

WYROK
z dnia 23 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Marek Bienias
Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 grudnia 2022 r. przez wykonawcę: **Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków,** w imieniu którego postępowanie prowadzi: **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy, ul. Partyzantów 21, 59-220 Legnica,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Elfeko S.A., ul. Hutnicza 20A, 81-061 Gdynia** oraz **PBE ELBUD Poznań S.A., ul. Zakładowa 10, 62-064 Plewiska,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty konsorcjum Elfeko S.A. oraz PBE ELBUD Poznań S.A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków,** w imieniu którego postępowanie prowadzi: **TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy, ul. Partyzantów 21, 59-220 Legnica,** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, w imieniu którego postępowanie prowadzi: TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy, ul. Partyzantów 21, 59-220 Legnica, na rzecz odwołującego: Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław, kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – TAURON Dystrybucja S.A., ul. Podgórska 25A, 31-035 Kraków, w imieniu którego postępowanie prowadzi: TAURON Dystrybucja S.A. Oddział w Legnicy, ul. Partyzantów 21, 59-220 Legnica, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa linii kablowej 110kV relacji: stacja 110/20kV Krzywa - stacja 110/20kV Bolesławiec Tysiąclecia”, numer referencyjny: PZP/TD-OLG/04449/2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.08.2022 r. pod nr 2022/S 164-467229.

Pismem z dnia 02.12.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum: Elfeko S.A. oraz PBE ELBUD Poznań S.A.

W dniu 12.12.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę Track Tec Construction sp. z o.o., ul. Wyścigowa 3, 53-011 Wrocław (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 97 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum Elfeko, w sytuacji w której wykonawca ten nie wniósł, ewentualnie wniósł w sposób nieprawidłowy wadium, w szczególności:
 - (a) w sposób sprzeczny z treścią SWZ, zgodnie z którym to dokumentem (pkt 4.3.2.5) z treści gwarancji musi wynikać, że wadium zabezpiecza ofertę wykonawcy złożoną w postępowaniu, którego dotyczy niniejsza SWZ, co jednak w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca, gdyż – po pierwsze - z wadium nie wynika, że zabezpiecza ono ofertę złożoną przez Konsorcjum Elfeko, a ponadto (co istotniejsze) – po drugie – z treści gwarancji wynika wręcz, iż wadium to dotyczy tylko oferty składanej wyłącznie przez ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni (a nie ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach), co powoduje, że nie sposób uznać, iż w ogóle złożono wadium (lub też alternatywnie - złożono je w sposób prawidłowy),
 - (b) Konsorcjum Elfeko złożyło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wystawionej wyłącznie na Elfeko S.A. z siedzibą w Gdyni („Elfeko”), a z treści tej gwarancji nie wynika, aby gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność za czynności lub zaniechania drugiego z konsorcjantów (Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach, „Elbud”), przy czym jako „Wykonawcę” w treści Wadium

zdefiniowano wyłącznie „Elfeko”, co oznacza, że Gwarant może odmówić wypłaty kwoty gwarancyjnej w przypadku zaistnienia okoliczności skutkującymi zatrzymaniem wadium, za które odpowiada Elbud (istnieje takie realne ryzyko), a zatem gwarancja nie zabezpiecza w sposób wystarczający interesu Zamawiającego i tym samym jest nieprawidłowa,

2) art. 223 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 5 i art. 226 ust. 1 pkt 14 oraz art. 17 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na:

– bezpodstawnym wezwaniu (bez podstawy prawnej) albo bezzasadnym uznaniu, iż treść dokumentu wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) może być przedmiotem wyjaśnień, jak również może być dokumentem podlegającym uzupełnieniu (negocjacji), podczas gdy – po pierwsze – z treści przepisów wprost wynika, że wadium powinno być wniesione w sposób prawidłowy już w dniu składania ofert – po drugie – przepisy Pzp nie przewidują procedury wyjaśnienia treści wadium – po trzecie – ewentualne wezwanie do wyjaśnień może być kierowane wyłącznie do wykonawcy, a nie Gwaranta (wystawcy wadium) – po czwarte – jeśli uznać, że przepis ten (art. 223 ust. 1 Pzp) ma zastosowanie do wadium, nie jest dopuszczalne negocjowanie treści tego dokumentu, co oznacza, iż w świetle przepisów ustawy Pzp zamawiający nie posiada narzędzi pozwalających mu na konwalidację lub wyjaśnienie treści wniesionego wadium, a treść oświadczenia uzupełniającego skutkowało bezzasadnym uznaniem przez Zamawiającemu prawidłowości złożonego przez Konsorcjum Elfeko Wadium,

3) a w konsekwencji - art. 16 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„2. W Postępowaniu ofertę złożyło m.in. Konsorcjum Elfeko składające się z dwóch wykonawców: ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach. Wraz z ofertą Konsorcjum przedłożyło Zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową nr 280000202627 z dnia 18 października 2022 roku, wystawioną przez STU ERGO Hestia S. A. („Gwarant”, „Hestia”), stanowiącą wadium w Postępowaniu („Gwarancja”, „Wadium”).

3. W toku trwającego Postępowania Zamawiający powziął wątpliwości, co do treści złożonego Wadium, dlatego pismem z dnia 9 listopada 2022 r. wystąpił do Gwaranta z szeregiem pytań dotyczących treści tego dokumentu oraz skutków jego złożenia, w tym m.in. uprawnienia TAURON Dystrybucja S.A. do zatrzymania wadium. Dopytywał również, czy działanie lub zaniechanie każdego z konsorcjantów powodujące spełnienie się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie uzasadniało żądanie Zamawiającego o wypłatę wskazanej w gwarancji wadialnej kwoty 500 000,00 zł? W dniu 10

listopada 2022 roku Gwarant udzielił stosownej odpowiedzi Zamawiającemu.

4. Ponadto pismem z dnia 14 listopada 2022 roku Zamawiający zwrócił się do Konsorcjum Elfeko z prośbą o przekazanie umowy konsorcjum, a także odpowiedź na pytanie, czy Gwarant został poinformowany o tym, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium dotyczyć będzie oferty, która zostanie złożona przez Konsorcjum. Pismem z dnia 15 listopada 2022 roku Konsorcjum Elfeko nie tylko przekazało umowę konsorcjum, ale jednocześnie udzieliło pozytywnej odpowiedzi na zadane pytanie.

5. Zamawiający, mimo powyższych okoliczności, w dniu 2 grudnia 2022 roku poinformował wykonawców biorących udziału w Postępowaniu o wyborze oferty Konsorcjum Elfeko jako najkorzystniejszej. (...)

9. W przedmiotowym Postępowaniu ofertę złożyło Konsorcjum Elfeko, w skład którego wchodzi: ELFEKO S.A. z siedzibą w Gdyni oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach. Konsorcjum to – w takim właśnie składzie - jest zatem „Wykonawcą” w rozumieniu przepisów Pzp (art. 7 pkt 30 Pzp). Zgodnie zatem z powyższym postanowieniem SWZ wadium powinno zabezpieczać ofertę tego właśnie „Wykonawcy” (z wadium („musi”) wynikać, że zabezpiecza ono ofertę Konsorcjum Elfeko).

10. W tym miejscu należy wskazać, że – po pierwsze - z wadium, wbrew powyższemu obowiązkowi, nie wynika, że zabezpiecza ono ofertę złożoną przez Konsorcjum Elfeko. Już sam fakt, że Zamawiający zwrócił się w zakresie „podmiotowych granic” wadium o wyjaśnienia zarówno do Gwaranta, jak i Konsorcjum Elfeko, jest tego najlepszym dowodem. O ile bowiem by tak było, jak chciał tego Zamawiający, nie zadawałbym w tym zakresie na przykład następujących pytań: (...)

18. Powyższe odpowiednie zabezpieczenie oferty jest oczywiście obowiązkiem wykonawcy, który powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Tym bardziej w sytuacji, w której zagadnienie składania wadium przez konsorcjum jest już powszechnie znane – nie tylko wykonawcom, ale i ubezpieczycielom, czy też bankom, które wystawiają gwarancje. Podmioty te zasadniczo doskonale zdają sobie sprawę z tego, jaką treść w takim przypadku powinno mieć wadium. Dlatego tym bardziej jest zastanawiające, kiedy ubezpieczyciel w wadium nie wskazuje wszystkich członków konsorcjum albo też w żaden inny sposób nie zaznacza, iż posiada wiedzę, z jakim podmiotem de facto ma do czynienia (jaki podmiot będzie składał ofertę). (...)

20. (...) Jak już powyżej wskazano, gwarancja złożona przez Konsorcjum Elfeko w ogóle nie dotyczy tego Konsorcjum. Dokument ten został wystawiony wyłącznie na lidera konsorcjum (Elfeko) i tylko o tym podmiocie wspomina. Co więcej, w ten właśnie sposób w dokumencie tym została zdefiniowany „Wykonawca”, który „składa Ofertę” w Postępowaniu.

21. Nie sposób zatem (nawet pośrednio) wyprowadzić wniosku, ażeby wadium dostatecznie chroniło Zamawiającego przed niepożądanymi działaniami całego Konsorcjum Elfeko, w tym przede wszystkim jego drugiego członka (Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A. z siedzibą w Plewiskach). W sposób oczywisty rodzi to po stronie Zamawiającego zagrożenie braku możliwości zaspokojenia swoich roszczeń z gwarancji, w sytuacji w której ziszczą się stosowne przesłanki. To z kolei powoduje, że takie wadium nie może być uznane za prawidłowe. (...)

23. Treść gwarancji, która złożona została przez Konsorcjum Elfeko, nie pozwala uznać, aby jej wystawca – Gwarant - miał odpowiadać za działania lub zaniechania innych podmiotów, niż tego, który wprost został wskazany w dokumencie, czyli Elfeko. Przeciwnie – wszystkie postanowienia gwarancji wskazują jednoznacznie, że została ona wystawiona dla Elfeko w celu zabezpieczenia składanej przez niego samodzielnie oferty, zaś Gwarant przyjął na siebie odpowiedzialność względem Zamawiającego za zaniechania lub działania właśnie tego wykonawcy.

24. Zaznaczyć przy tym należy, że postanowienia gwarancji ubezpieczeniowej (wadium) odczytywać należy zgodnie z jej literalnym brzmieniem. (...)

26. Powyższych ustaleń nie zmienia również treść oświadczenia Gwaranta (o czym szerzej również w dalszej części odwołania), które uzyskane zostało w wyniku wystosowania przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnień, a którego treść nie znajduje odzwierciedlenia w treści Wadium. Niezależnie od treści tego dokumentu, oświadczenie Gwaranta nie było znane Zamawiającemu w momencie otwarcia ofert, a to przez pryzmat tego zdarzenia (złożenia i otwarcia ofert) oceniana jest skuteczność wniesionego wadium. Ma ono bowiem pozostawać ważne przez cały okres związania ofertą (art. 97 ust. 5 Pzp).

27. W powyższym kontekście warto zauważyć również, iż oświadczenia złożone zarówno przez Gwaranta, jak i przez Konsorcjum Elfeko, iż Hestia wiedziała, że ofertę będzie składać Konsorcjum, są całkowicie niewiarygodne. Po pierwsze, są to zapewnienia składane post factum, będące wynikiem pytań zadanych przez samego Zamawiającego. Po drugie (co istotne) stwierdzenia te stoją w jawnej sprzeczności z treścią Wadium. Jak już wielokrotnie wskazano w niniejszym Odwołaniu, w treści samej gwarancji wskazano nie tylko samo Elfeko jako Wykonawcę, ale również wprost określono, że to właśnie ten podmiot (i tylko ten) będzie składał ofertę w Postępowaniu. Oświadczenia te – niezależnie, że bezprzedmiotowe – należy zatem traktować wyłącznie jako próbę ratowania złożonej oferty. (...)

29. Skoro zatem zakres zobowiązania Gwaranta wyznacza wyłącznie treść gwarancji, to w analizowanej sprawie literalne brzmienie przedłożonego wadium wskazuje, iż zabezpieczany stosunek prawny istnieje wyłącznie pomiędzy Elfeko a Zamawiającym (jako beneficjentem gwarancji). W treści gwarancji nie zastrzeżono bowiem, aby Elfeko działało w imieniu Elbud, czy chociażby aby Elfeko działał jako lider. Jednocześnie treść gwarancji

w żaden sposób nie sugeruje, iż Zamawiający będzie uprawniony do dochodzenia roszczeń od Gwaranta w razie zaistnienia okoliczności upoważniających go do zatrzymania wadium w przypadku przyczyn leżących po stronie Elbud. Tym samym, nie sposób uznać aby Konsorcjum Elfeko prawidłowo złożyło wraz z ofertą dokument wadium i odpowiednio zabezpieczyło ofertę. Z tych względów, Zamawiający winien był odrzucić ofertę Konsorcjum na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. (...)

31. W powyższym kontekście przede wszystkim podkreślenia wymaga, że jeśli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to o przesłankach jego realizacji decyduje nieodrębne stanowisko Gwaranta, a wyłącznie treść wystawionej gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (wykonawcę) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w wadium jedynie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono w sposób prawidłowo, ma wykładnia literalna tego dokumentu wadium. To bowiem dokument wadium jest przedmiotem (w pewnym tego słowa znaczeniu) badania i oceny przez Zamawiającego, który na podstawie treści w nim zawartej ocenia, czy w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek z art. 98 ust. 6 Pzp będzie mógł żądać wypłaty kwoty wadium od wystawcy gwarancji. Odrębny dokument, który stanowi nieformalną odpowiedź Gwaranta, nie stanowi subsydiarnego, czy też pomocniczego dokumentu wadium, który mógłby współistnieć razem z wadium w Postępowaniu jako element oferty wykonawcy. Jest to w istocie dokument pozbawiony jakichkolwiek ram czy podstaw prawnych i sam w sobie nie może wpływać na realną treść wadium przedłożonego wraz z ofertą Konsorcjum Elfeko w tym Postępowaniu.

32. Nie można też w okolicznościach tej sprawy nie zauważyć, iż Zamawiający, kierując do Gwaranta, a następnie do samego Konsorcjum Elfeko wezwania do wyjaśnień w zakresie treści przedłożonej gwarancji, dopuścił się naruszenia (choć w rzeczywistości nie wskazuje podstawy prawnej) art. 223 ust. 1 Pzp, które przypomina w istocie prowadzenie negocjacji w zakresie treści wadium. Zamawiający nie tylko naruszył wskazany przepis poprzez skierowanie wezwania do wyjaśnień do wystawcy wadium (przepis zezwala na wyjaśnienia treści oferty i oświadczeń z wykonawcą), ale przede wszystkim, Zamawiający podjął się procedury wyjaśniającej względem dokumentu, który nie podlega wyjaśnieniom ani uzupełnieniu na tle przepisów Pzp. Przepisy Pzp nie przewidują bowiem jakiegokolwiek procedury wyjaśnień wadium czy też narzędzi na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, co już samo przez się jest bardzo wymowne i znamienne. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (ubezpieczenia) nie są bowiem dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie stanowią treści oferty. Dokument ten nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału, kryteriów selekcji ani braku podstaw do wykluczenia. Konsekwencją powyższego

jest więc brak możliwości uzupełnienia braków lub wyjaśniania treści wniesionego wadium.

(...) 34. Zaakceptowanie treści wadium wyłącznie na mocy udzielonych przez Gwaranta wyjaśnień (które stoją w jasnej sprzeczności z samą treścią wystawionej gwarancji) stanowi w istocie naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Gdyby bowiem przyjąć, że każdy dokument (nie podlegający uzupełnieniu oraz wyjaśnieniu na gruncie ustawy Pzp) może zostać odrębnie wyjaśniony przez Zamawiającego w ramach wezwania do jego wystawcy (wystawcy dokumentu) poza procedurą Pzp, wówczas znacząca część innych dokumentów w postępowaniu, których wadliwość nie może zostać usunięta za pomocą narzędzi dostępnych na gruncie ustawy Pzp, mogłaby być usuwana właśnie za pomocą takich (bezprawnych) działań. Zgoda na tego rodzaju działania prowadziłaby do sytuacji, w której przepisy ustawy Pzp (w szczególności te dotyczące przesłanek wykluczenia wykonawcy czy odrzucenia oferty) stawałyby się martwe i zbędne.

35. Tym samym, wyjaśnienia Gwaranta stanowią nieuprawnioną ingerencję w treść i samą wykładnię złożonej gwarancji i winny być pominięte w ocenie skuteczności złożenia wadium przez Konsorcjum Elfeko.

36. Z wyżej opisanych względów stwierdzić należy, iż Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny wadium złożonego przez Konsorcjum Elfeko, a w konsekwencji w sposób niezgodny z przepisami Pzp dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Wadium nie zostało bowiem złożone w Postępowaniu lub też zostało złożone w sposób nieprawidłowy. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum Elfeko jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Elfeko z uwagi na brak wniesienia wadium, lub też wniesienie tego wadium w sposób nieprawidłowy,
- 4) dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego.

Pismem z dnia 14.12.2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Elfeko S.A, ul. Hutnicza 20A, 81-061 Gdynia oraz PBE ELBUD Poznań S.A, ul. Zakładowa 10, 62-064 Plewiska (dalej: „przystępujący”), zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 21.12.2022 r. zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa linii kablowej 110kV relacji: stacja 110/20kV Krzywa - stacja 110/20kV Bolesławiec Tysiąclecia.

W pkt 4.3. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 500.000,00 zł oraz określił w tym zakresie pozostałe wymagania. Zgodnie z treścią pkt 4.3.2.5 SWZ, z wniesionego wadium w pieniądzu i z treści gwarancji i poręczeń, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2 – 4 PZP musi wynikać, że wadium zabezpiecza ofertę Wykonawcy złożoną w Postępowaniu, którego dotyczy niniejsza SWZ.

Przystępujący, będący konsorcjum składającym się z dwóch spółek, złożył tytułem wniesienia wadium gwarancję ubezpieczeniową, w której wskazano m.in.:

„Ponieważ ELFEKO SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą: 81-061 GDYNIA, UL. HUTNICZA 20A (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na Budowa linii kablowej 110kV relacji: stacja 110/20kV Krzywa – stacja 110/20kV Bolesławiec Tysiąclecia nr referencyjny: PZP/TD-OLG/04449/2022 (dalej zwaną „Ofertą”), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie (...) jest zobowiązane wobec TAURON DYSTRYBUCJA S.A. (...) w kwocie 500 000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych zero groszy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym”.

Pismem z dnia 09.11.2022 r. zamawiający zwrócił się do Gwaranta, tj. Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z następującymi pytaniami:

- „1) Czy wiadomym dla ERGO Hestia SA jest fakt, że gwarancja stanowi wadium zabezpieczające ofertę, która została złożona przez Konsorcjum: ELFEKO S.A., Hutnicza 20 A, 81-061 Gdynia - Lider konsorcjum oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A., Zakładowa 10, 62-064 Plewiska – Partner Konsorcjum?,
- 2) Czy brak wskazania w treści gwarancji Partnera Konsorcjum Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A. w jakikolwiek sposób wpływa na zobowiązania ERGO Hestia SA oraz na uprawnienia TAURON Dystrybucja S.A. do zatrzymania wadium wynikające z faktu, że oferta złożona jest przez Konsorcjum?
- 3) Czy działanie lub zaniechanie każdego z konsorcjantów powodujące spełnienie się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie uzasadniało żądanie Zamawiającego o wypłatę wskazanej w gwarancji wadialnej kwoty 500 000,00 zł ?
- 4) Czy Ergo Hestia SA przy spełnieniu wszystkich przesłanek określonych w treści gwarancji wadialnej wypłaci Zamawiającemu kwotę 500 000,00 zł, jeśli konieczność wypłaty wskazanej

kwoty będzie bezpośrednio związana z działaniem bądź zaniechaniem Przedsiębiorstwa Budownictwa Energetycznego ELBUD Poznań S.A., tj. konsorcjanta niewskazanego w treści gwarancji ubezpieczeniowej?”

Pismem z dnia 10.11.2022 r. Gwarant potwierdził, że posiada wiedzę o złożeniu przez ELFEKO S.A. oferty wraz z innym konsorcjantem i odpowiedział na pytania:

„1. gwarancja wadium nr 280000202627 z dnia 18.10.2022r, stanowi zabezpieczenie oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie ELFEKO S.A. oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A.

2. brak wskazania w treści Gwarancji Partnera Konsorcjum tj. Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A., w żaden sposób nie wpływa na zobowiązania ERGO Hestii oraz na uprawnienia TAURON Dystrybucja S.A. mające na celu zaspokojenie ewentualnych roszczeń z tytułu wniesionego w tej formie wadium

3. działanie lub zaniechanie każdego z konsorcjantów tj. Lidera Konsorcjum – ELFEKO S.A. oraz Partnera Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A., powodujące spełnienie się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, będzie uzasadniało żądanie Zamawiającego o wypłatę wskazanej w gwarancji wadium kwoty 500.000,-zł

4. w przypadku zaistnienia co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wskazana w Gwarancji kwota 500.000,- zł zostanie wypłacona Zamawiającemu również, gdy konieczność wypłaty będzie bezpośrednio związana z działaniem bądź zaniechaniem Przedsiębiorstwa Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A., tj. konsorcjanta niewskazanego w treści gwarancji ubezpieczeniowej.”

Pismem z dnia 14.11.2022 r. zamawiający wezwał przystępującego „w trybie art. 223” ustawy Pzp do „przesłania umowy Konsorcjum oraz udzielenia informacji czy ubezpieczyciel ERGO Hestia SA został poinformowany o tym, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium dotyczyć będzie oferty, która zostanie złożona przez Konsorcjum”.

Pismem z dnia 15.11.2022 r. przystępujący wskazał, że „ubezpieczyciel ERGO Hestia S.A. był poinformowany o fakcie, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium dotyczy oferty, która była składana przez Konsorcjum” i przekazał umowę konsorcjum, w której przewidziano „wniesienie wadium w imieniu własnym oraz Partnera Konsorcjum, do czego Partner Konsorcjum upoważnia Pełnomocnika”.

Pismem z dnia 02.12.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 97 ust. 1 i 5 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium.
5. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Zgodnie z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

- 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;
- 2) wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej

oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

14) wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W niniejszym postępowaniu wykonawca Elfeko S.A. ubiegający się o zamówienie wspólnie z wykonawcą PBE ELBUD Poznań S.A., wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, w której wymieniony został tylko Elfeko S.A. i żadne postanowienie w treści tej gwarancji nie wskazywało na fakt złożenia oferty przez jakiegokolwiek innego jeszcze wykonawcę.

W pierwszej kolejności należy zatem wskazać, że celem złożenia wadium jest zabezpieczenie oferty na wypadek ziszczenia się którejkolwiek z okoliczności wymienionych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej, dla zapewnienia skuteczności zabezpieczenia, z treści gwarancji musi wynikać m.in., wobec czyich działań bądź zaniechań związanych z uczestnictwem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Gwarant zobowiązuje się do wypłaty kwoty gwarantowanej. W konsekwencji, jeżeli oferta jest składana przez wykonawców występujących wspólnie (konsorcjum), w treści gwarancji powinni być wymienieni konsorcjanci lub powinny znaleźć się inne postanowienia wskazujące na złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę. W przeciwnym wypadku, jeżeli przesłanka zatrzymania wadium wynikała z przyczyn dotyczących wykonawcy, którego udział w konsorcjum składającym ofertę nie został w żaden sposób wskazany w treści gwarancji, zachodzi ryzyko, że Gwarant nie wypłaci zamawiającemu kwoty gwarantowanej. Tym samym nie można w takim przypadku twierdzić, że wadium skutecznie zabezpiecza ofertę.

Powyższe potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27.02.2019 r. sygn. akt XII Ga 555/18, który został wydany w oparciu o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17 i w którym stwierdzono m.in. „Przypomnieć w tym miejscu należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w niniejszej sprawie wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Już tylko z tej przyczyny stanowisko skarżących odnośnie tego, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań lidera konsorcjum i tych zależnych od niego (...) jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadium, nie znajduje

swojego uzasadnienia”. Powyższe stanowisko jednoznacznie potwierdza też powoływany przez odwołującego wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.05.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 31/21, w którym wskazano: „gwarancja bankowa obejmująca tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi nieprawidłowo złożone wadium jako zabezpieczenie wspólnej oferty”.

Jednocześnie należy także odnieść się do okoliczności zaistniałych w niniejszym postępowaniu, tj. faktu zwrócenia się przez zamawiającego do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. o wyjaśnienia co do wiedzy Gwaranta o złożeniu oferty przez konsorcjum i związanych z tym warunków wypłaty kwoty gwarantowanej.

Po pierwsze, należy zauważyć, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dominuje pogląd, zgodnie z którym kwestia prawidłowości wniesienia wadium nie może być przedmiotem wyjaśnień, a tym bardziej wadium nie może być uzupełnione, w tym także w zakresie treści gwarancji wadialnej (por. wyrok KIO 2179/16 z dnia 30.11.2016 r.). Wynika to też z art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, w którym wskazano, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą. Tymczasem w niniejszym postępowaniu dopiero w wyniku zapytania skierowanego do Gwaranta, zamawiający uzyskał informację o posiadaniu przez niego wiedzy o tym, że oferta została złożona przez konsorcjum składające się z Elfeko S.A. oraz PBE ELBUD Poznań S.A., a także uzyskał zapewnienie, że „wskazana w Gwarancji kwota 500.000,- zł zostanie wypłacona Zamawiającemu również, gdy konieczność wypłaty będzie bezpośrednio związana z działaniem bądź zaniechaniem Przedsiębiorstwa Budownictwa Energetycznego ELBUD POZNAŃ S.A., tj. konsorcjanta niewskazanego w treści gwarancji ubezpieczeniowej”. Również dopiero w wyniku wymiany korespondencji z przystępującym zamawiający uzyskał umowę konsorcjum i zapewnienie, że Gwarant wiedział o złożeniu oferty przez obu wykonawców wspólnie.

W związku z tym należy podkreślić, że informacja o zabezpieczeniu oferty złożonej przez konsorcjum i realizacji zobowiązań Gwaranta w przypadku działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów powinna wynikać już z treści gwarancji złożonej wraz z ofertą. Informacja ta nie powinna być przedmiotem domysłów zamawiającego i nie może być uzupełniana w toku postępowania o udzielenie zamówienia, także w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem przekazanie przez przystępującego i Gwaranta ww. informacji w odpowiedzi na wezwania zamawiającego, stanowiło w istocie uzupełnienie gwarancji o treści wcześniej w niej nie występujące. Już tylko z tego powodu ww. informacje przekazane zamawiającemu w toku postępowania nie mogą być uwzględnione przy ocenie prawidłowości wniesienia wadium przez przystępującego.

Po drugie, należy zauważyć, że gwarancja ma charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny, na co wskazał też Sąd Najwyższy w ww. wyroku z dnia 15.02.2018 r. sygn. akt IV CSK 86/17. Oznacza to, że przy jej stosowaniu nie można odwoływać się do innych stosunków prawnych leżących u podstaw jej udzielenia, a w efekcie ocena treści gwarancji nie może opierać się na treści innych dokumentów niż sama gwarancja. Powyższe prowadzi do wniosku, że dla oceny gwarancji złożonej w niniejszym postępowaniu nie mają znaczenia dokumenty uzyskane dodatkowo przez zamawiającego w toku postępowania, tj. ww. pismo Gwaranta z dnia 10.11.2022 r., czy umowa konsorcjum z dnia 26.09.2022 r. Pomijając już wskazaną wcześniej niedopuszczalność uzupełniania treści gwarancji, należy bowiem raz jeszcze podkreślić, że nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza możliwość dokonywania jej oceny z pomocą innych dokumentów wynikających z innych stosunków prawnych. Sama treść gwarancji musi być zatem jasna i jednoznaczna i musi potwierdzać bezwarunkowe i nieodwołalne zabezpieczenie oferty, bez uciekania się do innych dokumentów.

Powyższe potwierdza ww. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.05.2021 r. sygn. akt XXIII Zs 31/21, w którym wskazano: „Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji. (...) Przekładając powyższe uwagi na realia niniejszej sprawy wskazać w konsekwencji należy, że treść zobowiązania do wypłaty wadium musi wynikać wprost z brzmienia gwarancji. Konieczność oceny prawidłowości wadium na podstawie złożonego, a nie podlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego oraz niezbędna pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego banku, który dla zamawiającego korzystnie lub nie zinterpretuje - po terminie składania ofert - okoliczności obligujące bank do zapłaty kwoty wadium. Wobec powyższego gwarancja jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić żadnych wątpliwości interpretacyjnych, a zatem musi być czytelna i jasna. (...) Co do umowy, to jej zapisy regulują wyłącznie stosunek pomiędzy partnerem a liderem konsorcjum określając zasady ich wspólnego ubiegania się o zamówienie oraz dalej wspólnej realizacji zamówienia. Zapisy tej umowy w żaden sposób nie wpływają na stosunek gwarancji”.

Jak już wyżej wskazano, w treści gwarancji wystawionej dla Elfeko S.A. nie ma postanowień wskazujących na zabezpieczenie oferty złożonej także przez jakiegokolwiek innego wykonawcę, a abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji wyłącza możliwość wywiedzenia takiej informacji z innych dokumentów.

Po trzecie, o skuteczności zabezpieczenia oferty nie świadczą w tym wypadku także postanowienia gwarancji o wypłaceniu gwarantowanej kwoty bezwarunkowo i nieodwołalnie. Należy bowiem zauważyć, że bezwarunkowe działanie Gwaranta może obejmować wyłącznie to, do czego zobowiązał się on w treści gwarancji. Jeżeli jego zobowiązanie nie dotyczy działania lub zaniechania danego wykonawcy, to nie będzie on zobligowany do wypłacenia kwoty gwarantowanej w przypadku ziszczenia się przesłanek z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp z przyczyn dotyczących tego wykonawcy, mimo zawartych w gwarancji postanowień o jej bezwarunkowym charakterze. Powyższe zostało też jasno wskazane przez Sąd Okręgowy w Gdańsku w ww. wyroku z dnia 27.02.2019 r. sygn. akt XII Ga 555/18: „Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji”. W niniejszej sprawie zobowiązanie się Gwaranta do bezwarunkowego działania nie oznacza zatem, że zaspokoi on zamawiającego w razie zaistnienia okoliczności wynikających z działania bądź zaniechania wykonawcy PBE ELBUD Poznań S.A.

Reasumując, w świetle powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że gwarancja ubezpieczeniowa złożona przez wykonawcę Elfeko S.A. nie stanowi skutecznego zabezpieczenia oferty złożonej przez tegoż wykonawcę wraz z innym członkiem konsorcjum. Oznacza to, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....