

Sygn. akt: KIO 652/20

WYROK

z dnia 3 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 3 czerwca 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2020r. przez **wykonawcę Eitel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie, Gutkowo 81D** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Polskie Sieci Energetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie – Jeziornej, ul. Warszawska 165**

przy udziale **wykonawcy Energo-System Spółka Akcyjna z siedzibą w Rzeszowie, ul. Energetyczna 1** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 652/20 po stronie zamawiającego

orzeka :

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Eitel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie, Gutkowo 81D i:
 - 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Eitel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie, Gutkowo 81D** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na prace modernizacyjno-remontowe autotransformatora AT2 w SE Olsztyn Mątki zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 grudnia 2019r. za numerem 2019/S 245-604238.

W dniu 17 marca 2020r. zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy Energo-System S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

W dniu 26 marca 2020r. odwołanie wniósł wykonawca Eltel Networks Energetyka Spółka Akcyjna z siedzibą w Olsztynie, Gutkowo 81D – zwany dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 marca 2020r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 marca 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez niezastosowanie tego przepisu i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energo-System S.A., w sytuacji gdy wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej albowiem określony w dokumencie gwarancji termin zapłaty kwoty wadium był dłuższy od terminu wskazanego i wymaganego przez zamawiającego w SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A., która powinna zostać odrzucona z uwagi na nieprawidłowo wniesione wadium, a tym samym oferta ta nie mogła być brana pod uwagę przy badaniu stopnia w jakim poszczególne oferty spełniają kryteria oceny ofert;
3. art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A., który nie zachował przewidzianych przez zamawiającego w SIWZ wymogów wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, przez co nie można uznać, że jego oferta jest konkurencyjna w stosunku do oferty odwołującego, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że wykonawca Energo-System S.A. i odwołujący nie zostali równo potraktowani przez zamawiającego.

Wniósł o:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A.;
2. nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Energo-System S.A.;

3. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności zbadania i oceny ofert złożonych w postępowaniu bez oferty wykonawcy Energo-System S.A.;

4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, tj. kwoty wpisu oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczoną rozprawę i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Ponadto o przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów (wszystkie dokumenty znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia):

1. części I SIWZ oraz wzoru nr 5 do części III SIWZ na okoliczność: określenia przez zamawiającego wymagań dotyczących wadium, zakresu i treści tych wymagań;

2. gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 998-A873615 z dnia 6 marca 2020 r. złożonej przez wykonawcę Energo-System S.A.;

3. pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 13 marca 2020 r. na okoliczność poinformowania zamawiającego o nieprawidłowym sposobie złożenia wadium przez wykonawcę Energo-System S.A.;

4. informacji zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17 marca 2020 r. na okoliczność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A.

Odwołujący wskazał, że jedną z podstawowych dziedzin jego działalności, co wynika z informacji ujawnionych w rejestrze przedsiębiorców KRS prowadzonym dla odwołującego, są roboty związane z budową linii telekomunikacyjnych i elektroenergetycznych oraz naprawa i konserwacja urządzeń elektrycznych. Z tego powodu zdecydował się wziąć udział w postępowaniu o udzielenie przedmiotowego zamówienia. W stosunku do odwołującego nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania, spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający nie znalazł też podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, zaś w rankingu ofert odwołujący zajmuje obecnie drugie miejsce ustępując jedynie wykonawcy Energo-System S.A., którego oferta w ocenie odwołującego powinna zostać odrzucona. Gdyby tak się stało oferta odwołującego byłaby najkorzystniejsza i w konsekwencji odwołującemu udzielone zostałyby to zamówienie. W związku z powyższym odwołujący uważa, że ma interes prawny w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego może spowodować po stronie odwołującego szkodę w postaci utraconego zysku, który odwołujący założył, że osiągnie realizując przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający wymagał od wykonawców, aby ich oferty zostały zabezpieczone wadium. Wymagania co do wadium, zamawiający określił w Części I SIWZ, Rozdział XIV, strony 31-32. W zakresie możliwości wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej albo ubezpieczeniowej zamawiający podał w pkt 8 Rozdziału XIV Części I SIWZ, że „...dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym Wzór nr 5 do Części III

SIWZ". Treść wzoru gwarancji stanowiącego Wzór nr 5 do Części III SIWZ wskazywała na to, że gwarancja ma określać osobę gwaranta, wykonawcy i beneficjenta (zamawiającego), kwotę wadium, nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie gwaranta do zapłaty kwoty wadium w ściśle określonych przypadkach w terminie 10 dni licząc od daty otrzymania żądania zapłaty kwoty wadium, a ponadto, że gwarancja nie może być przeniesiona na inną osobę oraz że sądem właściwym miejscowo do rozpoznania ewentualnego sporu na tle realizacji gwarancji ma być sąd właściwy dla siedziby zamawiającego.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty, w tym oferty wykonawcy Energo-System S.A. i odwołującego. Odwołujący dokonał analizy treści gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez wykonawcę Energo-System S.A. w wyniku, której doszedł do wniosku, że gwarancja ta nie spełnia wymagań wadium, jakie zostały określone przez zamawiającego w SIWZ. Zastrzeżenia odwołującego dotyczyły tego, że złożona przez tego wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa przewidywała 14dniowy termin na wypłatę kwoty wadium, podczas gdy we Wzorze nr 5 do Części III SIWZ zamawiający wskazał wyraźnie, że termin ten ma wynosić 10 dni. Z tego względu pismem datowanym na dzień 13 marca 2020 r. złożonym za pośrednictwem platformy zakupowej prowadzonej przez zamawiającego odwołujący zakomunikował zamawiającemu o spostrzeżonej nieprawidłowości związanej z gwarancją wykonawcy Energo-System S.A. zamawiający nie ustosunkował się do wspomnianego pisma i w dniu 17 marca 2020 r. poinformował odwołującego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A. Z informacji wynikało również, że oferta jednego z wykonawców została odrzucona z uwagi na brak wniesienia wymaganego wadium.

W ocenie odwołującego wadium wykonawcy Energo-System S.A. nie zostało złożone prawidłowo, tym samym wobec oferty tego wykonawcy zaszła przesłanka do jej odrzucenia, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy i w konsekwencji oferta ta nie powinna być zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający żądał od wykonawców złożenia wadium. Jedną z dopuszczalnych przez przepisy ustawy form wadium jest gwarancja ubezpieczeniowa. Zarówno przepisy ustawy jak i przepisy ustaw regulujących działalność ubezpieczeniową nie definiują pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, ani nie wskazują jaką treść powinna posiadać ważna i skuteczna gwarancja ubezpieczeniowa. Gwarancja ubezpieczeniowa jest zatem specyficzną, niestypizowaną, ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, wyrażonej w art. 353(1) KC (tak wyr. SA w Poznaniu z 11.1.2006 r., I ACa 761/05, OSA 2007, Nr 5, poz. 16, s. 71). Zgodnie z tym przepisem, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia

społecznego. Z tego też względu w przypadku korzystania z gwarancji ubezpieczeniowej w celu wniesienia wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jej treść powinna odpowiadać wymaganiom zamawiającego oraz pozwalać na uznanie, że zabezpiecza ona określoną ofertę na wypadek wystąpienia okoliczności, skutkujących koniecznością zatrzymania wadium, określonych w art. 46 ust. 4a i 5. Z powyższego wypływa wniosek, że o minimalnych wymaganiach co do treści gwarancji ubezpieczeniowej jako formy wadium, których zachowanie decyduje o ważności, skuteczności i prawidłowości złożenia wadium decyduje zarówno rola jaką pełni wadium w systemie prawa zamówień publicznych oraz wymagania stawiane każdorazowo przez zamawiającego.

Rolą wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest zabezpieczenie oferty wykonawcy, wnoszone w formie zapłaty określonej sumy pieniężnej lub zabezpieczenia jej zapłaty, przed uchylaniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy, jak również finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania. W związku z powyższym podstawowym zadaniem wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, które sprowadzają się ogólnie do sprawnego i niezakłóconego przez wykonawców przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i udzielenie tego zamówienia wybranemu wykonawcy, którego oferta okazała się najkorzystniejsza. Wadium ma także za zadanie zniechęcać wykonawców do takiego zachowania, które mogłoby zakłócić przebieg postępowania, w szczególności wybór najkorzystniejszej oferty.

Przepisy ustawy przewidują różne formy w jakich wadium może być złożone. Z tego też względu dla każdej z tych form przewiduje się inne wymagania co do sposobu złożenia. Wymagania te muszą bowiem odpowiadać specyfice wpisanej w określoną formę wnoszenia wadium. Dla przykładu można wskazać, że dla skutecznego wniesienia wadium w pieniądzu nie wystarczy wyłącznie dokonać przelewu określonej kwoty pieniężnej. Samo przelanie środków pieniężnych nie decyduje jeszcze o tytule prawnym będącym jego podstawą ani o wzajemnych obowiązkach dokonującego przelewu i jego odbiorcy. Dlatego też praktyka udzielania zamówień publicznych wykształciła model wnoszenia tego wadium, zgodnie z którym wykonawca decydujący się na wniesienie wadium w formie pieniężnej zobligowany jest do załączenia do oferty potwierdzenia przelewu z zaznaczeniem, że wpłata dotyczy wadium do konkretnego postępowania. Z kolei wadium wnoszone w formie gwarancji ubezpieczeniowej stanowi zabezpieczenie udzielane nie przez wykonawcę, lecz podmiot prowadzący działalność ubezpieczeniową, który nie musi znać warunków i wymagań określonych przez zamawiającego co do formy i treści gwarancji. Dlatego też istotne stało się w praktyce, żeby gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca wadium określała w swojej treści minimalne elementy skutkujące jej ważnością oraz te elementy, które określi zamawiający. Co

istotne, bez względu na to w jakiej formie wadium zostanie wniesione, każda z tych form musi gwarantować zamawiającemu tak samo silne zabezpieczenie zaspokojenia się z kwoty wadium w przypadku zajścia przesłanek do zatrzymania wadium.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie i konsekwentnie podkreśla się, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych (por. m.in. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2394/18, minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadium jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania.

Przedstawione przez KIO stanowisko w wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2394/18 jest całkowicie słuszne. Skoro przepisy nie określają konkretnej treści gwarancji wadium jest rzeczą zupełnie zrozumiałą, że treść ta powinna być taka jakiej należy wymagać z punktu widzenia interesów zamawiającego, które muszą być zabezpieczone wadium. Dlatego też tak istotnym elementem treści gwarancji wadium jest określenie warunków zapłaty, w którym mieści się niewątpliwie termin zapłaty.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy, SIWZ zawiera co najmniej m. in. wymagania dotyczące wadium. Oznacza to, że wymagania wadium określane są przez zamawiającego, co jest zrozumiałe, skoro to właśnie interesy zamawiającego mają być zabezpieczone przez wniesienie wadium. Oczywiście zamawiający może w różny sposób określić te wymagania, jak również może przewidzieć różne wymagania w zależności od specyfiki danego zamówienia. Nie mniej jednak to do niego należy inicjatywa w zakresie stawiania wymogów co do treści i sposobu wnoszenia wadium. Każdorazowo jednak o tym jakim wymaganiom powinno sprostać wadium decydować będzie funkcja wadium z uwzględnieniem różnic spowodowanych specyfiką każdego dopuszczalnego rodzaju wadium oraz określone przez zamawiającego warunki.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający, stosując się do przepisu art. 36 ust. 1 pkt 8 ustawy określił w treści SIWZ wymagania dotyczące wadium – z treści Wzoru nr 5 wynika ponadto, że gwarancja powinna przewidywać 10-dniowy termin zapłaty kwoty wadium, być nieodwozalna, nieprzenośna a ponadto sądem właściwym do rozpatrywania sporów związanych z realizacją gwarancji ma być sąd właściwy miejscowo dla siedziby zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że wadium złożone przez wykonawcę Energo-System S.A. w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie jest prawidłowe, ponieważ przewidziany w nim termin zapłaty wadium jest dłuższy od przewidzianego przez zamawiającego w SIWZ.

Odwołujący zauważył, że nie sposób jest uznać wszystkich elementów treści Wzoru nr 5 do Części III SIWZ za jedynie zalecane. Wskazane w pkt 8 Rozdział XIV Części I SIWZ wymagania, które nie odnoszą się do wzorcowej treści gwarancji przewidują tylko konieczność zastrzeżenia w treści gwarancji, że zobowiązanie gwaranta co do wypłaty kwoty wadium będzie bezwarunkowe, a sama zapłata nastąpi w przypadkach określonych w ustawie. Odnosząc tak określone przez zamawiającego wymagania do minimalnych wymagań gwarancji ubezpieczeniowej, które w ocenie KIO (wyrok z dnia 4 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2394/18) muszą zostać zawarte w treści gwarancji, aby można było uznać ją za prawidłowo złożoną formę wadium, należy stwierdzić, że zamawiający nie określił tym zapisem minimum treści gwarancji wymaganej w niniejszym postępowaniu. Odwołujący wskazał, że pozostałe niezbędne elementy jakie powinna zawierać gwarancja ubezpieczeniowa jako wadium określone zostały w treści Wzoru nr 5 do Części III SIWZ. Tymi wymaganiami są zagwarantowanie w treści gwarancji 10-dniowego terminu płatności, nieodwołalność gwarancji i jej nieprzenoszalność, a także zastrzeżenie właściwości miejscowej sądu dla siedziby zamawiającego. Z punktu widzenia interesów zamawiającego są to istotne elementy, które powinny znaleźć się w treści prawidłowo wniesionego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Wszystkie te elementy razem dają zamawiającemu pełne zabezpieczenie, tak samo silne jak wadium wniesione w pieniądzu.

Z powyższego względu w ocenie odwołującego zalecenie zamawiającego co do zachowania treści gwarancji zgodnej z treścią Wzoru nr 5 do Części III SIWZ należy interpretować w ten sposób, że zalecenie to odnosi się do tych elementów gwarancji, które nie są istotne dla zabezpieczenia roszczenia zamawiającego o wypłatę kwoty wadium. Chodzi tu na przykład o brak obowiązku literalnego kopiowania treści Wzoru nr 5. Innymi słowy zalecenie to należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający dopuszcza gwarancje, których treść literalnie odbiega od treści proponowanej we Wzorze nr 5, o ile gwarancje te będą przewidywały wszystkie elementy, które będą dawały równie silne zabezpieczenie jak to, które przewiduje ten wzór i które zostały w tym wzorze przewidziane.

Przyjmując odmienne stanowisko, w ocenie odwołującego, należałoby uznać, że zamawiający dał wykonawcom pełną dowolność co do tego w jaki sposób zabezpieczyć interesy zamawiającego aby tylko gwarancja zapewniała bezwarunkową wypłatę kwoty wadium. A zatem należałoby uznać, że całkowicie obojętna dla zamawiającego byłaby długość terminu zapłaty kwoty wadium. Skoro zamawiający jedynie zalecałby 10-dniowy termin do zapłaty wadium to znaczy, że wykonawca mógłby wskazać inny termin, dłuższy, np. 150 dni i termin ten byłby w pełni prawidłowy. Ponadto należałoby uznać, że zamawiający wcale nie wymagał od wykonawców, aby gwarancje ubezpieczeniowe przewidywały ich nieodwołalność i nieprzenoszalność na inne podmioty. W związku z tym gwarancje nie zawierające takich zastrzeżeń również byłyby przez zamawiającego akceptowane. Podobnie miałyby się rzecz z

kwestią zastrzeżonej na korzyść zamawiającego właściwości miejscowej sądu. Już sam fakt, że o sposobie zabezpieczenia interesów zamawiającego miałby decydować wykonawca a nie sam zamawiający świadczy zdaniem odwołującego o absurdalności sytuacji. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia jest oświadczeniem woli zamawiającego, z którego wynika na jakich warunkach udzieli zamówienia publicznego wykonawcy, którego oferta okaże się najkorzystniejsza. Oświadczenie to podlega zatem zasadom interpretacyjnym, o których mowa w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Z przepisu tego wynika, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Ani zasady współżycia społecznego ani ustalone zwyczaje nie pozwalają interpretować oświadczeń woli w taki sposób, aby prowadziło ono do absurdalnych wniosków. Zamawiający sporządził SIWZ w reżimie przepisów ustawy, a zatem reżim wynikający z tych przepisów powinien być decydujący dla dokonania oceny czy wolą zamawiającego było jedynie zalecenie wykonawcom, żeby termin zapłaty kwoty wadium wynosił nie więcej niż 10 dni, czy może jednak wolą zamawiającego było wymaganie zachowania tego terminu. Przyjęte zwyczaje panujące w realiach zamówień publicznych nakazują wnioskować, że zamawiający nie działa jedynie z dostatecznym rozeznaniem, lecz jako podmiot profesjonalny zobowiązany na mocy prawa do stosowania przepisów ustawy świadomie i celowo przygotowuje dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wprowadza do niej takie zapisy, które są dla niego istotne.

W ocenie odwołującego zastrzeżenie przez zamawiającego we Wzorze nr 5 do Części III SIWZ terminu płatności kwoty wadium, właściwości sądu na korzyść zamawiającego, nieodwołalności i nieprzenoszalności gwarancji było celowe tak samo jak celowe było zastrzeżenie bezwarunkowej zapłaty kwoty wadium. Zamawiający wymagał od wykonawców zastrzeżenia wszystkich powyższych elementów we wnoszonych przez nich gwarancjach ubezpieczeniowych. Elementy te służą bowiem należytemu zabezpieczeniu interesów zamawiającego. Choć żaden przepis wprost nie przewiduje obowiązku umieszczenia tych elementów w treści gwarancji ubezpieczeniowej będącej wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to jednak przez wzgląd na to czemu ma służyć wadium i czyje interesy ma zabezpieczać, zdaniem odwołującego należy uznać, że są to elementy, których w niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał jako niezbędne do uznania wadium jako wniesionego w sposób prawidłowy. Odwołując się ponownie do wymienionego przez KIO w wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 2394/18 katalogu niezbędnych elementów gwarancji ubezpieczeniowej, należy uznać, że umieszczenie w treści Wzoru nr 5 do Części III SIWZ 10-dniowego terminu płatności kwoty wadium nie było przypadkowe. Termin ten jako jeden z warunków wypłaty kwoty wadium musi znaleźć się w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Poza tym, gdyby kwestia terminu zapłaty kwoty wadium była dla zamawiającego obojętna, wówczas zamawiający nie umieszczałby w treści tego Wzoru

konkretnego terminu, lecz pozostawiłby puste pole do wypełnienia, tak jak uczynił to w przypadku innych elementów treści Wzoru.

O ile można odwołujący może się zgodzić ze stanowiskiem zgodnie z którym w realiach zwykłych stosunków cywilnoprawnych treść gwarancji ubezpieczeniowej może być ukształtowana przez strony stosunku gwarancji w sposób dowolny byleby tylko treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, o tyle w reżimie przepisów prawa zamówień publicznych zasada ta doznaje ograniczenia. Zamawiający nie układa swoich stosunków bezpośrednio z gwarantem, lecz nakłada na wykonawcę obowiązek uzyskania takiej gwarancji, która chroniłaby jego interesy. W związku z tym o prawidłowości złożenia gwarancji wadium nie decyduje to czy wykonawca umówił się z gwarantem co do treści gwarancji ubezpieczeniowej w sposób zgodny z naturą jakiegokolwiek gwarancji ubezpieczeniowej, lecz to czy treść tej gwarancji odpowiada wymaganiom jakie powinna spełniać gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca formę wadium biorąc pod uwagę jej cel w systemie prawa zamówień publicznych i konkretne wymagania postawione przez zamawiającego w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Z uwagi na powyższe w ocenie odwołującego wadium wykonawcy Energo-System S.A. należy uznać za wniesione nieprawidłowo.

Odwołujący wskazał, że w stosunku do oferty wykonawcy Energo-System S.A. zasłała przesłanka do jej odrzucenia. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Przepis ten przewiduje obowiązek po stronie zamawiającego odrzucenia oferty w przypadku spełnienia się dwóch przesłanek. Po pierwsze zamawiający musi uprzednio żądać wniesienia wadium od wykonawców. Po drugie wadium nie zostało przez wykonawcę w ogóle wniesione albo zostało wniesione w sposób nieprawidłowy. Niewątpliwie w niniejszej sprawie zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium. Zamawiający określił również jakim wymaganiom ma odpowiadać wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, wskazując m. in. że termin płatności kwoty wadium z tytułu gwarancji ubezpieczeniowej nie może być dłuższy niż 10 dni. Złożona przez wykonawcę Energo-System S.A. gwarancja wadium nie spełnia wymagania w tym zakresie, ponieważ przewiduje termin zapłaty kwoty wadium w terminie 14 dni, a więc terminie dłuższym. Nie można zatem zdaniem odwołującego uznać, że gwarancja wykonawcy Energo-System S.A. jest prawidłowa, tj. odpowiada wymaganiom postawionym przez zamawiającego. Nie zabezpiecza ona interesów zamawiającego, w taki sposób jaki został przez zamawiającego określony. Z tego też względu należy ją traktować jako wniesioną w sposób nieprawidłowy.

W tej sytuacji w ocenie odwołującego oferta wykonawcy Energo-System S.A. nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza. Za taką nie można bowiem uznać oferty, która podlega odrzuceniu. Wykonawca, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu nie może zostać udzielenie zamówienie, gdyż nie będzie to wykonawca wybrany zgodnie z przepisami ustawy. Przede wszystkim oferta podlegająca odrzuceniu nie powinna być brana pod uwagę przy dokonywaniu przez zamawiającego badania w jakim stopniu poszczególne oferty spełniają kryteria oceny ofert. Stosownie do przepisu art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jest rzeczą oczywistą, że w etapie wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinny brać udziału oferty podlegające odrzuceniu. Świadczy o tym przepis art. 7 ust. 3 ustawy, który zezwala zamawiającym udzielać zamówień tylko tym wykonawcom, którzy zostali wybrani zgodnie z przepisami ustawy.

Nieodrzućenie oferty wykonawcy Energo-System S.A. i w konsekwencji wybór jego oferty jako najkorzystniejszej odbyło się z daniem odwołującego z oczywistym pogwałceniem zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jeżeli zamawiający określając wymagania dotyczące wadium nie respektuje przestrzegania tych wymagań przez wszystkich wykonawców, wówczas nie może być mowy o równym traktowaniu wykonawców. Odwołujący złożył wadium odpowiadające wymaganiom zamawiającego, także w zakresie w jakim zamawiający przewidział termin zapłaty kwoty wadium. Jeżeli zamawiający zdecydował się na określenie takiego wymogu to zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców powinien wymagać jego spełnienia przez wszystkich wykonawców. Tylko wtedy dochodzi do faktycznego przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców. Tymczasem zamawiający ewidentnie faworyzuje wykonawcę, który nie spełnił jego wymagań.

W tej sytuacji naruszona zostaje także zasada prowadzenia postępowania w sposób zapewniający uczciwą konkurencję. Za nieuczciwe należy uznać zarówno zachowanie wykonawcy, który uczestniczy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie starając się albo nie mogąc spełnić warunków narzuconych przez zamawiającego, jak i zachowanie zamawiającego, który pomimo niespełnienia przez tego wykonawcę warunków wybiera jego ofertę. Co więcej, zamawiający był świadomy nieprawidłowości związanych z wadium złożonym przez Energo-System S.A. Odwołujący poinformował go o tych nieprawidłowościach na cztery dni przed dokonaniem wyboru jego oferty. Pomimo tego zamawiający działając w pełni świadomie wybrał ofertę, którą powinien był odrzucić.

Odwołujący rozumie, że zamawiającemu zależy na udzieleniu zamówienia przede wszystkim temu wykonawcy, którego oferta przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny oraz kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Nie mniej jednak dążenie to nie może odbywać się z pogwałceniem innych zasad rządzących postępowaniem o udzielenie zamówienia

publicznego. Jeżeli zatem oferta, która na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert wypada najkorzystniej podlega odrzuceniu, to powinna zostać odrzucona. Tego wymaga poszanowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Niestety dokonując wyboru oferty wykonawcy Energo-System S.A. zamawiający naruszył te zasady.

W dniu 30 marca 2020r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania.

W dniu 31 marca 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Energo-System S.A. z siedzibą w Rzeszowie, wnosząc o oddalenie odwołania. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 31 marca 2020r. udzielonego przez dwóch wiceprezesów zarządu ujawnionych w KRS przystępującego. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 31 marca 2020r.

Przystępujący wskazał, że interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony zamawiającej - do której zgłasza swoje przystąpienie – ma charakter realny i jest związany z sytuacją przystępującego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ewentualne rozstrzygnięcie tego sporu na korzyść zamawiającego wpłynie jednocześnie na pozycję przystępującego w tymże przetargu nieograniczonym.

Zgodnie z zawiadomieniem zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej [pismo znak: 0230-DU-SP.230.3.2020.14 z dnia 17 marca 2020 r. to oferta uczestnika postępowania została wybrana jako najkorzystniejsza w niniejszym przetargu nieograniczonym przez pryzmat kryteriów oceny ofert [cena - 92 pkt i okres gwarancji – stacja 8 pkt]. Mając powyższe na uwadze, przystępujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk. Przystępujący zatem uważa, że posiada obiektywną tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania przedmiotowego kontraktu, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia środka ochrony prawnej, wniesionego przez ELTEL Networks Energetyka S.A., tj. polegającego na odrzuceniu lub oddaleniu przez Izbę przedmiotowego odwołania. Ewentualne uwzględnienie przez Izbę odwołania ELTEL Networks Energetyka S.A. może bowiem pozbawić przystępującego szansy na pozyskanie niniejszego zamówienia publicznego na usługi.

Zarzut odwołującego, jakoby oferta przystępującego, winna zostać odrzucona z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy, ze względu na rzekome wniesienie przez przystępującego wadium w sposób nieprawidłowy, w ocenie przystępującego jest bezzasadny oraz oderwany od minimalnych wymagań zamawiającego, jakie musiał spełniać dokument gwarancji wadialnej, o których mowa w pkt 8 Rozdziału XIV Części I SIWZ.

W pierwszej kolejności przystępujący podkreślił, że ustawa nie stawia szczególnych warunków dla wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Dlatego też wymagania

odnośnie wnoszonego wadium muszą być określone przez zamawiającego w SIWZ [art. 36 ust. 8 ustawy, a ponadto informacje na temat wadium winny znaleźć się także w ogłoszeniu o zamówieniu art. 41 pkt 8 ustawy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie i konsekwentnie podkreśla się natomiast, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych. Przy czym, jak wskazano w uzasadnieniu Wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt 2394/18 minimalnymi wymaganiami, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej jest:

- określenie gwaranta;
- określenie beneficjenta;
- określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania

Mając na uwadze brak szczegółowych regulacji ustawowych, kluczowe znaczenie dla oceny stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie ma zatem treść postanowień SIWZ i obowiązków jakie zamawiający nałożył na wykonawców w odniesieniu do treści gwarancji.

W ocenie przystępującego – wbrew twierdzeniom odwołującego – w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający żadnych dodatkowych wymagań w zakresie 10 dniowego terminu zapłaty kwoty wadium nie stawiał.

Dlatego też, wniesienie przez przystępującego wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 998-A873615 z dnia 6 marca 2020 r., przewidującej wypłatę kwoty wadium w terminie 14 dni, nie wypełnia ustawowej przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy.

Otóż wymagania zamawiającego w zakresie wadium wnoszonego w formie gwarancji [bankowej, ubezpieczeniowej] zostały wyartykułowane w pkt 8 Rozdziału XIV Części I SIWZ i obejmowały zobowiązanie do: płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie w przypadku zajścia okoliczności wymienionych w ustawie. Zamawiający nie określił natomiast w Rozdziale XIV Części I SIWZ, odnoszącym się do wadium, żadnych wymagań, co do 10 dniowego terminu zapłaty kwoty wadium.

Sam odwołujący przyznaje bowiem w treści przedmiotowego odwołania, że zamawiający wskazał jedynie, że: „Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym Wzór nr 5 do Części III SIWZ”.

Wzór nr 5 – jak sama nazwa wskazuje – stanowił jedynie wzór, przykład dokumentu gwarancji, a jego treść nie miała charakteru wiążącego. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, np. w Wyroku z dnia 20 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2227/19: „[...] słowo zalecać w powszechnym rozumieniu to „doradzać”, „rekomendować” i nie jest prawidłowe utożsamianie go, jak to czyni odwołujący, z nałożeniem w wykonawców

bezwzględne obowiązku zwarcia w treści gwarancji takiej samej treści, jaką zaproponował zamawiający we wzorze”.

Co w ocenie przystępującego zasługuje na uwagę to to, że stronami postępowania odwoławczego, rozstrzygniętego przywołanym powyżej wyrokiem Izby, był ten sam zamawiający, co w niniejszym postępowaniu, tj. PSE S.A. oraz wieloletni partner biznesowy przystępującego, z którym wielokrotnie ubiegał się o zamówienie w ramach zawiązanego Konsorcjum.

Tym samym, jeżeli zamawiający - PSE S.A. w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, rzeczywiście chciałby nadać wzorowi gwarancji, stanowiącemu Wzór nr 5 do części III SIWZ charakteru wiążącego, bezwzględnie obowiązującego wykonawców ubiegających się o to zamówienie, to mając na uwadze powyższe orzeczenie KIO, zamiast świadomie użytego sformułowania: „zaleca się” – zamawiający żądałby, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem nr 5 do Części III SIWZ.

Dlatego też, przystępujący znając treść ww. Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2227/19, nie przedłożył w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego gwarancji wadialnej, o takiej samej treści, jaką zaproponował zamawiający we Wzorze nr 5 do Części III SIWZ – bo też nie był do tego zobowiązany.

Niemniej jednak, Przystępujący w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 998-A873615 z dnia 6 marca 2020 r. zadośćuczynił wszystkim minimalnym wymaganiom, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej, tj. w dokumencie tym został określony gwarant; beneficjent oraz warunki zapłaty, na które składają się: wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania.

Reasumując, treść złożonego przez przystępującego dokumentu gwarancji wadialnej z całą pewnością uwzględnia wszystkie wymagania zamawiającego, które zostały określone w pkt 8 Rozdziale XIV Części I SIWZ i daje zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy.

W dniu 28 kwietnia 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia odwołanie w zakresie odrzucenia oferty Enegro-System SA.

W dniu 29 kwietnia 2020r. Izba wezwała przystępującego do złożenia oświadczenia w przedmiocie sprzeciwu.

W dniu 4 maja 2020r. przystępujący oświadczył, że zgłasza sprzeciw. Sprzeciw został wniesiony przez dwóch wiceprezesów, zgodnie z zasadami reprezentacji według załączonego odpisu z KRS

Wniósł o rozpoznanie ww. odwołania oraz jego oddalenie w całości jako bezzasadnego, ewentualnie jego odrzucenie, a co z tym się wiąże utrzymanie w mocy pierwotnej czynności

zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego.

W ocenie uczestnika postępowania, zamawiający nie mając podstaw faktycznych i prawnych do uwzględnienia w całości zarzutów odwołującego, dopuścił się naruszenia przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.2019.1843 ze zm.).

Zamawiający bowiem nie określił w Rozdziale XIV Części I SIWZ, odnoszącym się do wadium, żadnych wymagań, co do 10 dniowego terminu zapłaty kwoty wadium. Natomiast sformułowanie „zaleca się”, które zostało użyte przez zamawiającego w odniesieniu do wzoru gwarancji, stanowiącego Wzór nr 5 do Części III SIWZ” przesądza o tym, że zamawiający jedynie rekomendował, doradzał, aby treść gwarancji wadialnej była zgodna z tym wzorem, nie wskazał natomiast na taką konieczność.

Ponadto uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów ww. odwołania, świadczy o tym, że zamawiający uzurpuje sobie prawo do tendencyjnego i stronniczego interpretowania tożsamy treści SIWZ w poszczególnych przetargach.

Dla przykładu, w postępowaniu przetargowym, sektorowym przeprowadzonym w 2019 r. na usługi pn.: „Świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych NN należących do PSE S.A. na obszarze ZKO Katowice, ZKO Poznań i ZKO Bydgoszcz” w pakiecie 2 ZKO Poznań postępowania: 2019-WNP-0181-DU-KKOl ten sam zamawiający, czyli PSE S.A. stwierdził w analogicznej sprawie w odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 października 2019 r., co znalazło odzwierciedlenie w uzasadnieniu Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2227/19 na str. „Zamawiający użył sformułowania „zaleca”, a nie „wymaga”, nie wprowadził postanowień, wedle których dokument gwarancji miał stanowić powtórzenie treści gwarancji. Wyjaśnił, że wzór ten miał ułatwić wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia, ponieważ wykonawcy często nie mają wiedzy jak wygląda dokument gwarancyjny.

Zamawiający nie miał zamiaru narzucać wzoru jako wiążącego, mając świadomość, że ubezpieczyciele, czy banki wystawiają dokumenty według własnych wzorów, odpowiadających ustawie, zabezpieczających należycie interesy zamawiającego. Zamawiający dopuszczał dokumenty gwarancji przenoszące wprost postanowienia Wzoru nr 4 do Części III SIWZ, ale również dokumenty gwarancji, wystawione zgodnie z polityką danego gwaranta, w sytuacji gdy dawały zamawiającemu możliwość zaspokojenia się w przypadku zajścia przypadków wskazanych w ustawie okoliczności: bezwarunkowo i na pierwsze żądanie.

W konsekwencji zamawiający nie zgodził się z odwołującym, że skoro jeden wykonawca skorzysta ze wzoru dokumentu gwarancyjnego umieszczonego w SIWZ, inny zaś nie, to oferta tego drugiego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza, oddaliła wówczas odwołanie w ww. sprawie o sygn. akt KIO 2227/19, przyznając rację PSE S.A., że nawet brak w gwarancji wadialnej złożonej przy najkorzystniejszej ofercie, korzystniejszego dla Zamawiającego sposobu doręczenia żądania zapłaty wadium, tj. poprzez e-mail, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b „uPzp”, mimo że tenże sposób doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium, jako jeden z dwóch, był wymagany przez zamawiającego we wzorze dokumentu gwarancji, stanowiącym załącznik do SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, wykonawcy ubiegający się o kontrakty na rzecz PSE, w tym także uczestnik postępowania, zostali utwierdzeni w przekonaniu, że skoro sam wzór gwarancji wadialnej jest przez PSE S.A. jedynie zalecany, czyli inaczej: „rekomendowany, doradzany” to nie jest to równoznaczne z nałożeniem na wykonawców bezwzględnego obowiązku zawarcia w treści gwarancji wadialnej takiej samej treści, jaką zaproponował zamawiający we wzorze, o ile tylko taka gwarancja wadialna pozwoli zamawiającemu zaspokoić się w przypadku zajścia przypadków wskazanych w ustawie .

Przystępujący podkreślił, że zamawiający w później prowadzonych przez siebie postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego — także w niniejszym spornym postępowaniu przetargowym - w żaden sposób nie zmodyfikował postanowień SIWZ, w zakresie wymogów dotyczących wnoszenia wadium w formie niepieniężnej. W dalszym ciągu PSE S.A. jedynie „zaleca”, aby treść gwarancji był zgodna ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ.

Dlatego też, uczestnik postępowania wniósł gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 998-A873615 z dnia 6 marca 2020 r., która z jednej strony, wpisuje się w dotychczasową praktykę przetargową tego zamawiającego, z drugiej zaś wyczerpuje wszystkie minimalne wymagania, jakie musiał spełniać dokument gwarancji wadialnej, tj.: żeby w dokumencie tym został określony:

- gwarant;
- beneficjent;
- warunki zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej; — okres ważności zobowiązania gwaranta, a także — sposób zgłoszenia żądania.

Jeżeliby bowiem wymóg, dotyczący 10 dniowego terminu zapłaty kwoty wadium, byłby dla zamawiającego istotny, to mając na uwadze Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2227/19 PSE S.A. albo wprowadziłoby tego rodzaju żądanie wprost w pkt 8 Rozdziału XIV Części I SIWZ, albo też zawarłoby w treści SIWZ postanowienia, wedle których dokument gwarancji wadialnej miał stanowić powtórzenie treści wzoru gwarancji, stanowiącego Wzór nr 5 do Części III SIWZ, czego jednak zamawiający nie uczynił.

Tym samym, fakt zastrzeżenia przez gwaranta w gwarancji wadialnej, wniesionej przez przystępującego - 14 dniowego terminu na wypłatę kwoty wadium, nie może być traktowane jako nieprawidłowo wniesione wadium.

Tym bardziej, że zgodnie z dotychczasową praktyką przetargową w postępowaniach organizowanych przez PSE S.A., zawarty w gwarancjach wadialnych wydłużony termin wypłaty wadium - w stosunku do zalecanego 10 dniowego terminu, o którym mowa we wzorze gwarancji wadialnej — jest dość częstym zjawiskiem i dotychczas nie był kwestionowany przez tegoż zamawiającego oraz nie wywoływał dla wykonawców negatywnych skutków prawnych, w postaci odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy.

Przykładem aprobowania przez zamawiającego — PSE S.A. tego rodzaju rozbieżności, pomiędzy wniesioną w przetargu gwarancją wadialną, a wzorem gwarancji, stanowiącym załącznik do SIWZ, jest chociażby postępowanie niepubliczne, w trybie podstawowym, przeprowadzone przez PSE S.A w 2019 r. na: „Wykonywanie prac eksploatacyjnych w stacjach elektroenergetycznych najwyższych napięć na terenie działania PSE S.A. ZKO w Katowicach w zakresie przeglądów i usuwania usterek EAZ oraz SSiN w latach 2020-2021”, nr postępowania 2019/WNP-0319.

Zgodnie z zalecanym w tymże postępowaniu przez zamawiającego - PSE S.A. wzorem gwarancji wadialnej, stanowiącym Wzór nr 5 Części III StWZ, rekomendowany był 10 dniowy termin wypłaty kwoty wadium, podczas gdy w gwarancjach wadialnych, wniesionych w tymże postępowaniu przez uczestnika postępowania, tj.:

- gwarancji ubezpieczeniowej nr 908574027265 z dnia 18.11.2019 r. — Pakiet 1 oraz
- gwarancji ubezpieczeniowej nr 908574027266 z dnia 18.11.2019 r. — Pakiet 2 termin wypłaty wadium został określony przez gwaranta aż na 30 dni.

Pomimo tejże istotnej rozbieżności w zakresie terminu wypłaty wadium, PSE S.A. wybrało oferty przystępującego, jako najkorzystniejsze w obydwóch Pakietach nr 1 i 2, wskazując w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo nr 1363-DU9.240.160.2019.2 z dnia 4 grudnia 2019 r.) że:

„Wybrany Wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu, jego oferta jest ważna i przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert. Wybrane oferty spełniają wymagania formalne oraz merytoryczne zawarte w SIWZ”.

Zamawiający nie czynił z powodu tejże rozbieżności żadnych problemów uczestnikowi postępowania, który obecnie realizuje na rzecz PSE S.A. ww. zamówienie w obydwóch Pakietach 1 i 2.

Powyższe przykłady pokazują, że zamawiający - PSE S.A. interpretuje postanowienia SIWZ swojego autorstwa, w zakresie wymagań jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej, w sposób stroniczy, całkowicie niemożliwy do przewidzenia przez wykonawców oraz oderwany od literalnego ich brzmienia.

Uczestnik postępowania przytoczył słowa samego zamawiającego — PSE S.A. w analogicznej sprawie, dotyczącej niezgodności treści gwarancji wadialnej z zalecanym przez tegoż zamawiającego wzorem gwarancji, stanowiącym załącznik do SIWZ, że:

nawet gdyby postanowienia SIWZ mogły budzić wątpliwości, to należałoby je interpretować na korzyść wykonawców, których nie mogą obciążać ewentualne niekonsekwencje Zamawiającego” (zob. uzasadnienie Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia z dnia 20 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2227/19, str. 71.

Tym samym, w ocenie uczestnika postępowania zarzuty zawarte w treści odwołania wniesionego przez ELTEL Networks Energetyka S.A. w dniu 26 marca 2020 r. pozostają bezzasadne oraz są oderwane od minimalnych wymagań zamawiającego, jakie musiał spełniać dokument gwarancji wadialnej, o których mowa w pkt 8 Rozdziału XIV Części I SIWZ.

W dniu 8 maja 2020r. odwołujący wniósł odpowiedź na sprzeciw wskazując, że pochodzi od osoby nieuprawnionej i został wniesiony do nieprawidłowego organu, za zatem jest nieskuteczny i postępowanie powinno zostać umorzone. Co do braku umocowania, to odwołujący podniósł, że sprzeciw jest datowany na 30 kwietnia 2020r. a został opatrzony podpisami w dniu 1 maja 2020r. Nadto sprzeciw wnosi się do składu orzekającego, a nie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, jak oznaczono w niniejszej sprawie sprzeciw. Są to dwa różne organy i nie można w ocenie odwołującego takiego sprzeciwu uznać za skutecznie wniesiony. Podtrzymał swoje stanowisko co do braku stronniczości i prawidłowego prowadzenia postępowania przez zamawiającego, podkreślił, że przebieg innych postępowań nie może być przedmiotem analizy w przedmiotowym postępowaniu, a wszystkim wykonawcom znana była treść siwz i wszyscy poza przystępującym dostosowali się do wymogu 10 terminu wypłaty sumy gwarancyjnej z zabezpieczenia wadialnego.

Na rozprawie przystępujący przedłużył pisemne stanowisko, w którym podtrzymał dotychczasową argumentację.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, gwarancji wadialnej z dnia 6 marca 2020r. nr 998A-873615, pisma odwołującego do zamawiającego z dnia 13 marca 2020r., informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz dowody przedłożone przez przystępującego do sprzeciwu i pisma procesowego z dnia 3 czerwca 2020r.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

XII. Sposób przygotowania oferty

11) Wykonawca zobowiązany jest załączyć na Platformie Zakupowej następujące dokumenty podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym:

a) Formularz oferty zgodnie ze Wzorem nr 12 Części III SIWZ,

b) Pełnomocnictwa lub inne dokumenty, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym z których wynika prawo do podpisania oferty oraz do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, chyba że Zamawiający może je uzyskać w szczególności za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2007 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne Dz. U. z 2017r poz.570),

c) Dokumenty potwierdzające wniesienie wadium zgodnie z pkt. XIV Część I SIWZ,
XIV. Wadium

1) Wykonawca zaproszony do złożenia Oferty zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości 70.000,00 zł (przy składaniu Oferty, a nie Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu).

2) Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Wadium musi obejmować okres związania ofertą. Pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień składania ofert.

3) Wadium może być wnoszone w następujących formach:

a) w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego, wskazany w pkt I SIWZ;

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

c) w gwarancjach bankowych;

d) w gwarancjach ubezpieczeniowych;

e) w poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2019 r. poz. 310).

4) Jeżeli wadium zostanie wniesione w pieniądzu, Wykonawca dołączy do oferty potwierdzenie dokonanego przelewu wniesienia wadium z zaznaczeniem, że wpłata dotyczy przedmiotowego postępowania. W pozostałych przypadkach wymagane jest dołączenie do oferty dokumentu stanowiącego wadium wystawionego na rzecz Zamawiającego.

5) W przypadku wnoszenia wadium w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy, o terminie jego wniesienia decydować będzie data (dzień, godzina, minuta, sekunda) uznania rachunku bankowego Zamawiającego.

6) W przypadku wnoszenia wadium w pozostałych, dopuszczalnych formach, za pośrednictwem Platformy zakupowej (dalej jako „Platforma Zakupowa”, „Platforma” lub System) - Zamawiający wymaga złożenia dokumentu w formie elektronicznej na zasadach określonych w Rozdziale XII – z zastrzeżeniem, iż będzie on podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez Gwaranta tj. wystawcę gwarancji/poręczenia.

7) Jeżeli wadium (dotyczy przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej/gwarancji ubezpieczeniowej) zostało wniesione w walucie obcej, kwota wadium

zostanie przeliczona na PLN wg średniego kursu PLN w stosunku do walut obcych ogłaszanego przez Narodowy Bank Polski (Tabela A kursów średnich walut obcych) w dniu publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Jeżeli w dniu publikacji ogłoszenia NBP nie ogłosił kursu walut, zastosowanie znajdzie pierwszy ogłoszony kurs po dniu publikacji ogłoszenia. Zamawiający przypomina, że wadium powinno zabezpieczać ofertę w wskazanej przez Zamawiającego kwocie przez cały okres postępowania.

8) W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie Zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym Wzór nr 5 do Części III SIWZ.

9) Zamawiający zwróci wszystkim Wykonawcom wadium niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem art. 46 ust. 4 a ustawy. Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wadium zostanie zwrócone niezwłocznie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wniesieniu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

10) Zamawiający zwróci niezwłocznie wadium, na wniosek Wykonawcy, który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert.

11) Zamawiający zażąda ponownego wniesienia wadium przez Wykonawcę, któremu zwrócono wadium zgodnie z pkt 9) zdanie pierwsze, jeżeli w wyniku rozstrzygnięcia odwołania jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Wykonawca zobowiązany będzie do wniesienia wadium w terminie wskazanym przez Zamawiającego.

12) Wadium wniesione w pieniądzu, Zamawiający zwróci wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę.

13) Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

14) Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia na warunkach określonych w ofercie;

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, na zasadach określonych w Specyfikacji i wzorze umowy;

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy.

15) Oferta Wykonawcy, który nie wnieśli wadium, lub wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy, zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

CZĘŚĆ III SIWZ

WZORY FORMULARZY

Wzór nr 5

GWARANCJA BANKOWA/ GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA NA WADIUM W POSTĘPOWANIU PUBLICZNYM

Zostaliśmy poinformowani, że w związku z ogłoszeniem przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie przy ul. Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin – Jeziorna, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod Nr KRS 0000197596, NIP 526-27-48-966, o kapitale zakładowym 9.605.473.000,00 zł, w całości wpłaconym, (zwaną dalej „Zamawiającym”) zamówienia publicznego na:

„.....” [nazwa i numer zamówienia]

w którym wysokość wadium wynosi zł (słownie.....zł) (zwanego dalej „Przetargiem”) (zwany dalej „Wykonawca”) ma zamiar złożyć ofertę (zwaną dalej „Ofertą”).

My, z siedzibą w zarejestrowany w dniu w Sądzie Rejonowym dla miasta Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS, zwany dalej Bankiem/Ubezpieczycielem, działając na zlecenie Wykonawcy zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nie przekraczającej: zł (słownie zł)

w terminie 10 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, zawierającego oświadczenie, że Wykonawca:

1) nie wywiązał się ze zobowiązań wynikających z art. 46 ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej ustawą, tj. będąc poinformowany o wyborze jego Oferty w okresie jej ważności:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, lub

c) nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego, ponieważ stało się to niemożliwe z przyczyn leżących po Jego stronie, lub

2) w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej. Zamawiający wskazać powinien, która z okoliczności uzasadniająca zapłatę sumy gwarancyjnej wystąpiła.

Żądanie zapłaty musi być nam doręczone w jeden ze wskazanych niżej sposobów:

- na adres e-mail:@....., przy czym musi być ono opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym,

- za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego. W celu identyfikacji bank ten potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego.

Niniejsza gwarancja wchodzi w życie w dniu i wygasa automatycznie i całkowicie w dniu roku, jeżeli żądanie z tytułu niniejszej gwarancji nie dotrze do Banku/Ubezpieczyciela do tego czasu.

Niniejsza gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie w przypadku:

1) gdyby żądanie zapłaty zawierające oświadczenie nie zostało nam doręczone w terminie ważności gwarancji,

2) zwolnienia nas przez Zamawiającego ze wszystkich zobowiązań przewidzianych w gwarancji, przed upływem terminu jej ważności,

3) gdy nasze świadczenia z tytułu niniejszej gwarancji osiągną kwotę gwarancji. Zobowiązanie z tytułu niniejszej gwarancji wygasa z upływem terminu jej ważności.

Niniejsza gwarancja jest nieprzenośna i nieodwołalna.

Wszelkie spory wynikające z niniejszej gwarancji będą rozstrzygane według prawa polskiego przez sąd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej właściwy dla siedziby Zamawiającego.

Treść gwarancji przedstawionej przez Energo-System SA:

GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA ZAPŁATY WADIUM Nr 998-A873615 z dnia 06.03.2020r.

BENEFICJENT (ORGANIZATOR PRZETARGU): Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. z siedzibą w Konstancinie-Jeziornie przy ul. Warszawskiej 165, 05-520 Konstancin – Jeziorna, wpisaną do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy, XIV Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod Nr KRS 0000197596, NIP 526-27-48-966, o kapitale zakładowym 9.605.473.000,00 zł, w całości wpłaconym

ZOBOWIĄZANY (OFERENT): ENERGO-SYSTEM S.A., 35-107 Rzeszów, ul. Energetyczna

GWARANT: UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, 90-520 Łódź, ul. Gdańska 132, wpisane do rejestru przedsiębiorców prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi, XX Wydział Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 0000001201, kapitał zakładowy i wpłacony: 220 308 282,00 PLN, NIP 727-012-63-58, REGON 004275573, reprezentowane przez: P. S. Przedstawiciela UNIQA TU S.A. w Kielcach

§ 1 Gwarant udziela gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz Beneficjenta tytułem zabezpieczenia zapłaty wadium przez Zobowiązanego do wysokości sumy gwarancyjnej 70 000,00 PLN (słownie: siedemdziesiąt tysięcy złotych), w związku z ogłoszonym przetargiem, którego przedmiotem są: „Prace modernizacyjno–remontowe autotransformatora AT2 w SE Olsztyn Małki” nr postępowania 2019/WNP-0467

§ 2 1. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia kwoty maksymalnie do wysokości sumy gwarancyjnej określonej w § 1.

2. Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania do zapłaty, spełniającego wymogi formalne określone w § 3 ust. 1 oraz zawierającego oświadczenie Beneficjenta, że wystąpiła jedna z następujących sytuacji określonych w art. 46. ust. 4a i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. z późn. zmianami (zwanej dalej „Ustawą”):

1) oferta Zobowiązanego została wybrana ale:

a) Zobowiązany odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Zobowiązany nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Zobowiązanego,

2) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Ustawy, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej.

§ 3 1. Wezwanie do zapłaty winno być pod rygorem nieważności podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń w imieniu Beneficjenta ze wskazaniem podstawy tego uprawnienia oraz zawierać wskazanie rachunku bankowego Beneficjenta, na który ma nastąpić zapłata z niniejszej gwarancji.

2. Wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU SA, Centrum Pomocy, Roszczenia z Gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź.

§ 4 Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od dnia 10.03.2020 r. do dnia 11.05.2020 r. włącznie (zwanym dalej „okresem ważności gwarancji”) i wygasa automatycznie i

całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie.

§ 5 Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku, gdy:

- 1) Beneficjent zwolni w formie pisemnej Gwaranta ze zobowiązań wynikających z niniejszej gwarancji,
- 2) kwoty wypłacone przez Gwaranta z tytułu niniejszej gwarancji wyczerpią sumę gwarancyjną.

§ 6 Wierzytelność z tytułu niniejszej gwarancji nie może być przedmiotem przelewu na rzecz osoby trzeciej.

§ 7 1. Niniejsza gwarancja podlega prawu polskiemu.

2. Wszelkie spory wynikające z niniejszej gwarancji rozstrzygane będą przez sąd powszechny właściwy dla siedziby Beneficjenta.

Z informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej wynika, że oferta Energo-System SA została uznana za najkorzystniejszą. Na drugim miejscu znalazła się oferta odwołującego, zaś oferta wykonawcy ABB Power Grids Sp. z o.o., ul. Żagańska, Warszawa została odrzucona, bo wykonawca nie wniósł wymaganego wadium.

Ze specyfikacji na prace modernizacyjno – remontowe autotransformatora AT2 w SE Olsztyn Mątki wynika, że w rozdziale XIV pkt. 8 zamawiający wskazał, że w przypadku wniesienia gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej dokument gwarancyjny powinien zawierać zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie zamawiającego w przypadku zajścia okoliczności, określonych w ustawie. Zaleca się, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem gwarancji stanowiącym wzór nr 5 do części III siwz. We wzorze nr 5 zawarto wymaganie „ zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na rzecz zamawiającego każdej kwoty do łącznej wysokości nieprzekraczającej : ...zł. (słownie:....) w terminie 10 dni od dnia otrzymania od zamawiającego pierwszego pisemnego żądania zapłaty.

Z gwarancji nr 908574027265 – Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA SA wynika, że w przetargu na OBSZAR 1 – Pakiet 1 wykonywanie prac eksploatacyjnych w stacjach elektroenergetycznych najwyższych napięć na terenie PSE SA ZKO w Katowicach w zakresie przeglądów i usuwania usterek EAZ oraz SSiN w latach 2020-2021 wynika, że gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić wymaganą kwotę gwarancji w terminie 30 dni od daty doręczenia gwarantowi w terminie ważności gwarancji wezwania do zapłaty i dokumentów poświadczających umocowanie.

Z gwarancji nr 908574027266 – Towarzystwa Ubezpieczeń i Reasekuracji WARTA SA wynika, w postępowaniu na Obszar 2 – pakiet 2 wykonywanie prac eksploatacyjnych w stacjach

elektroenergetycznych najwyższych napięć na terenie PSE SA ZKO w Katowicach w zakresie przeglądów i usuwania usterek EAZ oraz SSiN w latach 2020-2021 wynika, że gwarant zobowiązał się nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłacić wymaganą kwotę gwarancji w terminie 30 dni od daty doręczenia gwarantowi w terminie ważności gwarancji wezwania do zapłaty i dokumentów poświadczających umocowanie.

Z informacji o wyniku postępowania z dnia 17 marca 2020r. wynika, że zamawiający wybrał ofertę przystępującego.

Z wyroku z dnia 20 listopada 2019r. sygn. akt KIO 2227/19 wynika, że Wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają szczegółowych regulacji w zakresie treści jaką powinien zawierać dokument gwarancyjny. Również przepisy innych ustaw, w tym ustawy z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 381) czy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145), nie odnoszą się do możliwych sposobów doręczenia gwarantowi żądania zapłaty sumy gwarancyjnej. W orzecznictwie Izby jednolicie i konsekwentnie podkreśla się, że dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący wątpliwości interpretacyjnych (por. m.in. wyrok z dnia 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17). Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2394/18, minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. Uznając zatem, że co do zasady treść gwarancji powinna przewidywać sposób zgłoszenia żądania, to jednak ustalenie przez strony czynności ubezpieczeniowej, w jaki sposób należy to żądanie zgłosić, aby wywoływało skutki prawne (ustalenie wymogów formalnych odnośnie doręczenia żądania), pozostaje w zakresie zasady swobody umów wyrażonej w art. 353¹ Kodeksu cywilnego.

Mając na uwadze brak szczegółowych regulacji ustawowych kluczowe znaczenie dla oceny stanu faktycznego w przedmiotowej sprawie ma treść postanowień SIWZ i obowiązków, jakie Zamawiający nałożył na wykonawców w odniesieniu do treści gwarancji. Słusznie wskazywał Odwołujący, iż co do zasady brak jest przeszkód, aby Zamawiający stawiał wykonawcom dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium i nie naruszają generalnej zasady równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 364/17). Niemniej w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający takich dodatkowych wymagań w zakresie sposobu doręczenia żądania zapłaty nie stawiał.

Izba ustaliła, iż wymagania Zamawiającego w zakresie wadium wnoszonego w formie gwarancji (bankowej, ubezpieczeniowej) zostały wyartykułowane w punkcie 8 Rozdziału XII Części I SIWZ i obejmowały zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie. Zamawiający nie określił w Rozdziale XII Części I SIWZ odnoszącym się do wadium, żadnych wymagań co do sposobu doręczenia żądania zapłaty gwarantowi. Izba nie przyznała racji Odwołującemu, iż takie wymagania zostały przez Zamawiającego wskazane w treści wzoru nr 4 (Część III SIWZ), stanowiącego wzór gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej. Faktem jest, iż ww. wzór dokumentu gwarancji zawierał w swojej treści wymienione dwa sposoby doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium, z których pierwszym było doręczenie na adres e-mail, a drugim doręczenie za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego. Okoliczność ta, zdaniem Izby, nie przesądza jednakże, że wskazanie obu ww. sposobów doręczenia żądania zapłaty wadium stanowić miało obligatoryjny element gwarancji składanych przez wykonawców. Przeczy temu treść Rozdziału XII pkt 8 (Część I SIWZ), gdzie wskazano: „Zaleca się aby treść gwarancji była zgodna z Wzorem nr 4 do Części III SIWZ”. Wzór nr 4 – jak sama nazwa wskazuje – stanowił jedynie wzór, przykład dokumentu gwarancji, a jego treść nie miała charakteru wiążącego. W ocenie Izby sformułowania „zaleca się” użyte w pkt 8 Rozdziału XII Części I SIWZ nie sposób interpretować jako obligatoryjnego polecenia, lecz jako rekomendowaną, doradzaną propozycję treści gwarancji. Zamawiający zalecał, aby treść gwarancji była zgodna ze wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ, nie wskazał jednak na taką konieczność. Słowo „zalecać” w powszechnym rozumieniu to „doradzać”, „rekomendować” i nie jest prawidłowe utożsamianie go, jak czyni to Odwołujący, z nałożeniem na wykonawców bezwzględnego obowiązku zawarcia w treści gwarancji takiej samej treści, jaką zaproponował Zamawiający we wzorze.

Jakkolwiek nie sposób kwestionować stanowiska Odwołującego, że rozszerzenie sposobów żądania zapłaty wadium o możliwość doręczenia żądania gwarantowi poprzez e-mail mogłoby być rozwiązaniem dla Zamawiającego korzystniejszym, niemniej Zamawiający chcąc zagwarantować sobie takie uprawnienie winien w sposób jednoznaczny i precyzyjny wyartykułować to w SIWZ. W tym celu powinien on zawrzeć jednoznaczne postanowienia nakazujące uwzględnienie w treści gwarancji konkretnych sposobów doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium. Zamawiający mógł to uczynić przykładowo poprzez kategorię określenie, że treść gwarancji ma być zgodna z treścią przedstawioną we wzorze nr 4 czy też poprzez wskazanie w Rozdziale XII SIWZ wprost, że wymaga aby gwarancja uwzględniała konkretne, jasno podane, sposoby doręczenia żądania zapłaty. Takiego wymogu w treści SIWZ Zamawiający nie zawarł. Wobec tego na gruncie postanowień SIWZ nie byłoby zasadne wymaganie przez Zamawiającego - jak domaga się tego Odwołujący - aby treść gwarancji

wnoszonej tytułem wadium zawierała oba z przedstawionych w zalecanym wzorze sposoby doręczenia żądania zapłaty, skoro na gruncie dokumentacji postępowania wymienione we wzorze nr 4 sposoby doręczenia żądania zapłaty były jedynie rekomendowanymi, zalecanymi sposobami. Podkreślenia wymaga, że postanowienia SIWZ winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest bowiem jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 4 maja 2020r. zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą.

W dniu 5 maja 2020r. przystępujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą i złożył aneks z dnia 7 maja 2020r. do gwarancji ubezpieczeniowej nr 998-A873615, w którym w par. 1 pkt. 1 par 2 gwarancji otrzymał brzmienie „ust. 3 Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 10 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania do zapłaty”.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania opisane w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy przez niezastosowanie tego przepisu i w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Energo-System S.A., w sytuacji gdy wykonawca ten nie wniósł w sposób prawidłowy wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej albowiem określony w dokumencie gwarancji termin zapłaty kwoty wadium był dłuższy od terminu wskazanego i wymaganego przez zamawiającego w SIWZ

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W przedmiotowej sprawie w ocenie Izby bezsporne jest, że wadium zostało wniesione, przedmiotem sporu jest natomiast okoliczność, czy wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy. W orzecznictwie jest

ustalone w sposób jednolity, że wadium nie jest elementem oferty, ale dodatkowym świadczeniem na rzecz osoby trzeciej (zamawiającego) zabezpieczającym potencjalne roszczenia zamawiającego z tytułu uchylania się wykonawcy od zawarcia umowy o zamówienie publiczne (jednym z przejawów takiego uchylania, jest również zawinione niezłożenie wymaganych dokumentów). Powstaje zatem konieczność odpowiedzi na pytanie, kiedy wadium jest wniesione prawidłowo i czy zamawiający może w specyfikacji stawiać ponadustawowe wymagania ze skutkiem uznania wadium za nieprawidłowe. W ustawie brak jest definicji wadium – zawiera ją art. 70 (4) kc, który wskazuje, że wadium, to zabezpieczenie zapłaty określonej sumy organizatorowi przetargu na wypadek uchylania się przez przystępującego do przetargu od zawarcia umowy. W przypadku uchylania się przez przystępującego do przetargu od zawarcia umowy, organizator przetargu może dochodzić zaspokojenia z przedmiotu zabezpieczenia. Celem wadium jest zatem zabezpieczenie roszczeń zamawiającego i zapewnienie mu możliwości zaspokojenia się z przedmiotu zabezpieczenia w tym przypadku z gwarancji wadialnej. W orzecznictwie Izby podkreśla się, że zaspokojenie z zabezpieczenia musi być tak samo realne jak zaspokojenie z wpłaconej sumy pieniężnej. Czy zatem brak możliwości zaspokojenia z zabezpieczenia w takim samym terminie jak możliwość skorzystania z wpłaconych środków może stanowić o nierealności ustanowionego zabezpieczenia – w ocenie Izby, na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej. Oczywistym jest, że zaspokojenie z posiadanej na koncie zamawiającego sumy pieniężnej będzie zawsze szybciej dostępne niż zaspokojenie się z zabezpieczenia zapłaty tej sumy. Pieniądz bowiem pozostaje w dyspozycji zamawiającego zaś przedmiot zabezpieczenia czy to rzecz ruchoma, czy prawo – jak w przypadku gwarancji wadialnej dla pozyskania sumy pieniężnej będą wymagały dodatkowych czynności np. sprzedaży rzeczy, czy zwrócenia się do gwaranta o wypłatę kwoty. Nie oznacza to jednak, że zabezpieczenie nie jest realne. Tym samym nie można uznać, aby o prawidłowości wniesienia wadium decydował moment zaspokojenia zamawiającego z zabezpieczenia, ale w ocenie Izby istotą wadium jest pewność tego zaspokojenia. Złożona przez przystępującego gwarancja jest nieodwołalna, bezwarunkowa i na pierwsze żądanie, a zatem w ocenie Izby brak jest dowodów na to, że złożona gwarancja wadialna nie zapewnia przyszłego zaspokojenia się zamawiającego do wymaganej kwoty 70 000 zł. po zaistnieniu przesłanek ustawowych. Jest to gwarancja bezwarunkowa, płatna na pierwsze żądanie i zamawiający nie ma podstaw do przyjęcia, że gwarantowana suma nie zostanie mu wypłacona. Jediną różnicą jest to, że kwota z gwarancji będzie wypłacona zamawiającemu później o 4 dni, niż zalecił we wzorze gwarancji. Nie zmienia to jednak faktu, że do zaspokojenia po zaistnieniu przesłanek ustawowych dojdzie. Z tych też powodów Izba uznała, że nie można uznać, że gwarancja ustanowiona przez przystępującego była nieprawidłowa. Została złożona zamawiającemu w prawidłowym terminie, w prawidłowej wysokości, zabezpiecza wszystkie ustawowe okoliczności zapłaty

zabezpieczonej sumy gwarancyjnej, jest nieodwołalna i bezwarunkowa, a to w ocenie Izby wszystkie niezbędne przesłanki aby uznać, że daje zamawiającemu te same gwarancje, co wpłata pieniężna. W konsekwencji Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy i zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A., która powinna zostać odrzucona z uwagi na nieprawidłowo wniesione wadium, a tym samym oferta ta nie mogła być brana pod uwagę przy badaniu stopnia w jakim poszczególne oferty spełniają kryteria oceny ofert

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Podstawą zarzutu jest okoliczność, że w ocenie odwołującego oferta przystępującego powinna być odrzucona, a w konsekwencji nie powinna być poddana ocenie ofert i wybrana jako najkorzystniejsza. Izba nie dopatrzyła się zaistnienia powołanej przez odwołującego okoliczności i oceniła, że oferta przystępującego była ofertą niepodlegającą odrzuceniu. W tej sytuacji dopuszczenie oferty przystępującego do oceny ofert i jej wybór nie były wadliwe, a tym samym zamawiający nie naruszył art. 91 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energo-System S.A., który nie zachował przewidzianych przez zamawiającego w SIWZ wymogów wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, przez co nie można uznać, że jego oferta jest konkurencyjna w stosunku do oferty odwołującego, co w konsekwencji prowadzi do wniosku, że wykonawca Energo-System S.A. i odwołujący nie zostali równo potraktowani przez zamawiającego.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Choć niesporne było to, że przystępujący nie przewidział 10 dniowego terminu wypłaty sumy gwarancyjnej, to w ocenie Izby okoliczność ta nie wpływała na ocenę ważności i prawidłowości wniesionego przez niego wadium. Wadium to zapewniało bowiem realizację wszystkich gwarancji zaspokojenia zamawiającego, analogicznych do istniejących w przypadku zaspokojenia z sumy pieniężnej. W konsekwencji należało uznać, że oferta przystępującego była tak samo zabezpieczona jak oferta odwołującego, stąd nie sposób stwierdzić, że oferta przystępującego nie była oferta konkurencyjną wobec oferty odwołującego. W tym stanie rzeczy nie doszło zatem do naruszenia zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy. Zarzut zatem należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła o oddaleniu odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), obciążając odwołującego wyłącznie kosztami uiszczonego wpisu, gdyż zamawiający wniosków kosztowych nie zgłaszał.

Przewodniczący:

.....