, dokumentu ustanawiającego wadium wnoszonego w formie gwarancji/poręczenia, powoduje wygaśnięcie tego wadium, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał zwrotu wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie.”

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej Banku Spółdzielczego w Grybowie, w postaci dokumentu elektronicznego (Gwarancja bankowa wadialna Nr 001/23/86/G z 10.08.2023 r). Zgodnie z § 3 ust. 5 tej gwarancji, „gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie między innymi (...) w sytuacji, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie Gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji”. Taki zapis jednoznacznie stanowi, że zwrot oryginału gwarancji gwarantowi powoduje automatyczne wygaśnięcie gwarancji, a brak sprecyzowania, jaki podmiot jest uprawniony do takiego zwrotu wskazuje, że zwrot może być dokonany przez jakikolwiek podmiot, który dysponuje oryginałem gwarancji, w tym odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że w przeciwieństwie do dokumentu w postaci papierowej, podpisany elektronicznie dokument może być dowolnie „powielany” tworząc kolejne egzemplarze stanowiące de facto oryginały tego dokumentu (tak np. STANOWISKO Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT] w zakresie uznania za ważną oferty stworzonej złożonej w postaci skanu papierowego formularza oferty do pliku podpisanego następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym

https://www.piiit.org.pl/data/assets/pdf/file/0021/11379/Stanowisko_UZP_skan_oferty_22.02.2019.pdf (dostęp 3.10.2023 r.)

W konsekwencji wykonawca przekazując oryginał dokumentu w postaci elektronicznej Zamawiającemu zachowuje oryginał tego dokument. Przykładowo wysyłając dokument elektroniczny jako załącznik do maila ten dokument dalej pozostaje na dysku wysyłającego, w poczcie wysyłającej oraz jest pocztą odbiorcy - istnieją przynajmniej trzy identyczne egzemplarze, które stanowią oryginały. Podobnie działa komunikacja w portalu e- Zamówienia, za pomocą, którego składano oferty w przedmiotowym postępowaniu, dokument wysyłany nie jest pobierany definitywnie z dysku wysyłającego, pojawi się w systemie, a potem po pobraniu przez odbiorcę, na jego dysku - istnieją przynajmniej trzy identyczne egzemplarze, które stanowią oryginały, i które przy weryfikacji podpisu nie wykażą, że są to kopie, czy też pliki, w których dokonano jakichkolwiek zmian.

Zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej, „Biorąc pod uwagę treść postanowienia ujętego w punkcie 7 gwarancji ubezpieczeniowej o treści: "7. Niniejsza Gwarancja wygasa również w przypadku zwrotu oryginału niniejszej Gwarancji do Gwaranta" zamawiający zauważył, że jako jedną z okoliczności skutkujących wygaśnięciem gwarancji przed upływem terminu jej ważności wskazano zwrot oryginału dokumentu gwarancji i jest to zdarzenie niezależne od

przesłanek wypłaty z tytułu gwarancji określonych w pkt 5 gwarancji, które rzeczywiście nie wskazują na wymóg przedstawienia gwarantowi przy żądaniu zapłaty, oryginału dokumentu gwarancji. Zatem 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. Należy przy tym podzielić pogląd, że z treści dokumentu nie sposób wywodzić, że zwrotu dokumentu może dokonać wyłącznie beneficjent; uzasadnione jest zatem twierdzenie, że zwrotu oryginału gwarancji może dokonać ten podmiot, który nim rzeczywiście dysponuje, a w okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie jest nim zamawiający. Wyrok KIO z 2.08.2011 r., KIO 1544/11, LEX nr 950465. W konsekwencji należy uznać, że taki zapis w gwarancji powoduje brak pewności u zamawiającego czy złożona oferta jest zabezpieczona wadium.

Krajowa Izba Odwoławcza w licznych orzeczeniach, wskazywała że wykonawca może zwrócić oryginał kopii gwarancji ubezpieczycielowi ze skutkiem wygaśnięcia gwarancji, przykładowo:

„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”.

(Wyrok KIO z 20.10.2015 r., KIO 2166/15, LEX nr 1938299).

- „zamawiający po upływie terminu składania ofert nie mógł mieć pewności, czy gwarancja nie została zwrócona i czy wobec tego będzie mógł zatrzymać wadium. Na powyższe wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: wyrok KIO z 25.06.2012, KIO 1215/12, wyrok KIO z 18.10.2011, KIO 2172/11, wyrok KIO z 02.08.201, KIO 1544/11, wyrok KIO z 6.04.2011, KIO 628/11, KIO/UZP 2432/10 wyrok KIO 2010.11.19, wyrok KIO z 30 kwietnia 2010 r., KIO/UZP 594/10. (Wyrok KIO z 15.10.2012 r., KIO 2090/12, LEX nr 1226984.)

Powyższe orzeczenia, mimo że wydane w poprzednim stanie prawnym pozostają nadal aktualne w zakresie wygaśnięcia gwarancji w sytuacji zwrotu oryginału gwarancji.

Odwołujący podnosi, że „w świetle treści art. 97 ust. 10 ustawy, tylko zamawiający może zwrócić oryginał gwarancji. Koreluje to z postanowieniami art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy, które wyraźnie przypisują zamawiającemu obowiązek dokonania zwrotu wadium. To oznacza, że zakończenie stosunku gwarancji przed upływem terminu jej ważności może nastąpić wyłącznie na podstawie czynności samego zamawiającego”.

Zgodnie z art. 97 ust. 10 ustawy, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji w formie elektronicznej. To przekazanie nie powoduje jednak, jak wykazano powyżej, że wykonawca przestaje dysponować również oryginałem dokumentu. Treść art. 98 ust. 5 ustawy, na który to m.in. powołuje się odwołujący w celu wykazania swoich racji, potwierdza również prawidłowość działania zamawiającego. Zgodnie z nim zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Nie jest więc prawdą, że tylko zamawiający może zwrócić (czyli przesłać do Gwaranta) oryginał gwarancji (dokument elektroniczny). Należy tu bowiem rozróżnić „zwrot wadium”, o którym mowa w art. 98 ust. 5 ustawy - czyli wskazany przez ustawodawcę sposób zwolnienia wadium przez zamawiającego następujący poprzez stosowne oświadczenie zamawiającego, od „zwrotu oryginału dokumentu gwarancji”, czyli przesłania gwarantowi pliku stanowiącego dokument elektroniczny gwarancji bankowej. Tym samym, zgodnie z treścią gwarancji, otrzymanie przez gwaranta ww. pliku (będącego zawsze oryginałem gwarancji) niezależnie od jego nadawcy, skutkuje wygaśnięciem gwarancji, również w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał jeszcze zwrotu wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie określonymi w art. 98 ust. 1, 2 i 5 ustawy. Jak jednoznacznie wynika z powyższego, wbrew temu co podnosi odwołujący, przy takim brzmieniu gwarancji, zakończenie stosunku gwarancji (czyli jej wygaśnięcie) może nastąpić nie tylko na podstawie czynności samego zamawiającego, konsekwencją czego jest brak pewności zamawiającego w zakresie skutecznego dochodzenia swoich roszczeń w stosunku do gwaranta, w sytuacji zaistnienia ustawowych przesłanek zatrzymania wadium.

Zamawiający, odnosząc się przytoczonej przez odwołującego interpretacji, że złożenie gwarancji bankowej wystawionej przez gwaranta na rzecz jej beneficjenta powoduje powstanie umowy gwarancji bankowej, tworzącej więź zobowiązaniową, która łączy dwa podmioty - gwaranta i beneficjenta, zaprzecza, że takie stanowisko jest jednolicie reprezentowane przez doktrynę. Przykładowo w Komentarzu do art. 81 Prawa bankowego J. M. Kondk [w:] B. Bajor, L. Kociucki, K. Królikowska, J. M. Kondk, Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnoprawnych, Warszawa 2020, art. 81., wskazano, że „Argumenty na rzecz umownego charakteru gwarancji bankowej nie przekonują. Zacząć należy od wskazania, że w komentowanym przepisie w ogóle nie ma mowy o jakimkolwiek oświadczeniu woli beneficjenta, a jedynie o Jednostronnym zobowiązaniu banku”. Gdyby przyjąć - jak chcą tego protagoniści umownego charakteru

gwarancji bankowej - że oświadczenie banku w postaci dokumentu gwarancji (o czym dalej) stanowi wyłącznie ofertę, to brakować będzie oświadczenia woli beneficjenta gwarancji o przyjęciu oferty. Wbrew niektórym poglądom gwarancja nie musi być przez beneficjenta przyjęta. Ustawa nie stawia w żadnym miejscu takiego wymagania. Nie będzie takim przyjęciem oferty żądanie spełnienia świadczenia gwarancji, już choćby dlatego, że jego treścią jest domaganie się spełnienia świadczenia na podstawie istniejącego już stosunku prawnego, a nie wykreowanie nowego stosunku prawnego. (...) Przemawia to za przyjęciem, że gwarancja bankowa - na wzór przyrzeczenia publicznego - kreuje zobowiązanie wyłącznie na skutek oświadczenia dłużnika."

Podkreślenia także wymaga, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „Wadium nie jest przy tym ani oferta ani podmiotowym czy przedmiotowym środkiem dowodowym, zatem nie mają do niego zastosowania takie przepisy jak: art. 107, art. 128, czy art. 223 ustawy, co oznacza, że dokument gwarancji wadialnej nie podlega uzupełnieniu, poprawieniu czy wyjaśnieniu.” (Wyrok KIO z 30.03.2023 r., KIO 736/23, LEX nr 3555101). Ponadto w tym samym wyroku Krajowa Izba odwoławcza wskazała, że „o wadliwości gwarancji przesądza już samo wynikające z niej ryzyko braku możliwości zaspokojenia się przez zamawiającego.” W konsekwencji stanowisko Banku Spółdzielczego w Grybowie wyrażone w piśmie z dnia 27.09.2023 r należy uznać za spóźnione.

Odnosząc się do przytoczonego w odwołaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2011 r. sygn. sprawy KIO 628/11, to zamawiający zwrócił uwagę, że dotyczy on innego stanu faktycznego niż ma miejsce w niniejszej sprawie. Sprawa dotyczyła zbadania prawidłowości złożenia kopii ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium, poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem, w sytuacji gdy możliwość złożenia przez wykonawców kopii gwarancji ubezpieczeniowej, została przez zamawiającego przewidziana w postanowieniach SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu, co Krajowa Izba Odwoławcza wskazała jako decydujący fakt dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Także stanowisko odwołującego odnośnie ewentualnego braku wpływu nieważności tego zapisu na ważność samej gwarancji nie zasługuje na uwagę, ponieważ zamawiający ma mieć pewność co do ważności wadium w trakcie prowadzonego postępowania.

Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej „treści gwarancji nie można domniemywać, zamawiający musi mieć pewność, że jego interesy są w sposób prawidłowy chronione, zabezpieczone zgodnie z przepisami ustawy i w przypadku ziszczenia się przesłanek zatrzymania wadium, będzie on mógł swoje roszczenie zrealizować. Co więcej w świetle ustawy jak również orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej niedopuszczalne jest przyjmowanie wykładni liberalnej, elastycznej co do zakresu zobowiązania gwaranta.” (Wyrok KIO z 31.03.2023 r., KIO 728/23, LEX nr 3555095.)

W dniu 11 października 2023 r. odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko i przedstawił pisemną polemikę z odpowiedzią na odwołanie wskazując, że:

1)Zamawiający w odpowiedzi powtarza argumenty sformułowane już w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego odnoszące się do rzekomego ryzyka wygaśnięcia zobowiązań gwaranta przed terminem zwrotu, wynikającego z art. 98 ust. 1 czy 2 ustawy.

Powyższe stanowisko jest zupełnie bezzasadne, co zostało szczegółowo przedstawione przez odwołującego w odwołaniu. Powyższe stanowisko potwierdzają także złożone przez odwołującego dowody.

Dowód:

-pismo Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r. (w aktach postępowania - dołączone do odwołania)

-wydruk wiadomości mailowej Banku z dnia 10.10.2023 r.

Potwierdzają one jednoznacznie, że nie występuje ryzyko utraty ważności gwarancji wadialnej wcześniej, niż w chwili złożenia przez zamawiającego oświadczenia o zwrocie wadium na podstawie art. 98 ust. 5 ustawy. Dowody te wskazują jednoznacznie, że zarówno w świetle treści gwarancji, jak i przepisów prawa,

Zamawiający ponownie zupełnie pomija cywilnoprawny charakter zobowiązań wynikających z gwarancji. Ma to w niniejszym przypadku istotne znaczenie, gdyż treść stosunku zobowiązaniowego tworzonego przez złożenie zamawiającemu-beneficjentowi gwarancji bankowej wadialnej jest kształtowana przez oświadczenia woli gwaranta tylko w takim zakresie, w jakim treść ta nie jest zdeterminowana przez przepisy prawa bezwzględnie obowiązującego czy zasady współżycia społecznego (por. art. 353(1) k.c.). Zamawiający pomija też obowiązek współdziałania gwaranta przy wykonaniu zobowiązania i obowiązek postępowania przez niego zgodnie z zadaniami uczciwości kupieckiej i lojalności kontraktowej, które określają gwarantowi sposób wykonania jego zobowiązań z gwarancji (art. 354 § 1 k.c.).

2)Nie jest zasadne powtarzane stanowisko zamawiającego o rzekomej możliwości przedterminowego zwrotu gwarancji przez wykonawcę, z wywołaniem skutku wygaśnięcia zobowiązań z tej gwarancji.

Nie mają przy tym żadnego znaczenia ewentualne rozbieżności doktrynalne, polegające na rozważaniu, czy złożenie gwarancji tworzy zobowiązanie o charakterze kontraktowym, czy też jest to zobowiązanie wynikające z jednostronnej czynności prawnej. Tak jedno, jak i drugie, podlega wykonaniu zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 1.

Treść gwarancji nie przyznaje w tym zakresie nie przewiduje żadnego uprawnienia odwołującemu, jako zleceniodawcy gwarancji, czy też jakimkolwiek innemu podmiotowi trzeciemu. Stronami stosunku zobowiązaniowego z

przedmiotowej gwarancji są niewątpliwie wyłącznie bank-gwarant oraz zamawiający-beneficjent. W tej relacji zobowiązaniowej bank-gwarant pełni funkcję dłużnika, natomiast zamawiający-beneficjent jest wierzycielem.

Przepisy prawa cywilnego poza nielicznymi wyjątkami nie przewidują sytuacji, w której treść zobowiązania mogłaby być kształtowana przez podmioty trzecie, nie będące stronami tego stosunku (jak odwołujący).

Kodeks cywilny przewiduje kilka takich sytuacji, powiązanych z określoną w art. 63 k.c. instytucją zgody osoby trzeciej na dokonanie czynności prawnej. Przepis ten ustala zasady dokonywania takiej zgody, ale aby miała ona znaczenie musi być to przewidziane w przepisie szczególnej części k.c. Do takich zalicza się:

„- wymaganą przez art. 199 zdanie pierwsze k.c. zgodę współwłaściciela na dokonanie czynności rozporządzającej (...);

-wymaganą w art. 248 § 2 k.c. zgodę osoby, której praw dotyczy zmiana treści ograniczonego prawa rzeczowego (...);

-przewidzianą w art. 1036 k.c. zgodę spadkobierców na rozporządzenie udziałem w przedmiocie należącym do spadku (...);

-zgodę małżonka na dokonanie czynności, o której mowa w art. 37 k.r.o. (...);

-zgodę współników na przeniesienie na inną osobę ogółu praw i obowiązków współnika spółki osobowej, przewidzianą w art. 10 k.s.h., zastrzeżoną w umowie zgodę dłużnika na przelew, na co pozwala art. 509 § 1 k.c., oraz zastrzeżoną - zgodnie z art. 182 § 1 i art. 337 § 2 k.s.h.” .

Żadna z tych sytuacji nie zachodzi w sprawach dotyczących wadialnej gwarancji bankowej.

Także treść gwarancji wadialnej nie zawiera postanowienia, które przyznawałoby odwołującemu takie uprawnienie - o ile mogłoby być dokonane w treści gwarancji skutecznie takie zastrzeżenie (czemu odwołujący stanowczo przeczy). Nawet w takiej hipotetycznej sytuacji miałyby to charakter wyjątku od zasady, że treść stosunku zobowiązaniowego jest kształtowana pomiędzy jego stronami. Zgodnie z zasadami wykładni wyjątki podlegają interpretacji ścisłej, nie rozszerzającej. Skoro tak, to brak wskazania w gwarancji uprawnienia do skutecznego zwrotu odwołującemu (nie jest on w treści gwarancji wskazany, jako podmiot uprawniony do takiej czynności), należy uznać za potwierdzenie tego, że odwołujący takiego uprawnienia nie posiada. Podobnie treść gwarancji nie przypisuje tego rodzaju uprawnienia żadnemu innemu podmiotowi trzeciemu.

Dodatkowym potwierdzeniem powyższego są przedstawione przez odwołującego dowody:

Dowód:

-pismo Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r. (w aktach postępowania - dołączone do odwołania)

-wydruk wiadomości mailowej Banku z dnia 10.10.2023 r.

3)Bezpodstawne jest w ocenie odwołującego powołanie się przez zamawiającego na opinię Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji. Opinia ta dotyczy innego stanu prawnego i zupełnie innego zagadnienia.

Stanowisko zamawiającego odnoszące się m.in. do tej opinii (str. 3 odpowiedzi na odwołanie) pomija istotne zagadnienie - przepisy ustawy pzp za oryginał dokumentu elektronicznego, czy to oferty (art. 218 ust. 1 ustawy) czy to gwarancji wadialnej (art. 97 ust. 10 ustawy) uznają wyłącznie dokument, który za pośrednictwem odpowiednich środków komunikacji elektronicznej trafi do Zamawiającego.

Dokonując jakichkolwiek czynności na pliku, który pozostaje w wyniku wysyłki u Odwołującego (np. w skrzynce nadawczej poczty elektronicznej czy platformy zakupowej, na dysku twardym komputera itp.), czy składając w odniesieniu do niego oświadczenia kierowane do Zamawiającego, wykonawca nie może wywołać jakichkolwiek skutków w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeśli nie wynika to wprost z przepisu prawa. Takie uprawnienie w zakresie oferty przewidział ustawodawca w art. 219 ust. 2 pzp, dając wykonawcy prawo do wycofania oferty przed upływem terminu składania ofert. Natomiast w stosunku do wadialnej gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej ustawodawca nie przewidział w art. 97-98 ustawy pzp żadnego uprawnienia wykonawcy. To oznacza, że jakiegokolwiek oświadczenia czy czynności wykonawcy, dokonywane wobec zamawiającego, gwaranta, czy jakiegokolwiek innego podmiotu, nie mogą wywołać żadnego skutku prawnego tak w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jak i w stosunku zobowiązaniowym wynikającym z gwarancji.

4)Przedstawiane przez zamawiającego w odpowiedzi orzecznictwo KIO jest zupełnie nieadekwatne. Nie przystaje ono w żadnym zakresie do tej sprawy. Odnosi się ono do zupełnie innego stanu prawnego, a także do zupełnie innych stanów faktycznych, w których zamawiający w ogóle nie otrzymał oryginału gwarancji. W tamtych przypadkach, wobec braku doręczenia zamawiającemu oryginału gwarancji wadialnej mogło hipotetycznie dochodzić do sytuacji, w których względem zamawiającego nie zostało skutecznie ustanowione zobowiązanie gwaranta wynikające z gwarancji.

Jednak w niniejszej sprawie nic takiego nie miało miejsca. Przyczyną odrzucenia oferty odwołującego nie jest przecież brak przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji w wymaganej formie.

Dodatkowo odwołujący wskazał na istotne różnice w stanie prawnym. Cytowane przez zamawiającego orzeczenia z lat 2010-2015 zapadały pod rządami poprzedniej ustawy pzp. Wówczas nie obowiązywał w ustawie pzp żaden przepis, który byłby odpowiednikiem obowiązującego obecnie art. 98 ust. 5 ustawy pzp, który porządkuje kwestię zwrotu wadium wyraźnie przyznając takie uprawnienie wyłącznie zamawiającemu, który tego zwrotu dokonuje razem ze złożeniem w

tym zakresie gwarantowi stosownego oświadczenia woli. Brak złożenia takiego oświadczenia przez podmiot uprawniony - a jest nim wg art. 98 ust. 5 pzp wyłącznie zamawiający - nie może wywołać żadnych skutków, których bezpodstawnie obawia się zamawiający.

5) Stanowisko zamawiającego odnoszące się do braku możliwości wyjaśniania treści gwarancji czy jej uzupełniania jest także zupełnie bezprzedmiotowe. Nic takiego nie było przedmiotem odwołania, ponieważ złożona gwarancja nie była dokumentem wymagającym uzupełnienia czy wyjaśnień. Natomiast jak każde oświadczenie woli powinna ona podlegać wykładni, obejmującej treść gwarancji, ale także cały uwzględniający cały kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których oświadczenie gwaranta zostało złożone (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z 15.02.2018 r., IV CSK 86/17).

Odwołujący w odwołaniu przedstawił w tym zakresie konkretne stanowisko. Zostało ono dodatkowo poparte stanowiskiem banku-gwaranta. Nie stanowi ono uzupełnienia treści gwarancji. Jest ono jednak dokumentem, który prezentuje wykładnię treści oświadczenia woli zawartego w gwarancji. Wykładnię o tyle istotną, że jest to wykładnia autentyczna, pochodząca od autora oświadczenia woli. Potwierdza ona prawidłowość gwarancji i tym samym prawidłowość stanowiska odwołującego.

6) Dodatkowo odwołujący wskazał, że zgadza się z twierdzeniami Banku przedstawionymi w wiadomości mailowej z dnia 10.10.2023 r. i przyjmuje je, jako swoje. Wszystkie one potwierdzają prawidłowość gwarancji wadialnej i wypełnienie przez nią wszystkich funkcji, którym zgodnie z art. 97-98 ustawy ma służyć. Wskazują one także na brak zasadności stanowiska zamawiającego w tej sprawie.

Dowód:

- wydruk wiadomości mailowej Banku z dnia 10.10.2023 r.

Formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, nie może tracić z oczu powyższego celu. Eliminacja ofert z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 ustawy, ma charakter wyjątku i może następować tylko w sytuacjach, gdy naruszenie ma charakter pewny i jest wykazane w sposób jednoznaczny. Podstawy odrzucenia oferty nie mogą być domniemywane. Nie mogą bazować na wątpliwościach zamawiającego, ale muszą być stwierdzone z pewnością. W tym postępowaniu zamawiający, prezentując swoje stanowisko w sprawie gwarancji wadialnej, oparł się na swoje próby odczytania treści gwarancji, na niekorzystnych dla odwołującego domniemaniach. Nie wytrzymują one jednak porównania z treścią gwarancji, zwłaszcza w kontekście przepisów prawa (w tym art. 97 ust. 10 i art. 98 ust. 5 ustawy) oraz w kontekście stanowiska gwaranta.

W dniu 11 października 2023 r. przystępujący złożył stanowisko pisemne, wnosząc o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podał, że popiera w całości stanowisko zamawiającego zaprezentowane w piśmie 09.10.2023 r. stanowiącym odpowiedź na odwołanie.

Przystępujący podkreślił, że jak wynika w sposób jednoznaczny z SWZ (rozdz. X.9 SWZ) Zamawiający: „nie dopuszcza postanowień określających, że zwrot, przez podmiot inny niż Zamawiający, dokumentu ustanawiającego wadium wnoszonego w formie gwarancji/poręczenia, powoduje wygaśnięcie tego wadium, w sytuacji, gdy zamawiający nie dokonał zwrotu wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie.” Tymczasem odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej w postaci dokumentu elektronicznego zgodnie z którą {vide § 3 ust. 5 tej Gwarancji} „gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie między innymi (...) w sytuacji gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji”.

A zatem wykładnia treści gwarancji, w sposób jednoznaczny prowadzi do wniosku, że zwrot oryginału gwarancji gwarantowi powoduje automatyczne wygaśnięcie gwarancji.

Rację ma zatem zamawiający wskazując, że brak sprecyzowania, jaki podmiot jest uprawniony do takiego zwrotu wskazuje, że zwrot może być dokonany przez jakikolwiek podmiot, który dysponuje oryginałem gwarancji. Zwrot taki może zostać dokonany przy tym przez jakikolwiek podmiot, w tym odwołującego, który - wobec sposobu udzielenia gwarancji w postaci dokumentu elektronicznego - również dysponuje oryginałem dokumentu.

Nie można w tym aspekcie zgodzić się z twierdzeniami odwołującego, jakoby to wyłącznie dokument będący w dyspozycji zamawiającego ma charakter oryginału. Jak wadliwie twierdzi odwołujący: „Jego przekazanie następuje za pośrednictwem Wykonawcy, ale wyłącznie dokumentowi znajdującemu się u Zamawiającego ustawa przypisuje walor oryginału.” Powyższe stanowisko pomija zupełnie okoliczność, że podpisany elektronicznie dokument może być dowolnie powielany, i w ten sposób tworzy kolejne egzemplarze stanowiące w istocie kolejne oryginały tego dokumentu.

Rację ma zatem zamawiający, wskazując, że przekazanie zamawiającemu oryginału gwarancji w formie elektronicznej nie powoduje jednak, że wykonawca przestaje dysponować również oryginałem dokumentu, zaś powoływanie się przez odwołującego na treść z art. 97 ust. 10 ustawy - nie ma dla oceny przedmiotowej sprawy jakiegokolwiek znaczenia.

Również dyspozycja art. 98 ust. 5 Pzp, zgodnie z którym zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż pieniądzu przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium nie stanowi jakiegokolwiek argumentacji za przyjęciem stanowiska odwołującego. W tym kontekście również rację należy przyznać zamawiającemu, który dokonuje słusznego rozróżnienia pojęć „zwrot wadium” (w rozumieniu art. 98 ust. 5 Pzp) od

„zwrotu oryginału dokumentu gwarancji” przesłania gwarantowi pliku stanowiącego dokument elektroniczny gwarancji bankowej), które to ostatnie powoduje wygaśnięcie gwarancji.

Przystępujący w swej argumentacji wsparł się w zasadzie jednolitą linią orzecniczą, zgodnie z którą złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowi o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego w tej formie. Kserokopia stanowi bowiem jedynie potwierdzenie przyjęcia zobowiązania przez gwaranta spełnienia świadczenia na rzecz podmiotu uprawnionego, wskazanego w treści gwarancji, nie stanowi jednak o wypełnieniu obowiązku wniesienia wadium zamawiającemu, wobec istnienia w treści gwarancji klauzuli, że zwrot oryginału powoduje wygaśnięcie zobowiązania banku (tak np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z 15.10.2012 sygn. akt: KIO 2090/12, KIO 2121/12, z 25.06.2012 sygn. akt: KIO 1215/12, z 18.10.2011 r. sygn. akt: KIO 2172/11, z 2.08.2011 r. sygn. akt: KIO 1544/11, z 9.02.2012 r. sygn. akt: KIO 150/12, z 23.09.2014 r. sygn. akt: KIO 1883/14, czy z 20.10.2015 r. sygn. akt: KIO 2166/15).

Jak wynika z wyroku z dnia 22 sierpnia 2018 r. KIO 1573/18: „Powyższe stwierdzenie, że oryginałem wadium jest gwarancja bankowa w formie pisemnej, podpisana przez dwóch członków zarządu, wynika bezpośrednio z treści przedstawionej gwarancji, w której widnieje klauzula o obowiązku zwrotu gwarancji po wygaśnięciu lub spłacie zobowiązania, co wyklucza możliwość zwrotu formy elektronicznej, która - gdyby przyjąć możliwość, że forma elektroniczna przesłana e-mailem jest oryginałem - byłaby formą zdematerializowaną, i tym samym niemożliwą do zwrotu, co należy wykluczyć ze względu na fakt, iż żaden racjonalny podmiot występujący w obrocie nie umieszcza w gwarancji klauzul, które byłyby niemożliwe do realizacji, a już zwłaszcza dotyczących utraty przez nią mocy. Takie stwierdzenie znajduje również potwierdzenie w treści rozporządzenia dot. elektronicznego dokumentu bankowego, zgodnie z którym oryginał e-dokumentu wadialnego, po upływie wymaganego okresu przechowywania, usuwa się z elektronicznego nośnika informacji, natomiast w treści gwarancji jest mowa o zwrocie, który jest niewątpliwie czynnością wymagającą dla swojego wykonania istnienia zmaterializowanej formy tego co jest zwracane, a tym przypadku oryginału dokumentu gwarancji, wystawionego w formie pisemnej. Zatem Izba przyjęła, że oryginałem jest forma pisemna, podpisana przez dwóch członków zarządu, opisana w pkt V okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia. Natomiast, zgodnie z treścią gwarancji, na skutek zwrotu oryginału przedmiotowa: gwarancja wygasa. Powyższe ma kluczowe znaczenie dla rozstrzygnięcia z tej przyczyny, że wyłącznie przedłożenie zamawiającemu pisemnego oryginału gwarancji, czego wymagał on zgodnie z pkt 3 rozdziału XIII SIWZ, skutecznie zabezpieczyłoby ofertę wadium, uchylając ryzyko, że po przedstawieniu zamawiającemu gwarancja wygaśnie w wyniku zwrotu jej oryginału do banku. W ustalonym stanie faktycznym, gdyby nawet zamawiający dysponował dokumentem gwarancji, podpisanym za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego przez panią D.F., byłaby to kopia, nie dająca zamawiającemu żadnej pewności co do możliwości zatrzymania wadium, w konsekwencji czego zamawiający nie dysponowałby ważnym i oryginalnym oświadczeniem gwaranta co do spłaty wadium, zaś wykonanie uprawnień beneficjenta gwarancji mogłoby okazać się niemożliwe. Mając na uwadze powyższe, wobec brzmienia treści gwarancji, oferta nie byłaby skutecznie zabezpieczona wadium, zaś kopia nie spełniałaby wymogów SIWZ, co wyczerpuje hipotezę art. 89 ust. 1 pkt 7bZamPublU.”

Uzupełniająco przystępujący podkreślił, stosownie do § 5 ust. 7 Rozporządzenie Rady Ministrów w sprawie dokumentów związanych z czynnościami bankowymi, sporządzanych na informatycznych nośnikach danych z dnia 9 marca 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 476) po upływie wymaganego okresu przechowywania dokument usuwa się z informatycznego nośnika danych w sposób nieodwracalny. W przypadku upływu wymaganego okresu przechowywania wszystkich dokumentów utwalonych na informatycznym nośniku danych nośnik ten podlega modyfikacji w celu uniemożliwienia odtworzenia tych dokumentów.

Pomimo, iż w/w orzecznictwo dotyczy stanów faktycznych analizowanych na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy, niemniej jednak w sposób jednoznaczny wskazują na kierunek interpretacji zagadnienia w zakresie wygaśnięcia gwarancji na skutek zwrotu „oryginału” dokumentu, a tym samym przesądzają, że oferta odwołującego nie została należycie zabezpieczona.

Odnosząc się do kwestii oświadczenia Banku Spółdzielczego w Grybowie z dnia 27.09.2023 r. przystępujący wskazał, że jest ono bez znaczenia w kontekście okoliczności przedmiotowej sprawy. Podkreślenia bowiem wymaga, że za istotne należy przyjąć wykładnię treści gwarancji na dzień jej złożenia. Dla powyższego zabiegu jakiegokolwiek znaczenia nie ma przy tym oświadczenie złożone po dniu jej udzielenia i nie może stanowić dowodu na to, że oferta odwołującego została zabezpieczona wadium w sposób prawidłowy. Innymi słowy, wykładni podlega wyłącznie treść gwarancji w chwili, kiedy została udzielona na rzecz odwołującego, zaś ta wykładnia nie prowadzi do wniosku, jakoby wadium zostało skutecznie wniesione.

Mając powyższe na uwadze wykładnia treści gwarancji przedłożonej przez odwołującego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że otrzymanie przez gwaranta dokumentu pliku (a zatem „zawsze” oryginału) i to niezależnie od tego, kto taki zwrot dokonuje powoduje wygaśnięcie gwarancji. Taka gwarancja nie może być zatem uznana za skutecznie zabezpieczającą ofertę odwołującego, a przy tym zupełnie przeczy forsowanej w odwołaniu argumentacji jakoby to wyłącznie zamawiający mógł „wygasić” zobowiązanie gwaranta.

Wobec powyższego słuszne były wątpliwości zamawiającego w zakresie skutecznego dochodzenia roszczeń z zabezpieczenia oferty, a skoro tak uznać należy, że wadium nie zostało prawidłowo wniesione. Powołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r. KIO 2077/10. Pogląd wyrażony w przedmiotowym orzeczeniu w zakresie w jakim wskazuje na brak możliwości jakiegokolwiek „domniemywania” przez zamawiającego wniesienia zabezpieczenia - jest ugruntowany w orzecznictwie.

Jedynie na marginesie przystępujący zauważył, że odwołujący nie kwestionował postanowień rozdz. X.9 SWZ w zakresie wymogów zabezpieczenia oferty.

Niezasadność zarzutu zaprezentowanego przez odwołującego, a o którym mowa powyżej uzasadnienia tego pisma, stanowi jednocześnie, iż nie jest możliwym uwzględnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy.

Odwołujący upatruje naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy na dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy O.pL A. O., pomimo iż oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona i to oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert.

Jak wynika z naprowadzonej regulacji, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Skoro zatem oferta odwołującego została trafnie przez zamawiającego odrzucona, to oferta przystępującego, jako że uzyskała najwyższą ocenę mając na uwadze kryteria oceny ofert ujętych w SWZ, spośród ofert złożonych w postępowaniu - słusznie została wybrana przez zamawiającego została wybrana.

A zatem niezasadność przedmiotowego zarzutu jest konsekwencją uznania, że nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy w związku z art. 97 ust. 10 ustawy. W sytuacji, gdy oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy, nie można uznać, że najkorzystniejszą nie podlegającą odrzuceniu ofertą jest oferta odwołującego. Zważywszy, że nie jest sporne, że spośród pozostałych ofert złożonych w postępowaniu oferta przystępującego została oceniona najwyżej, nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta ta nie była ofertą najkorzystniejszą, a w konsekwencji - do uznania, że wybór tej oferty jako najkorzystniejszej nie był prawidłowy.

Odwołujący w odwołaniu nie powołuje się na naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy w inny sposób niż wskazany powyżej ani też nie uzasadnia dodatkowo rzekomego naruszenia przedmiotowej regulacji.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, gwarancji bankowej nr 001/23/86/G, dowodów dołączonych do odwołania, do pisma odwołującego z 11 października 2023 r., umowy zlecenia złożonej na rozprawie oraz opinii PIIT

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Pkt. X SWZ:

Ppkt. 5 Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji/poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji/poręczenia, w postaci elektronicznej.

Ppkt. 7 Wadium winno gwarantować zamawiającemu wypłatę wadium, w przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy.

Ppkt. 8 Niedopuszczalne jest wprowadzenie jakichkolwiek warunków ograniczających zamawiającemu wypłatę wadium.

Ppkt. 9 Zamawiający nie dopuszcza postanowień określających, że zwrot, przez podmiot inny niż zamawiający dokumentu ustanawiającego wadium wnoszonego w formie gwarancji/poręczenia, powoduje wygaśnięcie tego wadium, w sytuacji gdy zamawiający nie dokonał zwrotu wadium zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie.

Gwarancja nr 001/23/86/G

Jako zleceniodawcę określono :Małopolski Ośrodek Szkoleniowy Akcent L. K.

Par. 5

1.Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty Zleceniodawcy wskazanej w gwarancji.

2.Gwarancja jest ważna do dnia 08.12.2023 r.

3.Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, jeżeli żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem beneficjenta nie zostaną złożone u gwaranta na zasadach określonych w niniejszej gwarancji do dnia z niej wynikającego.

4.Oryginał gwarancji powinien zostać zwrócony na adres gwaranta po upływie terminu ważności lub zaspokojeniu wszystkich roszczeń beneficjenta gwarancji. Gwarancja staje się bezprzedmiotowa i nieważna wraz z upływem terminu jej ważności, nawet jeżeli nie zostanie gwarantowi zwrócona.

5.Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy wysokość świadczeń z gwarancji zrealizowanych przez gwaranta osiągnie kwotę gwarancji lub gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji.

Gwarancja niniejsza jest nieprzenośna.

Pomiędzy stronami nie było sporu, że gwarancja została złożona w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi przedstawicieli Banku Spółdzielczego w Grybowie.

Bank Spółdzielczy w Grybowie

Grupa BPS

Grybów, dnia 27.09.2023r.

/cfr- 3252/2023

Małopolski Ośrodek Szkoleniowy AKCENT L. K. Bobowa

Dotyczy: stanowisko w sprawie treści gwarancji

Po dokonaniu analizy treści gwarancji dla Małopolskiego Ośrodka Szkoleniowego AKCENT L. K. oraz pisma Miejskiego Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie poniżej przedstawiamy stanowisko prawne w przedmiotowej sprawie:

Ustosunkowując się do stanowiska Miejskiego Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie z dnia 22 września 2023 r. znak sprawy: ZP.261.24.2023 w sprawie odrzucenia oferty Wykonawcy Małopolski Ośrodek Szkoleniowy AKCENT L. K. z uwagi na nieprawidłowe wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej, Bank Spółdzielczy w Grybowie podaje, iż podana przyczyna odrzucenia oferty ww Wykonawcy jest bezpodstawna i nieprawidłowa.

Zapis „ Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji” należy uznać za wniesiony w sposób prawidłowy.

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2023 r. poz. 1605) przewiduje zamknięty katalog sposobów wnoszenia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z zapisem Art.97 ust. 10. cyt. „Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. ”

Powyższy zapis ustawy znalazł odzwierciedlenie w treści SW1Z w pkt X ust.5 cyt., „ jeżeli wadium jest wnoszone, w formie gwarancji/poręczenia Wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji/poręczenia w postaci elektronicznej. ”

Zatem skoro wyżej przytoczony przepis obliguje Wykonawcę do doręczenia dokumentu gwarancji lub poręczenia zamawiającemu w oryginale w postaci elektronicznej to jedynie Zamawiający dysponuje tym oryginałem i stosownie do zapisów gwarancji bankowej tj. § 3pkt 5-oryginał gwarancji może zwrócić jedynie Zamawiający (Beneficjent). Potwierdza to również art.98 ust. 1 i ust.2 . który stanowi, że obowiązek zwrotu wadium ciąży na zamawiającym.

Dlatego też zobowiązania Gwaranta (Banku) mogą wygasnąć jedynie w wyniku działania tylko zamawiającego, który posiada oryginał gwarancji.

Ponadto ustawodawca w art.98 ust 5 nakłada na zamawiającego obowiązek zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż w pieniądzu przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu z wadium. W związku z tym zakończenie stosunku gwarancji przed upływem terminu ważności gwarancji może nastąpić wyłącznie na podstawie czynności prawnej tj. oświadczenia o zwolnieniu z wadium, które może złożyć tylko Zamawiający.

Należy zwrócić także uwagę, iż w treści stanowiska Miejskiego Centrum Obsługi Oświaty w Krakowie w sprawie odrzucenia oferty Wykonawcy Małopolski Ośrodek Szkoleniowy AKCENT L. K. przytoczono w sposób nieprawidłowy zapisy gwarancji tj. § 3 ust. 5 cyt.

„ Zgodnie z § 3 ust. 5 gwarancji, gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie między innymi w sytuacji gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie Gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji”.

Użyte przez zamawiającego określenie „między innymi” ma niebagatelne znaczenie w kontekście zmiany sposobu interpretowania zapisu znajdującego się w gwarancji, rozszerzając tym samym katalog możliwych okoliczności, w których oryginał dokumentu gwarancji zostanie zwrócony Gwarantowi przed upływem terminu ważności gwarancji- co jest nieprawdą. Dokument Gwarancja Bankowa Wadialna nr 001/23/86/G w par. 3 ust. 5 przewiduje tylko dwie możliwości wygaśnięcia automatyczne i całkowite gwarancji tj. gdy wysokość świadczenia z gwarancji zrealizowanych przez Gwaranta osiągnie kwotę gwarancji lub gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie Gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji.

Mając na uwadze przepisy obowiązującego prawa przekazany zamawiającemu oryginał dokumentu gwarancji bankowej jest dokumentem prawidłowym, wystawionym zgodnie obowiązującymi przepisami prawa i nie może zostać odrzucony przez zamawiającego na podstawie art. 226 ust.1 pkt 14 ustawy .

Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w opinii prawnej Bieńsko Moniki z dnia 28 czerwca 2021 r. opublikowanej w LEX pod numerem QA 1730053.

Czy wadium w formie gwarancji może zawierać zapis, że gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji?

Opublikowano: QA 1730053 Status: aktualne

Autor odpowiedzi:

Bieńko Monika

Odpowiedzi udzielono:

28 czerwca 2021 r. , stan prawny dotychczas nie uległ zmianie

PYTANIE

Czy wadium wniesione w formie elektronicznej zawierające zapisy: "Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji" należy uznać za wniesione w sposób nieprawidłowy z uwagi na możliwość zwrotu oryginału gwarancji przez wykonawcę, czy zapis należy potraktować w ten sposób, w związku z art. 508 k.c., że tylko zamawiający będzie uprawniony do zwrotu oryginału, który spowoduje wygaśnięcie gwarancji?

ODPOWIEDZ

Zapisy: "Gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie, gdy oryginał dokumentu gwarancji zostanie gwarantowi zwrócony przed upływem terminu ważności gwarancji" należy uznać za wniesione w sposób prawidłowy.

Uzasadnienie

Gwarancje (bankowa i ubezpieczeniowa) są pisemnym zobowiązaniem gwaranta (banku lub zakładu ubezpieczeń) do zapłaty drugiej stronie (beneficjentowi gwarancji - zamawiającemu) oznaczonej sumy pieniężnej, jeśli - z powodu niewykonania na jego rzecz oznaczonego świadczenia przez inną osobę - złoży on gwarantowi żądanie zapłaty o określonej treści i w określonej formie. Umowa gwarancji jest zawierana pomiędzy bankiem lub zakładem ubezpieczeń a beneficjentem (zamawiającym). Podstawą zawarcia umowy gwarancji jest umowa zlecenia udzielenia gwarancji, zawierana pomiędzy bankiem lub zakładem ubezpieczeń a zleceniodawcą (wykonawcą), więc nie ma możliwości zwrotu oryginału gwarancji przez Wykonawcę. Należy zaznaczyć, że art. 97 ust. 7 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019) - dalej p.z.p., przewiduje zamknięty katalog form, w jakich może być wniesione wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wadium wniesione w formie gwarancji wykonawca zobowiązany jest przekazać zamawiającemu w formie oryginału. Więc to tylko zamawiający może zwrócić ją do gwaranta. W przedstawionej opinii zamieszczonej w komentarzu Prawa zamówień publicznych opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych "Zgodnie z art. 97 ust. 10 p.z.p., jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej. Przepis nie tylko przesądza, iż dokument gwarancji lub poręczenia ma być doręczony zamawiającemu w oryginale, ale również, iż dokument ten ma być wystawiony w postaci elektronicznej. Wymaganie przekazania dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego w postaci elektronicznej odnosi się również do sytuacji, w której zamawiający odstąpił na podstawie art. 65 ust. 1 p.z.p. od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej. Odstąpienie od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentów nie dotyczy całości dokumentów. Spełnienie przesłanek art. 65 ust. 1 p.z.p. powinno być analizowane zawsze w stosunku do konkretnego dokumentu. Tymczasem odstąpienie od użycia środków komunikacji elektronicznej przy przekazywaniu dokumentu poręczenia lub dokumentu gwarancyjnego nie uzasadnia żadna z przesłanek art. 65 ust. 1 p.z.p. Ponadto z brzmienia przepisu art. 97 ust. 10 p.z.p. wynika, iż dokument poręczenia lub dokument gwarancyjny ma być przekazany przez poręczyciela lub gwaranta za pośrednictwem wykonawcy." (www.uzp.gov.pl).

Ponadto, to zamawiający ma obowiązek zgodnie z art. 98 ust. 5 p.z.p., zwrócić wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Przepis obliguje zamawiającego do przedwczesnego zakończenia stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwrot wadium w formie gwarancji lub poręczenia następuje przez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium. Charakter prawny oświadczenia o zwolnieniu wadium będzie zależał od indywidualnego ukształtowania treści stosunku gwarancji lub poręczenia. Zwolnienie z wadium można przede wszystkim kwalifikować jako zwolnienie z długu albo odstąpienie od umowy gwarancji lub poręczenia.

Dzień dobry, Bank Spółdzielczy w Grybowie podtrzymuje pierwotne stanowisko zawarte w piśmie z dnia 27 września br. w sprawie treści gwarancji. Poniżej przedstawiamy argumenty uzasadniające nasze stanowisko, z propozycją wykorzystania ich w czasie rozprawy:

-termin "zwrot gwarancji" dotyczy sytuacji, gdy zwraca uprawniony, bo zwrot może być dokonany tylko przez podmiot, który otrzymał dokument gwarancji. Zwrot nie jest równoznaczny ze słowem przekazanie, dostarczenie,

-to że nie wskazano, że chodzi o zwrot "przez beneficjenta" nie zmienia tego, że gwarancja została przekazana tylko beneficjentowi, a zatem czynności prawnej w postaci zwrotu może dokonać tylko beneficjent lub osoba przezeń upoważniona. Zwrot jest czynnością prawną, a zatem oświadczeniem woli, wobec czego nie może pochodzić od nieznanej osoby, ale musi ta czynność prawna, to oświadczenie woli być dokonane przez uprawnionego, czyli wykluczony jest przypadek przekazania przez kogokolwiek dokumentu gwarancji. Bank musi potrafić udowodnić, że takie oświadczenie woli złożył beneficjent.

-powielanie dokumentu jest bezprawne i nie może być brane pod uwagę, bo chodzić ma o obrót prawny, a nie bezprawny. Tym samym dywagacje co do możliwych kopii gwarancji nie zmieniają faktu, że wg zapisu par 3 ust. 5 gwarancji, zwrot ma dotyczyć oryginału, a nie kopii, stąd też chodzi o zwrot egzemplarza posiadanego przez zamawiającego. Zwrot musi od niego pochodzić i musi być objęty oświadczeniem woli beneficjenta, co pozwoli ustalić

kto i w jakim celu dokument gwarancji zwraca. - orzeczenie KIO dotyczy skuteczności złożenia samego wadium pod względem tego, czy zostało ono fizycznie złożone, dostarczone. W obecnej sprawie zamawiający nie kwestionuje faktu złożenia wadium, a kwestionuje jego treść. Tym samym stanowisko zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne z własnym stanowiskiem zamawiającego na etapie postępowania, co świadczy o tym, że podnoszony zarzut ma wymiar jedynie taktyczny.

-orzeczenie KIO dotyczyło innej sprawy, nie stanowi źródła prawa i nie rozpatrywało kwestii oświadczenia woli i jego autora. Brak jest w orzeczeniu KIO analizy cywilnoprawnych elementów oświadczenia woli w świetle kodeksu cywilnego -pozostałe orzeczenia dotyczą ewentualnego zwrotu gwarancji przez wykonawcę, ale taka okoliczność nie była przyczyną odrzucenia oferty, dlatego nie może zamawiający powoływać się na okoliczności, których nie brał pod uwagę przy odrzuceniu oferty, nie może poszerzać podstawy swojej decyzji, a tym samym poszerzać przedmiotu rozpoznania -nie może zamawiający podnosić pretensji ani zarzutów co do tego, że gwarancja została złożona w formie elektronicznej, bo po pierwsze taką dopuścił w postępowaniu, więc nie może jej sam kwestionować. Po drugie, nie wskazywał na taką okoliczność przy odrzuceniu oferty, dlatego nie może zamawiający powoływać się na okoliczności, których nie brał pod uwagę przy odrzuceniu oferty, nie może poszerzać podstawy swojej decyzji, a tym samym poszerzać przedmiotu rozpoznania. Po trzecie, jeśli takie stanowisko miałyby być prawidłowe, jak wskazane w piśmie procesowym, to zamawiający w takim układzie powinien był zawetować co do zasady gwarancje w formie elektronicznej, a także z powodu formy gwarancji, a nie jej treści, odrzucić ofertę, a tego nie uczynił, wobec czego nie może wprowadzać do przedmiotu postępowania okoliczności, których nie brał pod uwagę przy odrzuceniu oferty, nie może poszerzać podstawy swojej decyzji, a tym samym poszerzać przedmiotu rozpoznania. Zarzut ten nie odnosi się do treści gwarancji, ale jej formy, a przecie forma elektroniczna jest równoważna pisemnej i jest tak samo uprawniona. Stanowisko zamawiającego narusza pewność obrotu prawnego i stawia wymagania, których nie było w SWZ. Nie może obecnie zamawiający zarzucać, że gwarancja elektroniczna rodzi ryzyko jej zwrotu przez wykonawcę do Banku, bowiem taka okoliczność nie legła u podstaw odrzucenia oferty,

-zamawiający odwołuje się również do art. 98 ust. 5 PZP, i wprost wskazuje, że zgodnie z przepisem zamawiający zwraca wadium poprzez cytując "złożenie gwarantowi oświadczenia o zwolnieniu wadium". Otóż to - złożenie oświadczenia, czyli złożenie oświadczenia woli, a to oznacza, że nadawcą oświadczenia może być tylko zamawiający, nikt inny. Przekazanie przez inny podmiot gwarancji nie jest czynnością prawną i nie wywołuje skutków prawnych w sferze prawnej zamawiającego, bowiem osoby trzecie nie mogą swoim zachowaniem wywoływać skutków prawnych w sferze innych podmiotów.

-zwrot oryginału gwarancji jest tożsamy ze zwrotem wadium, bo tylko w ten sposób może dojść do zwrotu wadium. tym samym interpretacja zwrotu oryginału gwarancji nie może odbywać się w oderwaniu od treści art. 98 ust. 5 PZP, jak chciałby tego zamawiający. Jednocześnie zamawiający nie wskazuje w jaki inny sposób miałyby dojść do zwrotu wadium, jak właśnie poprzez zwrot oryginału gwarancji.

-żaden zapis gwarancji, w tym par. 3 ust. 5 nie upoważnia do zwrotu gwarancji, czyli zwrotu wadium innych niż zamawiający osób. Zamawiający w ramach własnej interpretacji przyjmuje taki wniosek, ale z tekstu gwarancji on nie wynika.

-jednostronny charakter prawny gwarancji nie zmienia trybu jej wygasania, dlatego argumentacja w zakresie jedno- lub dwustronnego charakteru czynności prawnej nie ma znaczenia. Zamawiający przecież przyjął taki środek wadium, stąd nie może kwestionować jego ważności ze względu na jednostronny charakter gwarancji. Ponownie zamawiający wprowadza do postępowania treści, które nie legły u podstaw odrzucenia oferty. Poza tym niezależnie od tego zwrot gwarancji nie może nastąpić jednostronnie przez gwaranta, dlatego że przyjął już na siebie zobowiązanie, a zgodnie z kc. zmiana treści stosunku prawnego wymaga zgody kontrahenta, w tym wypadku uprawnionego. - nie istnieje ryzyko braku możliwości zaspokojenia się z gwarancji, bo po pierwsze taki typ zabezpieczenia zamawiający przyjął i nie może zmieniać warunków przetargu w jego toku, bo powodowałyby to zawarcie nieważnej umowy z innym oferentem, a po drugie zarzucił oferentowi nie wadliwą formę gwarancji, ale wadliwą treść gwarancji, choć również błędnie.

-kwestia oryginału czy kopii gwarancji nie dotyczy przedmiotu sporu bowiem oferent złożył oryginał gwarancji, a nie kopię, czego nie kwestionuje zamawiający

-treść gwarancji nie budzi wątpliwości, jest ona jasna, bo określa kwotę gwarancji, przedmiot gwarancji, tryb wypłaty, warunki wypłaty, beneficjenta i zobowiązanego, a zatem spełnia essentialia negotii gwarancji. Tego nie zarzucał nawet zamawiający, wobec czego nie ma znaczenia orzeczenie z 31.03.2023r., bowiem treść gwarancji daje roszczenie tylko beneficjentowi i tylko jego interes prawny chroni, a fakt, że gwarancja jest elektroniczna wynika z faktu, że gwarant taką formę gwarancji w SWZ zaakceptował.

-stanowisko PIIT (Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji) dotyczy kopii gwarancji, a gwarancja Banku została złożona w oryginale.

Umowa o udzielenie gwarancji bankowej NR 001 /23 /86 / G z dnia 10 sierpień 2023r. nie zawiera regulacji

umożliwiających obniżenie wynagrodzenia należnego gwarantowi od zleceniodawcy w przypadku zwrotu oryginału dokumentu gwarancji. W par. 15 ust. 2 umowa przewiduje Umowa obowiązuje do terminu ważności gwarancji/* do wygaśnięcia gwarancji³ lub zaspokojeniu wszystkich wierzytelności Banku z tytułu realizacji gwarancji. przy czym indeks 3 dotyczy gwarancji zapłaty długu celnego.

STANOWISKO

Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT]

w zakresie uznania za ważną oferty stworzonej i złożonej w postaci skanu papierowego formularza oferty do pliku podpisanego następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym

W wyroku z dnia 4 stycznia 2019 r. (KIO 2611/18) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub Izba”) uznała, że skan wydrukowanego (papierowego) formularza oferty, podpisany elektronicznie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie stanowi oryginału oferty, co czyni ją w świetle tego orzeczenia nieważną w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp”) i podlegającą odrzuceniu. Z treści wyroku wynika, że złożony plik zawierał ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki wypełniony formularz oferty, następnie zeskanowany do pliku PDF. Plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez tę samą osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, z uwidocznionym znakiem graficznym podpisu elektronicznego. W ocenie Izby, oferta wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na platformie zakupowej stanowi kopię oryginalnej oferty sporządzonej w/ formie pisemnej, która została poświadczona za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w oryginale, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym nie została przez wykonawcę złożona.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej: „PIIT”) odnosi się krytycznie do ww. orzeczenia KIO. PIIT popiera inne orzeczenie Izby, tj. wyrok w sprawie o sygnaturze KIO 119/19, z którego wynika, że złożenie oferty w postaci papierowego formularza zeskanowanego do pliku podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie stanowi podstawy do jej odrzucenia. Zastrzegamy, że nie znamy uzasadnienia do wyroku KIO 119/19, stąd poniższa argumentacja jest w całości wypracowana przez PIIT i nie opiera się o uzasadnienie Izby.

Wskazujemy, że naszym zdaniem sprzeczność pomiędzy wyrokami KIO 2611/18 i KIO 119/19 oraz problemy z właściwą interpretacją przepisów, wynikają przede wszystkim z krótkiej, niewiele ponad dwudziestoletniej historii tworzenia ram prawnych i stosowania dokumentu elektronicznego w przeciwieństwie do ukształtowanej przez wielowiekową praktykę obrotu prawnego opartego na dokumencie papierowym. Przede wszystkim istotne jest rozumienie „dokumentu”, ugruntowane tradycją, jako podpisanego dokumentu papierowego, które trudno wprost odnieść do dokumentu elektronicznego.

W dokumencie papierowym zazwyczaj jest wskazane lub domniemane miejsce, w którym należy ten dokument podpisać przez osobę (osoby), która (które) przyjmuje (które łącznie przyjmują) odpowiedzialność za oświadczenie woli wyrażone treścią dokumentu. Jeżeli przed złożeniem podpisów przez osoby odpowiednio umocowane, treść dodatkowo sprawdza np. radca prawny, to często składa on swój podpis poza wyznaczonym miejscem na „formalne” podpisy. Nikt nie ma wówczas wątpliwości jak interpretować znaczenie złożonych na papierowym dokumencie podpisów własnoręcznych przez poszczególne osoby.

W przypadku dokumentu elektronicznego, pod względem leksykalnym, trudno mówić nawet o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Podpis elektroniczny, co do zasady (ale mogą być wyjątki), obejmuje całą treść niezależnie od tego, gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje. Może powstać trudność z ustaleniem w jakim charakterze i z jaką intencją został złożony podpis, jeżeli w momencie jego składania nie została dodana odpowiednia adnotacja (atrybut). Dodanie takiej informacji, mimo że możliwe pod względem technicznym, nie jest wymagane żadnym ogólnie obowiązującym przepisem.

Jeżeli dokument papierowy jest wielostronicowy, to dla zapewnienia integralności parafowane są zazwyczaj wszystkie strony a dodatkowo dokument jest podpisywany na końcu w miejscu do tego przeznaczonym. Jeżeli z kolei mamy do czynienia z pakietem (paczką) dokumentów papierowych to utrwaliła się praktyka, że podpisywany (a nie tylko parafowany) jest każdy z tych dokumentów z osobna we wskazanych miejscach przez upoważnione osoby.

W przypadku postaci elektronicznej wszystkie składane dokumenty mogą być scalone przykładowo do jednego dokumentu PDF, który podpisują osoby upoważnione do wyrażania woli w imieniu podmiotu, który składa te dokumenty. Podpis - w jednym z możliwych wariantów - może być też złożony na pliku skompresowanym zawierającym wewnątrz szereg dokumentów obejmując tym samym je wszystkie.

Dokument papierowy może być sporządzony w ściśle określonej liczbie egzemplarzach, ograniczając w ten sposób liczbę istniejących oryginałów. „Powielanie” takiego oryginalnego dokumentu może nastąpić tylko w postaci potwierdzonej (lub nie) kopii, która oczywiście nie stanowi oryginału. Podpisany elektronicznie dokument może być dowolnie „powielany” tworząc kolejne egzemplarze stanowiące de facto oryginały tego dokumentu.

Interpretacja przepisów w każdym przypadku powinna brać pod uwagę cel, który przyświecał ustawodawcy krajowemu

oraz kontekst międzynarodowy stosowania prawa krajowego, które nie może być sprzeczne z nadrzędnym prawem UE. W przypadku wątpliwości, to prawo UE powinno być rozstrzygające. Ten aspekt jest szczególnie istotny w elektronicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o które mogą ubiegać się wykonawcy z różnych państw członkowskich. W tym kontekście dyrektywy zdecydowanie wskazują na to, że ich celem jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tworzenie kolejnych utrudnień, tym bardziej o charakterze proceduralnym i formalnym.

Biorąc powyższe pod uwagę wskazujemy jak poniżej.

1. Zgodnie z ustawą z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.2017.570 t.j. z późn. zm.) art. 3 pkt. 2) (zwana dalej: „ustawą o informatyzacji”) dokument elektroniczny zdefiniowano jako:

„stanowiący odrębną całość znaczeniową zbior danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych”.

W celu ustalenia ważności oferty w świetle przepisów ustawy, kluczowe jest ustalenie, kiedy mamy do czynienia z dokumentem elektronicznym. Zgodnie z przytoczoną definicją musi to być stanowiący odrębną całość znaczeniową zbior danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej. Odwołując się do ww. definicji z ustawy o informatyzacji należy uznać, że skan papierowego formularza oferty do pliku, który zostaje następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymagania definicji. Wyjaśniamy, że każdy dokument zapisany w formatach takich jak PDF, JPG, DOCX stanowi jako zbior danych odrębną całość znaczeniową w określonej strukturze wewnętrznej i musi być zapisany na nośniku danych, aby można go było odczytać. Dzięki uporządkowaniu struktury wewnętrznej komputery są w stanie zinterpretować obraz, dźwięk, zapisy tekstowe. W szczególności skan posiada strukturę wewnętrzną pozwalającą na interpretację odpowiednich bitów zapisu jako obrazu zeskanowanego dokumentu. Innymi słowy, z technicznego i prawnego punktu widzenia, skan formularza oferty podpisany elektronicznie przyjmuje postać elektroniczną w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy i jest dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji.

2. Warto wskazać, że Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (zwane dalej: „eIDAS”) w art. 3 pkt. 35 również zawiera definicję dokumentu elektronicznego:

„dokument elektroniczny” oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne”

Wymaga stwierdzenia, że definicja z eIDAS nie jest sprzeczna z definicją z ustawy o informatyzacji. Definicja eIDAS jest wręcz bardziej otwarta, gdyż odnosi się do „każdej treści przechowywanej w postaci elektronicznej”.

3. Ustawa o informatyzacji zawiera ponadto jeszcze dwie istotne definicje biorąc pod uwagę analizowane zagadnienie:

„wzór dokumentu elektronicznego (art. 3 pkt. 24) - zbior danych określających zestaw, sposób oznaczania oraz wymagalność elementów treści i metadanych dokumentu elektronicznego, a także mogących określać sposób zapisu danych dla wskazanych elementów oraz kolejność i sposób wyświetlania na ekranie lub drukowania poszczególnych elementów (wizualizacji)”;

„formularz elektroniczny- oprogramowanie służące do przygotowania i wygenerowania dokumentu elektronicznego zgodnego z odpowiadającym mu wzorem dokumentu elektronicznego, mogące stanowić część usługi udostępnionej na ePUAP lub w innym systemie teleinformatycznym;”

Wyjaśniamy, że dla dokumentu elektronicznego zgodnie z ustawą o informatyzacji, można ustanowić wzory. W przypadku, gdy dla dokumentu zostanie określony wzór, stanowi on dokładny opis struktury wewnętrznej dokumentu elektronicznego. W takiej sytuacji, aby dokument mógł być uznany za elektroniczny zgodny ze wzorem, musi dokładnie odzwierciedlać strukturę wzoru. W przypadku jednak braku takiego ustawowego wzoru, struktura wewnętrzna dokumentu elektronicznego ma postać przyjętą dla danego formatu dokumentu obrazu, dźwięku, tekstu lub inną. Wskazujemy, że przepisy ustawy ani aktów wykonawczych nie zawierają ustalonych wzorów dla formularzy oferty. Co więcej, wieloletnia linia orzecnicza KIO wskazuje, że wykonawcy nie można narzucić wzoru formularza pod rygorem nieważności. Wykonawca zawsze może złożyć ofertę na własnym formularzu pod warunkiem, że będzie ona zawierała wszystkie wymagane przez siwz i przepisy prawa informacje. Zatem tak długo jak złożona oferta spełni definicję dokumentu elektronicznego powinna być uznana za ważną, również wówczas, gdy ma postać skanu tj., gdy oryginalna postać elektroniczna powstała poprzez zeskanowanie dokumentu papierowego i jego elektroniczne podpisanie.

4. Należy dalej wskazać, że dokument w postaci pliku PDF można utworzyć w różny sposób, a jednym z nich jest tzw. drukowanie do PDF. Ten proces może być realizowany w sposób, gdzie w PDF są tworzone zapisy reprezentujące tekst lub może być oparty o wykonanie obrazowania. W zależności od przyjętego interfejsu obrazowania może być ono wykrywalne lub nie. Innymi słowy, nie zawsze jest możliwe ustalenie, czy w wykonaniu tego obrazowania (w procesie

tworzenia dokumentu) był wykorzystany wcześniej papierowy nośnik (skanowanie) czy było to realizowane od razu w systemie komputerowym. W szczególności obrazowanie pozwala na dodawanie dodatkowych znaków, w tym także naniesienie faksymile podpisu lub obrazu pieczęci (udających pieczęcie tradycyjne). W związku z tym należy rozróżniać i inaczej traktować dokumentów takich, w których wykorzystano tylko system komputerowy do utworzenia ostatecznego dokumentu, czy też korzystano z-technik pośrednich - drukowanie lub faksowanie, gdyż zamawiający nie zawsze będą w stanie dokonać takiego rozróżnienia. Innymi słowy, przyjęcie założeń z wyroku KIO 2611/18 spowoduje, że odrzucane będą tylko oferty, z których wyraźnie będzie wynikało, że powstały ze skanu dokumentu papierowego (np. z uwagi na zeskanowanie ręcznego podpisu), a pozostaną ważne oferty, które powstały w dokładnie taki sam sposób, z tą różnicą, że nie można tego stwierdzić. Podkreślamy, że rozróżnienie może być realizowane w zakresie czytelności, natomiast wszystkie wymagania dotyczące sposobu utworzenia tego PDF mogą pozostawać zapisami ostatecznie nieweryfikowalnymi.

5.W przypadku przepisów ustawy w kontekście analizowanego zagadnienia, należy zwrócić uwagę na zapisy art. 10a ust. 5 ustawy, § 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 (Dz.U.2017.1320) oraz § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126) oraz przepisy Kodeksu Cywilnego.

Zgodnie z art. 10a ust. 5 ustawy

„Oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Zgodnie z art. 78 (1) Kodeksu Cywilnego:

„§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

§2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”.

Przypominamy, że w świetle ustawy o informatyzacji dokument elektroniczny zdefiniowano jako stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Definicję tę spełnia - jak już wykazano - również dokument PDF powstały poprzez zeskanowanie dokumentu papierowego do pliku (wytworzenie dokumentu elektronicznego) i jego podpisanie elektroniczne. Zatem również oferta (w rozumieniu art. 10a ust. 5 Pzp) sporządzona w ten sposób będzie dokumentem „sporządzonym” w postaci elektronicznej, gdyż istotny jest efekt końcowy tj. zaistnienie dokumentu elektronicznego w postaci pliku prawidłowo podpisanego elektronicznie, który następnie zostaje złożony jako oferta. Nie ma żadnego znaczenia, czy dokument powstawał jako skan dokumentu papierowego czy od razu na komputerze. Efektem jest sporządzenie (i złożenie) dokumentu elektronicznego w rozumieniu ustawy o informatyzacji.

Znajduje to potwierdzenie w art. 78 (1) KC, który w § 1 wskazuje „Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Inaczej mówiąc, w świetle przepisów każde oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej jest jednocześnie dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji oraz rozporządzenia eIDAS. Oczywiście nie każdy dokument elektroniczny podpisany przez konkretnego wykonawcę będzie oświadczeniem woli tego wykonawcy (np. referencje) ale nie ma to znaczenia dla oceny głównego analizowanego problemu.

6.W treści § 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 ustawodawca wskazał:

1.Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.

2.W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

W naszej ocenie przepis rozporządzenia jest spójny z ustawą Pzp (oraz aktami wykonawczymi do niej) jak i z przepisami Kodeksu Cywilnego. Wynika z niego, że jeżeli dokument nie powstał w postaci elektronicznej, tj. w pewnym momencie czasu istnieje tylko na papierze, wykonawca może sporządzić i przekazać jego elektroniczną kopię poprzez

zeskanowanie do pliku i podpisanie elektronicznie. Co więcej, zgodnie z ust. 2 samo opatrzenie kopii kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem za zgodność z oryginałem. Nie jest zatem potrzebne dokonywanie odrębnych adnotacji typu „potwierdzam za zgodność z oryginałem”.

W celu ustalenia czy dokument elektroniczny składany jest w oryginale czy też w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem konieczne jest wzięcie pod uwagę kontekstu wystawienia i złożenia danego dokumentu. Dokument elektroniczny różni się bowiem od tradycyjnego i nie zawsze można go oceniać w tych samych kategoriach co papierowy. W świecie elektronicznym nie występuje rozróżnienie pomiędzy oryginałem i kopią. Dokument elektroniczny ma dowolną liczbę oryginałów. Można zatem wskazać, że elektronicznie podpisany skan podpisanego własnoręcznie dokumentu papierowego stanowi jednocześnie potwierdzoną za zgodność kopię elektroniczną dokumentu papierowego i jednocześnie elektroniczny oryginał spełniający definicję dokumentu elektronicznego, o tej samej treści.

W naszej ocenie, w odniesieniu do dokumentów elektronicznych - należy zatem zastosować prostą zasadę, zgodnie z którą, jeżeli w treści dokumentu nie określono wprost w jakim charakterze jest on podpisany elektronicznie (np. stwierdzenie wprost, że jest to kopia poświadczona za zgodność z oryginałem) to konieczne jest przyjęcie, że w przypadku dokumentów własnych (wykonawcy) prawidłowe podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawsze powoduje, iż mamy do czynienia z oryginałem. W naszej ocenie nie ma przy tym znaczenia, czy osoba podpisana ręcznie (której skan ręcznego podpisu widnieje na dokumencie) jest tą samą osobą, która podpisuje się elektronicznie. Istotne jest jedynie, czy podpis elektroniczny jest prawidłowy z punktu widzenia zasad reprezentacji tego podmiotu. W ten sposób powstaje bowiem „nowy” oryginał, tym razem w postaci elektronicznej. Podpisy złożone ręcznie na dokumencie papierowym (później zeskanowanym i stworzonym niejako od nowa jako elektroniczny o tej samej treści) nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowości zachowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Podkreślamy, że podobnie jak podpisy złożone na papierze, dokument elektroniczny również umożliwia złożenie wielu podpisów elektronicznych, różnych osób, nie tylko takich które mogą stanowić reprezentację podmiotu. Dla przykładu pod dokumentem może być 5 podpisów, przy czym tylko dwa z nich stanowią reprezentację spółki. Taki dokument powinien być uznawany, jako podpisany zgodnie z reprezentacją o ile wśród złożonych podpisów znajdują się takie, które są złożone zgodnie z KRS lub udzielonym pełnomocnictwem. Tym bardziej „pozostałości” na skanie dokumentu w postaci podpisów ręcznych nie mają żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości podpisów elektronicznych. Jeżeli podpisy elektroniczne zostały złożone prawidłowo, zgodnie z umocowaniem wynikającym z KRS lub pełnomocnictwem, to taki dokument należy uznać za dokument elektroniczny złożony w oryginale.

Podobnie, zgodnie z ww. zasadą, w przypadku dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich (nie będących oświadczeniem woli składającego je wykonawcy), jeżeli nie określono wprost w jakim celu dokument jest podpisywany w jego treści, to celem tym, jako domyślnym, jest poświadczenie dokumentu za zgodność z oryginałem na mocy § 5 ust. 2 rozporządzenia. W takim przypadku dokument jest zatem domyślnie składany w poświadczonej kopii.

Należy zatem przyjąć założenie, że składając podpis elektroniczny (w szczególności kwalifikowany podpis elektroniczny) składający działa racjonalnie, tzn. podpisując dokumenty własne realizuje uprawnienia wynikające z udzielonych mu pełnomocnictw (tworząc oryginały), natomiast podpisując dokumenty cudze potwierdza co najwyżej ich autentyczność (zgodność z oryginałem).

Powyższe pozostaje też zgodne z treścią § 14 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

7. Uważamy za istotne odrębne odniesienie się do zagadnienia złożenia „paczki” dokumentów elektronicznych (ZIP, „spakowane”) i przedstawienie postulatu w sprawie sposobu interpretacji § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W naszej ocenie, w świetle przedstawionej wyżej argumentacji, „zipowanie” w jednym skompresowanym pliku dokumentów/oświadczeń własnych (np. oferta, JEDZ) oraz cudzych (np. referencje) i opatrzenie „paczki” jednym podpisem kwalifikowanym powinno również być uznane za prawidłowe, z logiką następującą-w odniesieniu do dokumentów własnych wykonawcy celem złożenia podpisu będzie ich podpisanie, czyli złożenie oświadczenia woli w wymaganej, elektronicznej formie w oryginale, a w odniesieniu do „cudzych” dokumentów celem tego podpisu będzie, zgodnie z rozporządzeniem, poświadczenie ich za zgodność z oryginałem. Co prawda rozporządzenie w § 5 ust. 2 stanowi o przekazywaniu przez wykonawcę „elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia” nic nie wspominając o oryginale, jednakże w naszej ocenie przyjęcie przedstawionej koncepcji nie jest z tym przepisem sprzeczne a stanowi jego uprawnioną interpretację. Zgodnie z możliwościami technicznymi i przyjętą powszechnie praktyką, podpisy elektroniczne stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych jak i skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. We wszystkich tych przypadkach, zgodnie z definicją podpisu elektronicznego z eIDAS podpisy wywołują takie same skutki prawne. Złożenie podpisu pod paczką jak i pod każdym dokumentem z osobna daje ten sam efekt. Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików/dokumentów. Innymi słowy niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania pojedynczych plików każdego z osobna, czy wszystkich łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików (w tym ZIP) obejmuje całość zawartych w nim danych.

Podkreślamy, że w przypadku dokumentu JEDZ powyższe znajduje potwierdzenie wprost w treści Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, gdzie ustawodawca wspólnotowy wskazał: „Co się tyczy podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu(-ym) podpisowi(-om) na środkach przekazu.

Podsumowując, w przypadku skompresowanego w pliku ZIP pakietu dokumentów własnych składając podpis zawsze tworzymy oryginał, w przypadku cudzych domyślnie tworzymy kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Nie ma znaczenia czy dokumenty te są skompresowane razem czy osobno. Naszym zdaniem przepis rozporządzenia nie jest z tym rozumowaniem sprzeczny.

Warto przy tym zaznaczyć, że niektóre dokumenty np. JEDZ podmiotu trzeciego albo konsorcjanta muszą być podpisane przez wystawcę. Zatem umieszczenie go w paczce dokumentów ZIP (własnych i cudzych) i podpisanie elektroniczne może powodować wrażenie, że jest on niejako podpisany po raz drugi, tym razem przez wykonawcę składającego ofertę. W naszej ocenie nie ma to znaczenia, gdyż jak już wskazaliśmy wcześniej, istotne jest, czy uprawniony do reprezentacji podmiotu trzeciego podpisał prawidłowo dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z zasadą z § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten „dodatkowy” podpis na pliku ZIP nie będzie brany pod uwagę w odniesieniu do plików wcześniej elektronicznie podpisanych przez wystawców - oryginalnych. Wykonawca składający ofertę tylko „wkłada” je do paczki. Przepis § 5 ust. 3 stanowi, że w przypadku przekazywania dokumentu elektronicznego skompresowanego, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych odpowiednio przez innego wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę. Analogicznie, w przypadku dokumentów już wcześniej podpisanych przez wystawców (np. konsorcjanta czy podmiot udostępniający zasoby) uznawany będzie podpis wystawcy.

Proponujemy zatem stosować przyjazną wykonawcom wykładnię § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w przypadku złożenia oferty w pliku ZIP, na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia rekomendujemy uznawanie takiej oferty za ważną i prawidłowo podpisaną.

8. Na koniec warto podkreślić, że celem dyrektyw wspólnotowych jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Dyrektywa klasyczna w art. 22 ii stanowi „jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów”. W tym kontekście przedstawiony przez PIIT sposób interpretacji przepisów jest zgodny z dyrektywą. Przyjęcie argumentacji z wyroku KIO 2611/18 daje naszym zdaniem efekt odwrotny, tworząc w sposób nieuzasadniony postawę do odrzucania ofert z powodu rzekomego niedotrzymania postaci elektronicznej, w sytuacji, gdy de facto oferty te są złożone prawidłowo.

Należy zatem krytycznie oceniać stwierdzenia Izby z wyroku KIO 2611/18. Izba wskazała tam między innymi: „Elektroniczna kopia dokumentu jest zatem dokument, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych np. w formie skanu”, oraz „Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie oferty w formie tradycyjnej - pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej. Wskazać przy tym należy, iż Ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w koleiny był prawny, uznając po tym samym za niedopuszczalny”.

Stanowisko z orzeczenia KIO 2611/18 nie jest słuszne, gdyż jak wykazaliśmy, dokument stworzony w ten sposób, że zeskanowany zostaje dokument papierowy i następnie tak powstały plik zostaje podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, powoduje, że dokument ten jest oryginałem - dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji i rozporządzenia eIDAS. Nie mamy tu do czynienia z kopią czy tym bardziej „odrębną formą”, „kolejnym bytem prawnym”. Bez znaczenia przy tym jest czy dokument papierowy został uprzednio, czy też nie, opatrzony własnoręcznym podpisem. W obu przypadkach następcze jego podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wypełniać będzie wymogi formy elektronicznej w rozumieniu przepisu art. 78 KC. Z tego względu w taki sposób podpisane oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinny być uznane za ważne.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła A. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą O.pl A. O. z siedzibą w Ochojnie w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505

ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 14 zw. z art. 97 ust. 10 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż Odwołujący wniósł prawidłowo wadium w tym postępowaniu

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko odwołującego, co do charakteru stosunku gwarancji wadialnej jako oderwanego i nieakcesoryjnego, co do zasady w odniesieniu do dwóch innych stosunków prawnych wiążących się z gwarancją wadialną to jest stosunkiem zabezpieczenia terminu związania oferta pomiędzy zamawiającym i wykonawcą oraz stosunkiem zlecenia udzielenia gwarancji funkcjonującym pomiędzy wykonawcą i bankiem. W ocenie Izby treść gwarancji nr 001/23/86/G nie ma charakteru kazualnego ani mieszanego, bowiem z żadnym swoim postanowieniem nie odnosi się do stosunku zlecenia.

Izba podziela pogląd, że w przypadku dokumentu elektronicznego każdego jego utrwalenie w formie pliku zawierającego weryfikowalne podpisy elektroniczne, który nie wykazuje cech naruszenia jego integralności może być traktowany jak oryginał tego dokumentu. Jednakże Izba podziela stanowisko odwołującego, że ustawodawca określił, na potrzeby wnoszenia wadium, że oryginałem jest plik zawierający dokument gwarancji wadialnej uzyskany od banku gwaranta przez wykonawcę i w postaci uzyskanej przekazany zamawiającemu. Niewątpliwie w ocenie Izby ustawodawca ma świadomość, że dokument elektroniczny na prawach oryginału może występować w wielu egzemplarzach, świadczy o tym fakt, że ustawodawca zdecydował się uregulować zwrot wadium w innej formie niż pieniężna nie przez zwrot uzyskanego dokumentu, ale w drodze oświadczenia o zwolnieniu wadium. Mimo to ustawodawca posłużył się pojęciem oryginału dokumentu składanego zamawiającemu, co w ocenie Izby oznacza, że ustawodawca traktuje właśnie taki plik jako plik na prawach oryginału. Izba natomiast ma wątpliwość co do możliwości spełnienia wymagania zamawiającego określonego w pkt X.9 bowiem z jednej strony zamawiający dopuszcza zwrot oryginału dokumentu wadium przez siebie samego ze skutkiem wygaśnięcia wadium, z drugiej zakazuje postanowień upoważniających inny podmiot do zwrotu tego dokumentu ze skutkiem wygaśnięcia. W ocenie Izby zatem zamawiający ustanowił formę ubezskutezczenia wadium nieznaną obecnie w ustawie, a polegającą na zwrocie oryginału dokumentu wadium przez zamawiającego, mimo, że ustawodawca chcąc uniknąć wątpliwości, co do momentu zwrotu wadium w formie innej niż pieniężna oderwał tę czynność w ogóle od fizycznego zwrotu dokumentu zastępujące je oświadczeniem o zwolnieniu wadium. W ocenie Izby wprowadzenie przez zamawiającego wymagań dotyczących wygaśnięcia wadium przez zwrotu oryginału dokumentu, wobec braku odpowiednich uregulowań ustawowych doprowadziło do problemów interpretacyjnych w tym postępowaniu.

Z jednej bowiem strony postanowienie z par. 3 ust. 5 gwarancji wadialnej odwołującego jest zgodne z wymaganiami zamawiającego, bo w świetle pkt X.9 zamawiający może zwrócić wadium w celu jego wygaszenia przez zwrot oryginału dokumentu wadium, a z drugiej może być uznane za pozornie niezgodne, gdyby taki oryginał w rozumieniu zmultiplikowanego pliku zwrócił inny podmiot, w tym wykonawca. Trzeba zatem zanalizować postanowienia gwarancji wadialnej, czy rzeczywiście taka sytuacja jest na gruncie tej gwarancji możliwa. W tym miejscu Izba zwróciła uwagę na dwa istotne postanowienia gwarancji „Gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty zleceńodawcy wskazanej w gwarancji” i „Gwarancja niniejsza jest nieprzenaszalna”. W ocenie Izby te dwa postanowienia gwarancji ograniczają krąg podmiotów, które mogą zwrócić oryginał gwarancji gwarantowi eliminując podmioty trzecie takie, które weszły w posiadanie dokumentu elektronicznego gwarancji przypadkiem – przez umieszczenie na platformie e-zamówienia, podczas przesyłu środkami komunikacji elektronicznej, przez przekazanie dokumentacji do Izby, jak również przekazane przez zamawiającego innym podmiotom np. w wykonaniu cesji wierzytelności ze stosunku gwarancji na zabezpieczenie innych roszczeń. Ich bowiem działania nie pozostają w związku ze złożoną w postępowaniu ofertą zleceńodawcy, i naruszają zakaz przenaszalności gwarancji. Zamawiający zaś zgodnie z pkt. X.9 ma prawo zwrócić oryginał gwarancji, zatem zwrot przez niego nie powoduje nieprawidłowości gwarancji. Pozostaje zatem wykonawca, który może przechowywać na swoim dysku egzemplarz pliku. Jednak w ocenie Izby uważna lektura całego par. 3 gwarancji wadialnej nie pozwala na ustalenie, że zwrot oryginału przez wykonawcę zwalnia gwaranta. Nie można w ocenie Izby wyklądać pkt. 5 par. 3 w oderwaniu od postanowień uregulowanych w całym tym paragrafie, bowiem wypacza to sens tego paragrafu. Izba zauważa, że par. 5 ust. 1 mówi, że gwarancja jest ważna tylko w stosunku do oferty zleceńodawcy wskazanej w gwarancji, czyli nie można z niej podnosić roszczeń oderwanych od celu i treści złożonej oferty, co więcej ten punkt rozwiązuje także ewentualne spory o ofertę konsorcjalną, bo jeśli to nie jest oferta zleceńodawcy wskazanego w gwarancji czyli obejmującego tożsamy podmiotowo zakres wykonawców, to gwarancja jest nieważna.

W ust. 2 określona jest maksymalna ważność gwarancji. W ust. 3 uregulowano sytuację, gdy żądanie beneficjenta nie zostanie zgłoszone w terminie ważności gwarancji. W ust. 4 uregulowano sytuację zwrotu oryginału gwarancji po zaspokojeniu roszczeń gwaranta lub upływie terminu gwarancji. Jest to zatem ustęp, który ponownie jak ust. 3 odnosi się do zachowań beneficjenta. Ustęp ten też określa, co stanie się z gwarancją po zaspokojeniu wszystkich roszczeń lub upływie ważności gwarancji nawet jeśli oryginał nie zostanie zwrócony. Nadal w domyśle w ocenie Izby dotyczy to braku zwrotu dokumentu przez zamawiającego. Wreszcie ust. 5 reguluje sytuację wcześniejszego wygaśnięcia gwarancji to

jest wygaśnięcia gwarancji mimo niezaspokojenia wszystkich roszczeń zamawiającego i przed upływem terminu ważności gwarancji. Przy czym w ocenie Izby hipotezą tego postanowienia jest zaspokojenie roszczeń do wysokości sumy gwarancyjnej i zwrot dokumentu wadium, a sankcją wygaśnięcie stosunku. Jednak w ocenie Izby postanowienie to wcale nie dotyczy tego, kto ma zwracać oryginał wadium, a przede wszystkim nie przesądza, że zwrotu tego może dokonać wykonawca lub inny podmiot. Przeciwnie w ocenie Izby cały paragraf 3 dotyczy ważności gwarancji wadium w stosunku zamawiający – gwarant, ten dokument w żadnym z jego postanowień poza postanowieniem „Gwarancja niniejsza nie jest przenośna” nie reguluje zachowań innych podmiotów niż zamawiający i bank gwarant. Bowiernie to zamawiający ma ustalić, czy w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do zdarzeń opisanych w par. 2 ust. , to zamawiający ma w prawidłowy – zgodnie z par 2 ust. 2- 4 zgłosić żądanie, zaś par. 3 określa kiedy gwarancja jest ważna i kiedy kończy się jej byt, ale z tych postanowień nie wynika, że może być odnoszona do innych podmiotów niż zamawiający i gwarant. Jedynie dodatkowo można wskazać, że gdyby przyjąć, że wielość plików elektronicznych tego samego dokumentu pozwala na kwestionowanie oryginalności dokumentu składanego zamawiającemu, to rodziłoby to daleko idące skutki w ocenie prawnej wszystkich dokumentów elektronicznych składanych zamawiającemu począwszy od oferty, przez dokument JEDZ, zobowiązanie podmiotu trzeciego. Nadto należy zauważyć, że dodatkowym potwierdzeniem prawidłowego rozumowania Izby przyjętego powyżej jest treść par. 15 ust. 2 umowy o ustanowienie gwarancji, która zwalnia zleceniodawcę z obowiązku świadczenia na rzecz gwaranta tylko w dwóch przypadkach upływu terminu ważności gwarancji lub zaspokojenia wszystkich wierzytelności Banku z tytułu realizacji gwarancji. Tym samym wcześniejsze wygaśnięcie gwarancji nie ma wpływu na zakres świadczenia zleceniodawcy w stosunku umowy o udzielenie gwarancji. Izba zwraca uwagę, że w poprzednim stanie ustawodawca nie uregulował w ogóle czy gwarancja bankowa ma być składana w oryginale, praktyka w tym zakresie po stronie banków i zamawiających była różna, a orzecznictwo Izby w rzeczywistości doprowadziło do uznania, że zamawiającemu w celu skutecznego dochodzenia roszczeń powinien być składany oryginał dokumentu, nie oznacza to jednak, że orzecznictwo zapadłe w uprzednim stanie faktycznym w całości zachowuje aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego. W ocenie Izby, dokument wadium składany zamawiającemu jest dokumentem traktowanym na gruncie ustawy jako oryginał. Nadto również w poprzednim stanie prawnym ustawodawca nie regulował sposobu zwrotu wadium wniesionego w innej formie niż pieniężna obecnie jest to oświadczenie o zwolnieniu wadium. Biorąc to pod uwagę, nie można uznać, że w każdym stanie faktycznym uprzednio wypracowana linia orzecznicza znajdzie zastosowanie. W ocenie Izby w tym postępowaniu istotna była indywidualna analiza dokumentu gwarancji.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 ustawy - przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy O.PL A. O., pomimo iż oferta odwołującego została bezpodstawnie odrzucona i to oferta odwołującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza przy ustalonych w SWZ kryteriach oceny ofert

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Skoro oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to zamawiający powinien był ją zbadać i ocenić w ustanowionych przez siebie kryteriach oceny ofert. Wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji pominięcia oferty niepodlegającej odrzuceniu jest wyborem wadliwym, który należy unieważnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 7 ust. 1 zd. 1 cyt. rozporządzenia obciążając zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrot kosztów uiszczanego wpisu, poniesionych wydatków pełnomocnika na podstawie złożonej faktury z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczalnej przez rozporządzenie oraz kosztów dojazdu na podstawie przedstawionych biletów kolejowych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....