

**KIO 338/19, Ocena skuteczności wniesienia wadium. - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej**

LEX nr 2677515

**Wyrok**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

**z dnia 14 marca 2019 r.**

**KIO 338/19**

**Ocena skuteczności wniesienia wadium.**

**TEZA aktualna**

Opisany w art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. przypadek nieprawidłowego wniesienia wadium należy identyfikować, przykładowo, z sytuacjami, w których treść dokumentów potwierdzających wniesienie wadium nie obejmuje wszystkich przypadków jego zatrzymania.

**UZASADNIENIE**

**Skład orzekający**

Przewodniczący: Daniel Konicz.

Członkowie: Marek Kolesznikow, Beata Konik.

**Sentencja**

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 lutego 2019 r. przez Odwołującego - wykonawcę FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Aleksandrów Łódzki, przy udziale wykonawcy Zakład Robót Sanitarnych "SANATOR" sp. z o.o. z siedzibą w Rąbieniu, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze co do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 1 i 3 Pzp wobec cofnięcia odwołania w tym zakresie.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę w wysokości 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
1. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 j.t. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Członkowie:.....

### **Uzasadnienie faktyczne**

Gmina Aleksandrów Łódzki (dalej: "Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej "Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z podziałem na części pn.: "Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki", zwane dalej: "Postępowaniem".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu ("Ogłoszenie") zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 grudnia 2018 r., pod nr 2018/S 247-569686.

13 lutego 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy Zakład Robót Sanitarnych SANATOR sp. z o.o. z siedzibą w Rąbieniu (dalej "Wykonawca S").

25 lutego br. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej "Izba" lub "KIO") wpłynęło odwołanie wykonawcy FB Serwis S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej "Odwołujący") od wyboru przez Zamawiającego oferty złożonej przez Wykonawcę S w ramach obu części zamówienia, zaniechania odrzucenia oferty Wykonawcy S oraz zaniechania wezwania Wykonawcy S do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 10a ust. 1 i 5 Pzp oraz w zw. z § 5 ust. 1 i 2 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. poz. 1320 z późn. zm.), zwanego dalej "Rozporządzeniem w sprawie środków komunikacji...", przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, pomimo że jest ona niezgodna z Pzp, gdyż została złożona jako kopia elektroniczna oferty pisemnej (dokumentu sporządzonego w wersji pisemnej podpisanego własnoręcznie przez Prezesa Zarządu Wykonawcy S), która następnie została opatrzona podpisem elektronicznym ww. osoby, a tym samym zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia w sprawie środków komunikacji... została ona złożona jako kopia oferty poświadczona za zgodność z oryginałem, podczas gdy zgodnie z przywołanym przepisem art. 10a ust. 5 Pzp oferta winna być pod rygorem nieważności sporządzona w postaci elektronicznej i następnie - w takiej samej postaci - opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, pomimo że jest ona niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ("SIWZ"), tj. z postanowieniem rozdziału XII pkt 3 SIWZ, gdyż została złożona jako kopia elektroniczna oferty pisemnej (dokumentu sporządzonego w wersji pisemnej podpisanego własnoręcznie przez Prezesa Zarządu Wykonawcy S), która następnie została opatrzona podpisem elektronicznym ww. Prezesa Zarządu, a tym samym zgodnie z postanowieniem § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia została ona złożona jako kopia oferty poświadczona za zgodność z oryginałem, podczas gdy zgodnie z rozdziałem XII pkt 3 SIWZ ofertę należało złożyć w

oryginał, zaś Zamawiający wyraźnie wskazał, że nie dopuszcza możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym;

3. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S w zakresie części II zamówienia, pomimo że wykonawca ten nie wniósł w tej części wadium w sposób prawidłowy, gdyż złożył Zamawiającemu dokument gwarancji ubezpieczeniowej sporządzony na piśmie, z podpisem własnoręcznym przedstawiciela banku (względnie, jako poświadczoną przez siebie za zgodność z oryginałem kopię ww. dokumentu pisemnego - dokumentacja udostępniona Odwołującemu nie pozwala na definitywne przesądzenie tej kwestii), podczas gdy wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej z jednej strony winno mieć postać oryginału (tj. dokumentu pochodzącego oryginalnie od ubezpieczyciela), z drugiej zaś winno zostać przekazane za pomocą środków komunikacji elektronicznej, zaś zgodnie z postanowieniem rozdziału X pkt 14 SIWZ Zamawiający wymagał, aby wadium wnoszone w postaci elektronicznej obejmowało przekazanie tego dokumentu w takiej formie, w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu;

4. art. 90 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Wykonawcy S do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, pomimo że zaoferowana przez niego cena została określona na bardzo niskim poziomie, który budzi wątpliwości co do możliwości pokrycia w ramach tej ceny wszystkich kosztów zamówienia, w tym w szczególności kosztów pracy, kosztów sprzętu (w tym pojazdów odbierających odpady), kosztów logistyki odbierania odpadów, a także bardzo istotnych kosztów zakupu i rozstawienia pojemników na odpady oraz kosztów zagospodarowania odebranych odpadów, co w konsekwencji prowadziło do naruszenia również

5. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 90 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy S, pomimo że zaoferowana przez niego oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji o wyborze oferty Wykonawcy S jako oferty najkorzystniejszej;
2. odrzucenia oferty Wykonawcy S;

względnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższego żądania 3. wezwania Wykonawcy S do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem złożył w Postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która została przez Zamawiającego sklasyfikowana na drugim miejscu. Uwzględnienie odwołania doprowadzi do odrzucenia oferty Wykonawcy S, a w takim przypadku to oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu.

1. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty SANATOR

1.1. Niezgodność oferty Wykonawcy S z Pzp W aktualnym stanie prawnym zarówno złożenie oferty, jak i dokonanie wszelkich innych czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest dopuszczalne wyłącznie przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Powyższe wynika jednoznacznie z treści art. 10a ust. 1 Pzp. W chwili obecnej nie jest dopuszczalne komunikowanie się wykonawców z zamawiającym w inny sposób, w szczególności, jak było to praktykowane w uprzednio obowiązującym stanie prawnym, przy

wykorzystaniu formy pisemnej. Powyższe ograniczenie sposobu komunikacji ma szczególnie istotne znaczenie w przypadku składania oferty, jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia oraz wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z art. 10a ust. 5 Pzp takie dokumenty sporządza się pod rygorem nieważności w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym, oferty składane z naruszeniem dyspozycji ww. przepisu, tj. sporządzone w innej niż elektroniczna postać (np. w postaci pisemnej), lub nieopatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym (lecz np. podpisem własnoręcznym lub podpisem elektronicznym nie kwalifikowanym) są nieważne i nieskuteczne.

W przedmiotowym stanie faktycznym Wykonawca S przekazał Zamawiającemu formularz, który został najpierw sporządzony w formie pisemnej (opatrzonej własnoręcznym podpisem Prezes Zarządu Wykonawcy S), a następnie zeskanowany i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym osoby uprawnionej do reprezentowania Wykonawcy S. Taka postać formularza ofertowego (stanowiącego zgodnie z zapisem pkt 3 w rozdziale XII SIWZ element oferty) nie może być uznana za ofertę sporządzoną w postaci elektronicznej i opatrzoną podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 Pzp), lecz musi być uznana za elektroniczną kopię dokumentu oferty poświadczoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę (§ 5 ust. 2 Rozporządzenia). Na poparcie tego poglądu Odwołujący przywołał fragment uzasadnienia wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 2611/18.

Odwołujący skonstatował, że złożona przez Wykonawcę S oferta (formularz ofertowy, który zgodnie z rozdziałem XII pkt 4 SIWZ stanowił w niniejszym postępowaniu element oferty) została sporządzona w niezgodnej z art. 10a ust. 5 Pzp postaci (tj. w postaci pisemnej) i jako taka, z uwagi na przewidziany w tym przepisie rygor nieważności, musi być uznana za nieskuteczną (nieważną).

Zdaniem Odwołującego podobnie należy ocenić przedstawiony przez Wykonawcę S wykaz instalacji prowadzących recykling, odzysk lub unieszkodliwienie odpadów do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady zgodnie z art. 6f. ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zwanej dalej "Ucpg". Dokument ten również stanowi ofertę Wykonawcy S, bowiem (1) określa zobowiązanie tego wykonawcy do przekazywania odpadów do określonych instalacji i (2) zawiera informacje, które zgodnie z przepisem art. 6d ust. 4 pkt 5 Ucpg muszą być przez wykonawcę zawarte w ofercie.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że oferta Wykonawcy S jest niezgodna z Pzp i jako taka winna zostać odrzucona na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

## 1.2. Sprzeczność oferty Wykonawcy S z SIWZ

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale XII pkt 3 SIWZ zastrzegł w sposób wyraźny i niebudzący żadnych wątpliwości, że ofertę należy złożyć w oryginale i że nie dopuszcza on możliwości złożenia skanu oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tym samym Zamawiający rozstrzygnął i przesądził, że nie jest dopuszczalne złożenie oferty w taki sposób, w jaki swą ofertę (formularz ofertowy i wykaz instalacji) złożył w Wykonawca S.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę okoliczności opisane przez Odwołującego powyżej, stwierdzić należy, że oferta Wykonawcy S jest niezgodna również z treścią SIWZ,

ponieważ została złożona w takiej postaci, której Zamawiający wyraźnie nie dopuścił. Powyższe wino skutkować jej odrzuceniem dodatkowo również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

2. Uzasadnienie dotyczące zarzutu nieprawidłowego wniesienia wadium Opisany powyżej obowiązek przekazywania oświadczeń i dokumentów w postaci elektronicznej - przy wykorzystaniu środków komunikacji elektronicznej - odnosi się do wszystkich kategorii dokumentów przekazywanych w ramach postępowania. Dotyczy on nie tylko składania ofert, ale również i wszelkich innych wymaganych dokumentów, w tym również dokumentów ustanawiających wadium, w szczególności gwarancji bankowych oraz gwarancji ubezpieczeniowych. Przepisy Pzp nie przewidują w tym zakresie żadnych wyjątków.

Katalog ewentualnych wyjątków od stosowania zasady elektronicznej komunikacji, zawartych w art. 10c ust. 1 pkt 4 Pzp (a odnoszących się do modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki), również a contrario potwierdza, że intencją ustawodawcy było objęcie rygiem elektronicznej komunikacji wszelkiej dokumentacji związanej ze składaniem ofert lub wniosków. W związku z powyższym wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty, również powinno być wniesione w postaci elektronicznej. Jednocześnie należy nadmienić, że wytyczną dla oceny poprawności wniesienia wadium w postaci elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być skuteczność żądania jego wypłaty w sytuacji, kiedy na skutek działań tego wykonawcy, zajdą przesłanki powodujące zatrzymanie wadium. Tym samym, mając na względzie poczynione wcześniej uwagi uznać należy, że wniesienie dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu.

Za takim stanowiskiem opowiedział się sam Zamawiający. W rozdziale X pkt 14 SIWZ przesądził on jednoznacznie, że "w przypadku wniesienia dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno ono obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu".

Jednocześnie, w rozdziale VIII pkt 7 oraz w rozdziale XII pkt 3 SIWZ Zamawiający wskazał, że całość komunikacji w Postępowaniu winna być przekazywana w formie elektronicznej, zaś oferta, oświadczenia (w tym JEDZ) wykazy i dokumenty winny być złożone w postaci elektronicznej i opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Złożony przez Wykonawcę S dokument potwierdzający wniesienie wadium dla II części zamówienia (sektor II) ww. wymaganiom nie odpowiada. Został on wniesiony w niewłaściwej postaci, tj. jako dokument pisemny, bądź też jako kopia elektroniczna (skan) dokumentu sporządzonego w formie pisemnej (Odwołujący otrzymał od Zamawiającego jedynie elektroniczną kopią wadium, tj. skan dokumentu podpisanego odręcznie).

Tymczasem w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych ugruntowane zostało stanowisko, zgodnie z którym wadium wnoszone w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej musi mieć postać oryginału, zaś wniesienie wadium w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem nie stanowi prawidłowego wniesienia wadium.

Powyższe świadczy o nieprawidłowości wniesienia przez Wykonawcę S wadium dla II części zamówienia i winno skutkować odrzuceniem jego oferty w tej części na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

3. Uzasadnienie zarzutów dotyczących zaferowania ceny rażąco niskiej - zarzuty zostały wycofane przez Odwołującego na posiedzeniu, wobec czego odnosząca się do nich argumentacja, jak również stanowiska Zamawiającego i Wykonawcy S, zostały pominięte w uzasadnieniu wyroku Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

1. W zakresie zarzutu z pkt 1 petitum odwołania Zamawiający przytoczył przepisy art. 10a ust. 1 i 5 Pzp, art. 60, art. 78<sup>1</sup> ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2018 r. poz. 1025 j.t. z późn. zm.), zwanej dalej "k.c." oraz § 3 i 5 Rozporządzenia i stwierdził, że art. 10a ust. 5 Pzp mówi wyłącznie (1) o sporządzeniu dokumentów w postaci elektronicznej, nie określając, co należy rozumieć przez "sporządzenie oferty w postaci elektronicznej" i przez "postać elektroniczną oferty" oraz (2) o obowiązku opatrzenia dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak postaci elektronicznej dokumentu lub kwalifikowanego podpisu elektronicznego przesądza o nieważności oferty z rygorem nieważności.

Zdaniem Zamawiającego sporządzenie oferty w postaci elektronicznej nie może być interpretowane zawężająco. Ofertę można sporządzić w postaci elektronicznej w dowolny sposób, nie tylko przez jej opracowanie na udostępnionej przez Zamawiającego platformie do komunikacji elektronicznej, lecz także przez pisemne jej opracowanie i przetworzenie na plik elektroniczny w drodze zeskanowania i/lub skompresowania w celu wprowadzenia go do systemu komunikacji elektronicznej (tak KIO w wyroku z 8 lutego 2019 r., KIO 119/19). Należy zatem uznać, że każdy dokument nadający się do przesłania drogą elektroniczną, bez względu na sposób jego wytworzenia, spełnia wymóg dokumentu w postaci elektronicznej, zwłaszcza w kontekście pkt I.3) ogłoszenia o zamówieniu, zawierającego wyłącznie wymóg składania ofert drogą elektroniczną na podany link (adres elektroniczny). Jeśli dokument w postaci elektronicznej został opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym, to zgodnie z art. 60 k.c. w zw. z art. 14 Pzp "z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych, wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli)".

Również przepisy art. 60 i 78<sup>1</sup> k.c. w zw. z art. 14 Pzp nie określają "postaci elektronicznej" oświadczenia woli, a zwłaszcza "oryginału i kopii postaci elektronicznej dokumentu". Należy zatem przyjąć, że każdy oryginalny dokument elektroniczny albo dokument pisemny poddany skanowaniu lub kompresji, lub skanowaniu i kompresji w celu nadania mu postaci elektronicznej i przesłania drogą elektroniczną oraz opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest oryginałem oświadczenia woli (ofertą).

Przepisy Pzp i k.c. nie określają sposobu, w jaki należy tworzyć oświadczenia woli w postaci elektronicznej. Każda postać elektroniczna jest więc dopuszczalna, a o ważności i oryginalności dokumentu przesądza złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego.

Zamawiający zacytował następnie spostrzeżenie Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji zawarte w stanowisku PIIT/267/19 z dnia 22 lutego 2019 r. przesłanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (dalej "Stanowisko PIIT"), że:

"W świecie elektronicznym nie występuje rozróżnienie pomiędzy oryginałem a 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 definicje dokumentu elektronicznego o tej samej treści".

Zdaniem Zamawiającego także przepisy Rozporządzenia nie określają sposobu sporządzania ofert w postaci elektronicznej oraz sposobu odróżnienia oryginału dokumentu w postaci elektronicznej od kopii dokumentu w postaci elektronicznej. Zresztą w Stanowisku PIIT rozróżnienie takie w świecie elektronicznym jest pozbawione sensu. Oryginałem będzie każdy dokument w postaci elektronicznej opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Z punktu widzenia prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest więc to, aby oferta w dowolnej postaci elektronicznej była opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy.

W podsumowaniu Zamawiający wskazał, że oferta sporządzona bezpośrednio w urzędzeniu elektronicznym lub na udostępnionej platformie do komunikacji elektronicznej jest tak samo ważna jak oferta pisemna z odręcznym podpisem wykonawcy, zeskanowana, skompresowana lub zeskanowana i skompresowana do dowolnej postaci elektronicznej, nadającej się do przesłania za pomocą środków komunikacji elektronicznej, jeśli tylko została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy.

2. W zakresie zarzutu z pkt 2 petitum odwołania W ocenie Zamawiającego zarzut podlega oddaleniu, ponieważ forma (postać) złożonej oferty nie stanowi treści tej oferty - nie kształtuje treści istotnych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

3. W zakresie zarzutu z pkt 3 petitum odwołania Zamawiający stwierdził, że analiza przedmiotowego zarzutu nie pozwala udzielić jednoznacznej odpowiedzi na temat treści zarzutu, ponieważ Odwołujący nie określił, czy zarzut dotyczy (1) wniesienia (doręczenia) wadium w formie pisemnej gwarancji ubezpieczeniowej, mimo że w Postępowaniu zastosowano wyłącznie komunikację elektroniczną, (2) wniesienia wadium drogą elektroniczną w postaci skanu wadium w postaci pisemnej, czy (3) wniesienia wadium z pominięciem komunikacji elektronicznej.

Zamawiający przytoczył art. 180 ust. 1 i 3 Pzp i stwierdził, że zarzut nie spełnia wymogów określonych w tych przepisach.

Niezależnie od powyższego Zamawiający przytoczył art. 45 i 46 Pzp oraz art. 70<sup>4</sup> k.c. i stwierdził, że wadium wnosi się przed terminem składania ofert w formach określonych przepisem art. 45 ust. 6 Pzp - decyzja w zakresie formy należy do wykonawcy. Zamawiający podkreślił, że nie może ograniczać listy dopuszczalnych form wniesienia wadium, na przykład przez ograniczenie sposobu jego wniesienia do komunikacji elektronicznej, z wykluczeniem fizycznego doręczenia wadium w formie niepieniężnej lub przelania pieniędzy na konto bankowe wskazane przez Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił również, że wadium nie należy do oferty, wobec czego wymagania art. 10a Pzp określające zasady komunikacji elektronicznej między zamawiającym a wykonawcami nie odnoszą się do wadium w jakiegokolwiek formie przewidzianej art. 45 ust. 6 Pzp. Odnosząc się do pozostałych argumentów Odwołującego się w zakresie wad wadium, Zamawiający podał, że w pkt VI.3 Ogłoszenia dopuścił dowolne formy wniesienia wadium, także w formie pisemnej i w postaci elektronicznej. Zgodnie z art. 78<sup>1</sup> k.c. przedłożenie

poświadczonych za zgodność z oryginałem wadium w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym należy uznać za złożenie wadium w oryginale (patrz per analogiam wyrok Sądu Najwyższego z 24 sierpnia 2009 r., I PK 58/09, w którym stwierdzono, że forma pisemna jest zachowana, jeśli treść oświadczenia woli, wytworzona w dowolny sposób (oryginalnie, w formie wydruku lub w kopii), zostanie opatrzona własnoręcznym podpisem wystawcy dokumentu).

Zdaniem Zamawiającego fakt zeskanowania dokumentu wadialnego opatrzonego własnoręcznym podpisem jego wystawcy w celu doprowadzenia tego dokumentu do postaci elektronicznej nie pozbawia wadium cech oryginału (tak KIO w wyroku z 8 lutego 2019 r., KIO 119/19 i cytowane wcześniej fragment Stanowiska PIIT o nierozróżnialności oryginału i kopii opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym dokumentu w postaci elektronicznej).

Zamawiający podkreślił, że wystawca wadium w formie niepieniężnej nie jest związany przepisami Pzp. Żądanie od niego wystawiania gwarancji wadialnej w sposób ściśle określony przez zamawiającego nie ma podstaw prawnych.

Odnosząc się do stwierdzenia zawartego w pkt 6 pisma Prezesa UZP z 17 października 2018 r. o zasadach wnoszenia niepieniężnych form wadium i zacytowanego przez Odwołującego się w brzmieniu:

"w przypadku wniesienia dokumentu wadium w postaci elektronicznej powinno ono obejmować przekazanie tego dokumentu w takiej formie w jakiej został on ustanowiony przez gwaranta, tj. oryginału dokumentu",

Zamawiający oświadczył, że w pełni podziela cytowane stanowisko i podał, że dalsze wywody Prezesa UZP o obowiązku stosowania przez wykonawcę zasad i wymagań komunikacji elektronicznej dotyczą przekazania drogą elektroniczną li tylko dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium. Nie dotyczą natomiast przekazania tą drogą samego wadium:

"Wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp, dotyczy przekazywania wszelkiej dokumentacji w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, również przekazywania zamawiającemu dokumentu stanowiącego potwierdzenie wniesienia wadium".

Do odpowiedzi na odwołanie Zamawiający załączył treść Stanowiska PIIT (dowód Z1), wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z jego treści.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca S, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełnienia przez zgłoszone przystąpienie, przesłanek z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu Wykonawcy S (dalej również "Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym, zgodnie z wnioskiem w nim zawartym.

W piśmie procesowym z 12 marca 2019 r. Wykonawca S przedstawił następujące uzasadnienie dla zajętego w sprawie stanowiska.

1. W zakresie zarzutów z pkt 1 i 2 petitum odwołania Zdaniem Przystępującego zarzut jest bezpodstawny, gdyż Odwołujący nieprawidłowo identyfikuje kwestionowane w odwołaniu dokumenty jako "ofertę" w rozumieniu przepisu art. 10a ust. 5 Pzp.



Wykonawca S stwierdził, że zgodnie ze sposobem postępowania przewidzianym przez Zamawiającego złożył ofertę w postaci elektronicznej, z wykorzystaniem udostępnionego przez Zamawiającego formularz elektronicznego na platformie <https://gminaaleksandrowlodzki.ezamawiajacy.pl> (pkt XII.7 1.1. SIWZ). Treść składanej oferty, wypełniona bezpośrednio na platformie została podpisana przez Prezesa Zarządu Przystępującego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Formularz wypełniany z wykorzystaniem platformy zawierał wszystkie informacje składające się na treść oferty. Był to zakres informacji szerszy niż wymagany do podania w ramach Załącznika nr 4 do SIWZ, gdyż zawierał również oświadczenie wykonawcy w zakresie wszystkich kryteriów oceny ofert przewidzianych w Postępowaniu. Nie jest zatem prawidłowe twierdzenie Odwołującego, jakoby oferta nie została złożona poprawnie i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną. Formularz ofertowy stanowiący Załącznik nr 4 do SIWZ, złożony w formie skanu dokumentu opatrzonego podpisem kwalifikowanym, zawierał oświadczenie woli zbieżne z ofertą złożoną przez Wykonawcę S przez wypełnienie formularza ofertowego na platformie, którego sporządzenie w postaci elektronicznej i prawidłowe złożenie (podpisanie) nie budzi zastrzeżeń Odwołującego.

Zaznaczenia wymaga, że SIWZ, udostępniona przez Zamawiającego platforma i Instrukcja użytkownika do niej, nie pozostawiają wątpliwości, że złożenie przez wykonawcę oferty wymaga wypełnienia elektronicznego formularza bezpośrednio na platformie i opatrzenia go przez upoważnioną osobę kwalifikowanym podpisem elektronicznym - tylko po dopełnieniu tych czynności uważa się, że wykonawca złożył ofertę. Skoro w rozdziale VIII i XII SIWZ Zamawiający wyraźnie określił, że oczekuje wykorzystania przez wykonawców udostępnionej przez niego platformy i postępowania zgodnie z instrukcjami tam zawartymi, nie sposób uznać, że oferta Wykonawcy S złożona w sposób przewidziany i prawidłowy w rozumieniu Instrukcji użytkownika jest niezgodna z treścią SIWZ. Przystępujący uzyskał potwierdzenie od operatora platformy, że jego oferta została złożona prawidłowo.

W ocenie Przystępującego nadużyciem jest pominięcie przez Odwołującego faktu złożenia oferty przez wypełnienie i podpisanie elektronicznego formularza oferty udostępnionego na platformie i wskazywanie jedynie na formę złożenia Załącznika nr 4 do SIWZ, podczas gdy de facto oferta Wykonawcy S została złożona w oryginale zgodnie z wymaganiem pkt XII.3 - wypełniony elektronicznie formularz ofertowy opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zaznaczyć trzeba, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (Instrukcją obsługi platformy), dopiero odpowiednie uzupełnienie formularzy na platformie i dołączenie wymaganych załączników, opatrzenie wszystkiego kwalifikowanym podpisem elektronicznym i "wysłanie" do Zamawiającego, stanowi w istocie złożenie oferty w Postępowaniu. Na str. 36 Instrukcji użytkownika platformy [ezamawiajacy.pl](https://gminaaleksandrowlodzki.ezamawiajacy.pl) znajduje się informacja, zgodnie z którą "Użytkownik potwierdzając chęć złożenia oferty przechodzi do etapu podpisania swojej oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym; w momencie składania podpisu ma podgląd treści swojej oferty", a dalej, na str. 37, że: "Naciśnięcie klawisza Podpisz oznacza podpisanie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym i złożenie oferty/wniosku zgodnie z przepisami Pzp".

Dopełnienie przez wykonawcę powyższych kroków oznacza w sposób niewątpliwy i niepodlegający podważeniu złożenie przez niego oświadczenia woli - wiążącej oferty w ramach Postępowania. Nie budzi wątpliwości, że Wykonawca S jest związany tak złożoną ofertą i jej treścią, tj. odmowa zawarcia umowy na jej podstawie pociągałaby za sobą sankcję w postaci utraty wadium, zaś niedotrzymanie deklaracji w zakresie oferowanych kryteriów oceny ofert oznaczałoby nienależyte wykonanie przez niego powziętego zobowiązania. Niezależnie od powyższego należy wskazać, że zarzut Odwołującego opiera się na wąskiej interpretacji przepisów Pzp, pomijającej ich aspekt funkcjonalny i celowościowy. Wychodząc poza rozumianą wąsko literalną interpretację należy uznać, że również Formularz ofertowy zawarty w Załączniku nr 4 do SIWZ został przez Przystępującego sporządzony i wypełniony prawidłowo - zgodnie z przepisami Pzp, a tym samym - również zgodnie z SIWZ. Wskazać należy na stanowisko Izby z wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., KIO 119/19, gdzie skład orzekający wypowiedział się w istotnej kwestii uznania, że złożenie skanu formularza ofertowego, który następnie opatrzone prawidłowo kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie narusza przepisów Pzp co do wymogu sporządzenia oferty w postaci elektronicznej. W uzasadnieniu tego orzeczenia stwierdzono m.in., że "w niniejszym stanie faktycznym czynność wydruku, a następnie ponownego zeskanowania oferty nie przesądza o tym, iż dokument nie został sporządzony w postaci elektronicznej. Skoro wykonawca elektronicznie, za pomocą platformy, złożył ofertę, która w formacie pdf została podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym to nie ma podstaw do przyjęcia, że oferta została złożona z naruszeniem przepisów prawa. Oferta Przystępującego została sporządzona w postaci elektronicznej oraz opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Należy również podkreślić pewną niekonsekwencję ustawodawcy, bowiem w art. 10a ust. 5 ustawy PZP posługuje się sformułowaniem "sporządza się", natomiast już w art. 18 ust. 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Pzp oraz niektórych innych ustaw posługuje się sformułowaniem "składa się". Z kolei art. 36 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wymaga, aby specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała opis sposobu przygotowania ofert, a także miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert. Równocześnie przykładowo art. 43 ustawy PZP określa terminy składania ofert, z uwzględnieniem czasu niezbędnego do przygotowania i złożenia oferty. W ocenie Izby w takiej sytuacji wąska interpretacja pojęcia "sporządza się" jest zbyt daleko idąca, bowiem sporządzenie może oznaczać także po prostu wprowadzenie do systemu, niezależnie od sposobu. Istotna jest intencja woli składającego podpis, treść oświadczenia woli oraz fakt, iż zostało ono sporządzone w wymaganej formie, to jest w postaci elektronicznej podpisanej podpisem kwalifikowanym. Zgodnie z art. 60 Kodeksu cywilnego wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wraźona przez każde zachowanie, które ujawnia tę wolę, w tym w postaci elektronicznej. Zważywszy zaś na art. 65 Kodeksu cywilnego oraz okoliczności złożenia oświadczenia woli, jakim jest oferta, Zamawiający słusznie uznał, iż intencją wykonawcy było złożenie ważnej, niepodlegającej odrzuceniu oferty, którą sporządzono w postaci elektronicznej".

Przedmiotowe dokumenty należy uznać za prawidłowo złożone, tj. jako oryginały w postaci elektronicznej, również w świetle argumentacji wynikającej z analizy dyrektywy eIDAS, przepisów k.c. oraz Pzp, której dokonała PIIT. Eksperti, w opublikowanej opinii,

jednoznacznie stwierdzili, że oferta złożona jako sporządzony chociażby odręcznie i podpisany skan opatrzony następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymagania ustawowe - tym samym za niezgodne z przepisami należy uznać interpretacje domagające się traktowania takich dokumentów jako kopii: "(...) 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 teinie, opatrzony własnoręcznym podpisem. W obu przypadkach następcze jego podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wypełniać będzie wymogi formy elektronicznej w rozumieniu przepisu art. 78 k.c. Z tego względu w taki sposób podpisane oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinny być uznane za ważne".

W odniesieniu do wykazu instalacji prowadzących recykling, odzysk lub unieszkodliwienie odpadów, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady zgodnie z art. 6f ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 j.t. z późn. zm.), zarzut odwołania jest całkowicie chybiony, gdyż pkt 4.8 SIWZ wskazujący na konieczność złożenia tego dokumentu nie pozostawia wątpliwości, że jest do dokument przedmiotowy, potwierdzający zgodność sposobu realizacji zamówienia z wymaganiami Zamawiającego i podlegający przedstawieniu w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z § 5 ust. 1 Rozporządzenia jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub inne oświadczenia lub dokumenty składane w postępowaniu, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego oświadczenia lub dokumentu. Dopuszcza się zatem możliwość składania skanów nie tylko dokumentów sporządzonych uprzednio w oryginale w postaci papierowej, ale też skanów oświadczeń (np. wykazu usług, oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej z innymi wykonawcami, którzy złożyli ofertę, wykazu instalacji).

Odwołujący w odniesieniu do tego dokumentu, jak i przy pozostałym zakresie przedmiotowego zarzutu, pomija fakt, że w ramach zamówień publicznych "oferta" może być rozumiana dwojako, zarówno wąsko jak i szeroko, tj. jako całość dokumentów składanych zamawiającemu w toku postępowania o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do przedmiotowego wykazu, stanowi on część oferty jedynie w szerokim rozumieniu, co powoduje nietrafność przedstawionej w odwołaniu argumentacji.

2. W zakresie zarzutu z pkt 3 petitum odwołania Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Wykonawca S złożył u Zamawiającego oryginał gwarancji wadialnej (dla sektora II; wadium dla sektora I wniesiono w formie pieniężnej) przed upływem terminu składania ofert.

Dokument wadium został przez gwaranta wystawiony w formie pisemnej i w takiej też formie został przekazany Zamawiającemu. Przekazany dokument stanowi oryginał gwarancji ubezpieczeniowej i uprawnia Zamawiającego jako beneficjenta do skorzystania z gwarancji

wadialnej w przypadkach przewidziany w Pzp, zatem oferta Przystępującego została skutecznie zabezpieczona wadium i jest zgodna z art. 45 Pzp.

Ponadto, treść cytowanego przez Odwołującego postanowienia pkt X.14 oraz pkt X.5 SIWZ, wskazują, że oprócz postaci elektronicznej, Zamawiający dopuszczał wniesienie dokumentu wadium również w postaci pisemnej w zależności od tego, w jakiej formie został on ustanowiony przez gwaranta. Wobec powyższego, brak podstaw do uznania, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, gdyż wadium zostało prawidłowo wniesione i zabezpiecza ofertę zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz przepisami Pzp.

Dodatkowo, z ostrożności, należy wskazać, że dokument wadium nie stanowi części oferty i nie można zgodzić się z Odwołującym, jakoby zastosowanie miały do niego wymagania dotyczące sposobu komunikacji z Zamawiającym określone, czy to w SIWZ (odnośnie formy oferty), czy to w art. 10a ust. 1 Pzp. Gwarancja wadialna nie stanowi oświadczenia wykonawcy, dokumentu potwierdzającego brak podstaw do wykluczenia czy też spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jest to jedna z form zabezpieczenia oferty wadium zgodnie z art. 45 Pzp i jak długo forma w jakiej wnoszone jest wadium jest jedną z dopuszczonych w ww. przepisie, jest ona prawidłowa, bez względu na jej postać. Dodatkowe wymagania Zamawiającego (poza wysokością kwoty wadium), co do treści i formy dokumentu wadium, wykraczające poza zakres określony w Pzp, nie mogą stanowić skutecznej podstawy dla uznania, że nie zostało ono wniesione lub zostało wniesione nieprawidłowo.

Na marginesie warto ponadto zaznaczyć, że w przywołanej przez Odwołującego opinii UPZ wskazano, że: "W tym miejscu warto przywołać stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Saferoad Grawil. Trybunał podkreślił w nim, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Powyższe stanowisko Trybunału należy odnieść również do możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieprawidłowego wniesienia wadium, gdyż w istocie rezultat tych czynności jest taki sam tj. eliminuje wykonawcę z postępowania. Tym samym, w celu wyeliminowania wątpliwości co do możliwości odrzucenia oferty z uwagi na nieprawidłowy sposób wniesienia wadium, zamawiający w SIWZ (stanowiącej część dokumentacji przetargowej), powinien jednoznacznie określić w jaki sposób należy prawidłowo wnieść wadium przy użyciu środków komunikacji elektronicznej". Takiego jednoznacznego wymogu wniesienia wadium w postaci elektronicznej nie zawiera SIWZ obowiązująca w ramach Postępowania.

Do pisma Przystępujący załączył:

1. wyciąg z instrukcji użytkownika platformy e-zamawiający - dowód P1;
2. korespondencję poczty elektronicznej z 8 marca 2019 r. pomiędzy przedstawicielem operatora platformy e-zamawiający a przedstawicielem Wykonawcy S - dowód P2;
3. Stanowisko PIIT - dowód P3;

wnosząc o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z ich treści.

## Uzasadnienie prawne

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ z załącznikami - dowody 1;
2. protokołu Postępowania - dowód 2
3. wydruku formularza ofertowego złożonego przez Wykonawcę S za pośrednictwem platformy e-zamawiający - dowód 3;
4. formularza oferty sporządzonego przez Wykonawcę S na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ - dowód 4;
5. ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG11/0278/19/0001 z 14 stycznia 2019 r., wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. Vienna Insurance Group Oddział w Łodzi - dowód 5;
6. wezwania Przystępującego z 30 stycznia 2019 r. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - dowód 6;
7. wykazu instalacji prowadzących recykling, odzysk lub unieszkodliwianie odpadów z 31 stycznia 2019 r., złożonego przez Przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie - dowód 7;
8. informacji o wyborze ofert najkorzystniejszych w częściach I i II zamówienia z 13 lutego 2019 r. - dowody 8;
9. dokumentów załączonych do odpowiedzi na odwołanie i pisma procesowego Wykonawcy S.

Ponadto, Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z oględzin oryginału gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium wniesione przez Przystępującego na część II zamówienia wraz z kopertą z uwidocznioną datą wpływu tego dokumentu do Zamawiającego.

W pkt 1 sentencji wyroku Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów cofniętych przez Odwołującego na posiedzeniu (vide protokół posiedzenia i rozprawy, str. 3), stosując odpowiednio przepis art. 187 ust. 8 Pzp.

W zakresie okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia o pozostałych zarzutach odwołania przedstawiony przez Odwołującego stan faktyczny wymaga uzupełnienia o niżej wskazane kwestie.

Po pierwsze - w odniesieniu do zarzutów z pkt 1 i 2 petitum odwołania - Odwołujący pominął okoliczność, że poza złożeniem przez Przystępującego kwestionowanej oferty, sporządzonej na wzorze stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ (dowód 4) Wykonawca S złożył również Zamawiającemu ofertę za pośrednictwem platformy e-zamawiający. Wymóg taki wynikał z przyjętego w SIWZ sposobu porozumiewania się Zamawiającego z

wykonawcami (dowód 1 - Rozdział VIII), a dodatkowo potwierdzają go postanowienia Rozdziału XII ust. 7 pkt 7.1 i Rozdziału XIII ust. 2 SIWZ (dowód 1). Okoliczność złożenia przez Wykonawcę S oferty w opisany powyżej sposób potwierdzają dowody 3 oraz P2. Ponadto, z Rozdziału VI ust. 4 pkt 4.8 SIWZ (dowód 1) wynikało, że kwestionowany przez Odwołującego wykaz instalacji stanowił dokument przedmiotowy w rozumieniu przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 z późn. zm.), zwanego dalej "Rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów...", do którego złożenia Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (tamże). Realizację tego obowiązku potwierdza treść dowodu 6. Po drugie - w związku z zarzutem z pkt 3 petitum odwołania - istotna jest również okoliczność, że oryginał gwarancji ubezpieczeniowej (dowód 3) został Zamawiającemu doręczony w dniu 24 stycznia 2019 r., co potwierdziły przeprowadzone na rozprawie oględziny (zob. protokół posiedzenia i rozprawy, str. 5), a zatem przed upływem terminu składania ofert, przypadającym na dzień 25 stycznia 2019 r. (vide pkt 10 ppkt 3 protokołu Postępowania stanowiącego dowód 2).

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

1. W zakresie zarzutów z pkt 1 i 2 petitum odwołania Zważywszy na poczynione dodatkowe ustalenia w zakresie okoliczności faktycznych skład orzekający doszedł do przekonania, że Wykonawca S złożył w Postępowaniu ofertę spełniającą wymogi przepisu art. 10a ust. 5 Pzp. Z wyciągu z instrukcji użytkownika stanowiącego dowód P1 wynika, że oferta została opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a przed jej złożeniem Wykonawca S potwierdził zapoznanie się z "dokumentami zamówienia", za które należy - zdaniem Izby - poczytywać SIWZ z załącznikami.

Ustalenie to ma z kolei znaczenie dla oceny argumentacji Odwołującego, wskazującej na różnice pomiędzy treścią formularza oferty składanego we wspomniany powyżej sposób (dowód 3) a formularza oferty sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ (dowód 4). Odwołujący wskazywał bowiem na rozprawie, że pierwszy ze wspomnianych dokumentów nie zawiera informacji o podwykonawcach, terminie wykonania zamówienia i terminach płatności (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 3).

W odniesieniu do powyższego należy zauważyć, że wprowadzie we wzorze formularza oferty stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ zawarto oświadczenie dotyczące podwykonawstwa (pkt 8 załącznika nr 4 do SIWZ stanowiącego dowód 1), a Przystępujący w formularzu ofertowym stanowiącym dowód 4 wskazał na zamiar powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, to jednak - w braku posługiwania się podwykonawcami przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w Postępowaniu (zob. Część II Sekcja C JEDZ Wykonawcy S) - informacja ta nie ma, zdaniem Izby, doniosłego znaczenia.

Z kolei w zakresie terminu realizacji zamówienia formularz stanowiący dowód 3 - wbrew twierdzeniom Odwołującego - zawiera stosowną informację. Zgodnie z Rozdziałem III ust. 1 SIWZ (dowód 1) termin realizacji zamówienia przypada na okres od 1 marca 2019 r. do 28 lutego 2021 r., a zatem na okres 24 miesięcy. W ten właśnie sposób, tj. przez wskazanie na liczbę miesięcy, Przystępujący określił termin realizacji zamówienia w formularzu stanowiącym dowód 3.

Co zaś dotyczy oświadczenia z pkt 5 formularza stanowiącego dowód 4, wskazującego na 30-dniowy termin płatności, które nie wynika z treści formularza stanowiącego dowód 3, to należy powiedzieć, że jest to kwestia wynikająca wprost z SIWZ i Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w określeniu tego terminu (argument z dowodu 1 - § 14 ust. 6 wzoru umowy będącego załącznikiem nr 5 do SIWZ).

W konsekwencji nie sposób twierdzić, że oferta Przystępującego złożona za pośrednictwem platformy e-zamawiający nie zawierała jakichś istotnych elementów oświadczenia woli, a skoro - jak wspomniano - spełniała wymagania co do formy, określone przepisem art. 10a ust. 5 Pzp, to rozstrzygnięcie wywołanego przez Odwołującego sporu co do formy oferty sporządzonej według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ (dowód 4) jest bezprzedmiotowe. Z uwagi na powyższe Izba pominęła w przedstawionych rozważaniach znaczenie postanowienia Rozdziału XII ust. 7 pkt 7.1 SIWZ (dowód 1), jak również dowód Z1 (P3).

W kwestii wykazu instalacji (dowód 7) podkreślenia wymaga przede wszystkim, że na gruncie Postępowania Zamawiający nadał temu dokumentowi charakter dokumentu przedmiotowego, o czym przesądza treść Rozdziału VI ust. 4 pkt 4.8 SIWZ (dowód 1). Formę tych dokumentów określa zatem przepis § 14 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów..., zgodnie z którym dokument taki składa się w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego. Zdaniem składu orzekającego z sytuacją taką mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Bezspornie kwestionowany wykaz został sporządzony w formacie.pdf, a zatem w jednym z formatów dopuszczonych postanowieniem Rozdziału VIII ust. 5 SIWZ (dowód 1). W związku z tym spełnia on zarówno wymogi definicji dokumentu elektronicznego przewidziane w art. 3 pkt 2 ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570 j.t. z późn. zm.), zgodnie z którą dokumentem elektronicznym jest stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych, jak i definicji tego pojęcia na gruncie Rozporządzenia 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 (eIDAS), Dz.Urz.U.E.L 2014 Nr 257, str. 73, w którym, w art. 3 pkt 35, przesądzono, że dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

Następnie, co również jest poza sporem, kwestionowany wykaz został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę uprawnioną do reprezentacji Wykonawcy S (prezesa zarządu - B.L.) i przesłany Zamawiającemu za pośrednictwem platformy, na której prowadzone było Postępowanie. Okoliczność, że na tym dokumencie elektronicznym odzwierciedlony został również podpis własnoręczny ww. osoby, świadcząca o wcześniejszym jego wydrukowaniu i własnoręcznym podpisaniu, może co najwyżej sygnalizować zmianę decyzji co do formy, w jakiej sporządzony zostanie ów wykaz, co jednak nie zmienia faktu, że wykaz został sporządzony i złożony w postaci oryginału dokumentu elektronicznego.

Na marginesie skład orzekający zaznacza, że nawet gdyby przyjąć, że nie mamy do czynienia w tej sprawie z oryginałem wykazu, to - biorąc pod uwagę przyjętą przez Izbę kwalifikację tego dokumentu na gruncie postanowień SIWZ - przepis § 14 ust. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów... umożliwia również złożenie dokumentu w postaci elektronicznej kopii dokumentu, do której Odwołujący referował w omawianym zarzucie odwołania.

2. W zakresie zarzutu z pkt 3 petitum odwołania Bezzasadność tego zarzutu odwołania Izba oparła na stwierdzeniu, że w przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu. W tym kontekście skład orzekający zwrócił uwagę, że dokument potwierdzający wniesienie wadium został Zamawiającemu doręczony w przeddzień upływu terminu składania ofert, a jego treść nie była przedmiotem sporu. W związku z powyższym niewątpliwie oferta Przystępującego została zabezpieczona w jednej z form przewidzianych przepisami Pzp, a sam Zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia (nota bene z treści spornego dokumentu gwarancji w ogóle nie wynika, aby żądanie zapłaty wynikającej z niego sumy połączone miało być z przedstawieniem go przez beneficjenta gwarancji w jakiegokolwiek formie). W konsekwencji omawiany zarzut odwołania zasadzał się de facto na formalistycznym poglądzie o wyższości kwestii technicznych, tj. sposobu przekazania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium nad istotą tej instytucji, jaką jest - najogólniej rzecz ujmując - zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą. Skład orzekający podkreśla, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wysoce sformalizowane, to jednak ów formalizm nie jest istotą tej procedury.

Z uwagi na powyższe opisany w art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przypadek nieprawidłowego wniesienia wadium należy identyfikować, przykładowo, z sytuacjami, w których treść dokumentów potwierdzających wniesienie wadium nie obejmuje wszystkich przypadków jego zatrzymania.

Zważywszy na przedstawione zapatrywania Izba orzekła, jak w pkt 2 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972 j.t.).

Członkowie:.....