

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Irmina Pawlik**

**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i ELPATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej

przy udziale wykonawcy ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i ELPATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego 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**

Zamawiający Polskie Sieci Elektroenergetyczne Spółka Akcyjna z siedzibą w Konstancinie - Jeziornej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na „Świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych NN należących do PSE S.A. na obszarze ZKO Katowice, ZKO Poznań i ZKO Bydgoszcz”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 lipca 2019 r. pod numerem 2019/S 138-341110. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 4 listopada 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budownictwa Elektroenergetycznego ELBUD w Katowicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach i ELPATOR Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zaczerniu (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej w Pakiecie 2 (ZKO Poznań) oferty złożonej przez wykonawcę ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ELKTROTIM S.A. w Pakiecie 2, mimo iż wniesione wraz z nią wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00881478/2019 z dnia 23 sierpnia 2019 r. nie zabezpiecza skutecznie interesów Zamawiającego, gdyż nie daje możliwości doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium na adres e-mail. Odwołujący wskazał, iż taki sposób doręczenia gwarantowi żądania zapłaty jest wymagany w treści SIWZ (Wzór nr 4 do Części III SIWZ) i miał ułatwić Zamawiającemu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium. Zdaniem Odwołującego nieprzestrzeganie przez Zamawiającego w toku oceny ofert minimalnych wymagań, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej, świadczy o przeprowadzeniu niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w Pakiecie 2 z naruszeniem fundamentalnych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, a nade wszystko zasady przejrzystości oraz nakazu udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ELKTROTIM S.A. jako najkorzystniejszej w Pakiecie

2, odrzucenia oferty ELKTROTIM S.A. w Pakiecie 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp oraz powtórzenia czynności oceny i badania ofert w Pakiecie 2. Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego zasad obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w Pakiecie 2 doznał uszczerbku. Odwołujący wskazał, iż jego oferta została skasyfikowana przez Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ofert w Pakiecie 2, a zatem gdyby Zamawiający w sposób zgodny z przepisami rozstrzygnął postępowanie i odrzucił ofertę ELEKTROTIM S.A., to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie w Pakiecie 2. Odwołujący dodał, iż naruszenie przez Zamawiającego wskazanych przepisów ma istotny wpływ na wynik postępowania w Pakiecie 2. Ponadto Odwołujący został narażony na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu w Pakiecie 2.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący przywołał treść Rozdziału XII pkt 1, 8 i 15 Części I SIWZ. Wskazał także na treść wzoru nr 4 do Części III SIWZ (wzór gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej), gdzie Zamawiający zawarł wymagania, dotyczące sposobów doręczenia żądania zapłaty, które miały mu ułatwić dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium (na adres e-mail oraz za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego). Zdaniem Odwołującego interpretacja ww. treści SIWZ przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych nie pozostawia wątpliwości, że Zamawiający w sposób kategoriyczny i jednoznaczny zapewnił sobie prawo do dowolnego skorzystania z każdego z dwóch wymaganych sposobów doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium. W ocenie Odwołującego wykonawca wnoszący wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej nie był uprawniony do pozbawienia Zamawiającego możliwości takiego dowolnego wyboru i narzucania wedle swojego uznania w treści gwarancji wadialnej tylko jednego z tych dwóch sposobów doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium. Odwołujący zauważył, że w ten właśnie sposób, minimalne wymagania Zamawiającego, co do treści gwarancji wadialnej interpretowali wykonawcy ubiegający się o zamówienie we wszystkich Pakietach. Dla przykładu Odwołujący wskazał na ofertę wykonawcy ELTEL Networks Energetyka S.A. złożoną na realizację Pakietu nr 1 i 3, gdzie w treści gwarancji bankowych zawarto obydwie ww. sposoby doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium. Odwołujący wskazał także, że napotykać na różnego rodzaju obiektywne przeszkody w pozyskaniu gwarancji wadialnej, która byłaby zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ (tj. zawierającej obydwie ww. sposoby doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium) wniósł wadium w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, iż zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Krajowej Izby

Odwoławczej nie ma przeszkód w tym, żeby Zamawiający stawiał dodatkowe wymagania dotyczące sposobu przedstawienia żądania zapłaty, które ułatwią mu dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 marca 2017 r., sygn. akt KIO 364/17). W jego ocenie minimalne wymagania Zamawiającego, jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej, były jasne i zrozumiałe dla wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o poszczególne części niniejszego zamówienia. Dlatego też żaden z wykonawców nie tylko nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie, ale także nie kwestionował treści wzoru nr 4 do Części III SIWZ i nie skorzystał z prawa do wniesienia odwołania wobec postanowień SIWZ.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca ELEKTROTIM S.A. ubiegając się o zamówienie w Pakiecie 2 wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00881478/2019 z dnia 23 sierpnia 2019 r. wystawionej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. z siedzibą w Warszawie na kwotę 400.000,00 zł oraz na okres od 27 sierpnia 2019 r. do 28 października 2019 r. W treści gwarancji ubezpieczeniowej został przedstawiony tylko jeden z dwóch wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ sposobów doręczenia gwarantowi żądania wypłaty wadium, tj. za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego. Brak jest natomiast w treści gwarancji możliwości skorzystania przez Zamawiającego z drugiego ze sposobów doręczenia gwarantowi żądania zapłaty, które zdaniem Odwołującego stanowiłoby dla Zamawiającego znaczne ułatwienie dochodzenia roszczeń z wypłaty wadium, czyli możliwości doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium na adres e-mail. Odwołujący dalej wskazał, iż także w złożonym przez ELEKTROTIM aneksie nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej nie została zapewniona Zamawiającemu możliwość doręczenia gwarantowi żądania wypłaty wadium na adres e-mail.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, ma o tyle istotne znaczenie, że brak możliwości doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium na adres e-mail, może utrudniać albo nawet uniemożliwić Zamawiającemu skuteczne dochodzenie roszczenia z wypłaty wadium, w szczególności w ostatnim dniu terminu związania ofertą. Skuteczne żądanie zapłaty wadium za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego w ostatnim dniu terminu związania ofertą byłoby możliwe jedynie wówczas, jeżeli bank Zamawiającego byłby jednocześnie weryfikującym podpisy złożone na żądaniu zapłaty i wystawcą takiej gwarancji wadialnej. Jednakże w przypadku kwestionowanej gwarancji ubezpieczeniowej - wniesionej przez ELEKTROTIM S.A. w Pakiecie 2 zamówienia - taka sytuacja nie zachodzi, gdyż jej wystawcą jest towarzystwo ubezpieczeń. Dlatego też, zdaniem Odwołującego, w tym przypadku, zgłoszenie przez Zamawiającego ewentualnego roszczenia zapłaty wadium za pośrednictwem banku, który dokonałby weryfikacji podpisów złożonych na żądaniu zapłaty i przekazanie tego roszczenia do siedziby gwaranta, tj. Generali Towarzystwo Ubezpieczeń

S.A. musiałyby się odbywać co najmniej z dwudniowym wyprzedzeniem, tak aby możliwym było przeprowadzenie odpowiednich procedur wewnątrz banku, a następnie przesłanie takiego roszczenia pocztą do siedziby gwaranta. Czas, który jest potrzebny na przeprowadzenia takiej procedury identyfikacji podpisów złożonych na żądaniu zapłaty - czy należą one do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego, jest zróżnicowany i zależy od instrukcji zawartej w treści gwarancji wadialnej, czy takie roszczenie ma zostać przekazane w formie papierowej, czy komunikatem SWIFT. W praktyce jednak wynosi on minimum 2 dni. Ponadto w przypadku kiedy gwarantem jest towarzystwo ubezpieczeń, aby roszczenie Zamawiającego wypłaty wadium mogło zostać uznane za doręczone skutecznie, to musi wpłynąć do siedziby gwaranta w dniu obowiązywania gwarancji, chyba, że przy wystawianiu gwarancji, gwarant zapisał w umowie o wystawienie gwarancji, lub w samej gwarancji czas dodatkowy na te czynności. Jeżeli natomiast ostatnim dniem obowiązywania gwarancji wadialnej jest dzień ustawowo wolny od pracy, to wówczas obowiązuje zasada, jak w przypadku korespondencji urzędowych, czyli roszczenie musi wpłynąć do siedziby gwaranta w formie pisemnej następnego dnia, po dniu wolnym od pracy.

Mając na uwadze, że bieg 60-dniowego terminu związania ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia rozpoczął się w Pakiecie 2 wraz z upływem terminu składania ofert, tj. 27 sierpnia 2019 r., Odwołujący wskazał, że termin związania ofertą upłynął w dniu 25 października 2019 r. Natomiast okres ważności kwestionowanej gwarancji ubezpieczeniowej upływał w dniu 28 października 2019 r. (poniedziałek). Przy czym, wobec upływu terminu związania ofertą w dniu 25 października 2019 r. oraz wymogu gwaranta, zawartego w treści gwarancji, że: „żądanie zapłaty wraz z oświadczeniem musi być doręczone do siedziby gwaranta przed dniem 28 października 2019 r.” zdaniem Odwołującego należy przyjąć, że faktycznie takie żądanie zapłaty wadium za pośrednictwem banku Zamawiającego musiałyby zostać doręczone do siedziby gwaranta najpóźniej w dniu 25 października 2019 r. i co ważne w godzinach pracy obowiązujących w piątki w siedzibie gwaranta, tj. od 8:00 do 18:00. (w sobotę oraz niedzielę siedziba Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. jest bowiem zamknięta). Jednakże w celu przeprowadzenia przez bank Zamawiającego niezbędnej identyfikacji podpisów złożonych na żądaniu zapłaty, de facto takie żądanie zapłaty wadium musiałyby zostać przez Zamawiającego przedstawione odpowiednio wcześniej, tj. nie później, niż w dniu 24 października 2019 r., czyli w przeddzień ostatniego dnia terminu związania ofertą. Tymczasem w przypadku gwarancji tzw. „elektronicznej”, zgłoszenie przez Zamawiającego roszczenia wypłaty wadium na adres e-mail, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, musiałyby zostać uznane za skuteczne, jeżeli tylko zostałyby przesłane na adres e-mail, wskazany przez gwaranta, najpóźniej w ostatnim dniu terminu

związania ofertą, tj. 25 października 2019 r. do godz. 24.00, a nie tylko w godzinach pracy biura/kancelarii podawczej gwaranta.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego, gwarancja ubezpieczeniowa nr wniesiona wraz z ofertą ELEKTROTIM S.A. w Pakiecie 2 jest w swej treści niezgodna z wymaganiami Zamawiającego, zawartymi we wzorze nr 4 do Części III SIWZ. Dokument gwarancji wadialnej jest natomiast dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach oświadczenia. Dlatego też, stwierdzenie wadliwości dokumentu gwarancyjnego w zakresie przedmiotowo istotnego elementu, jakim jest sposób doręczenia gwarantowi żądania zapłaty wadium, powinno skutkować odrzuceniem oferty ELEKTROTIM S.A. w Pakiecie 2 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, czego jednak Zamawiający nie uczynił.

Zamawiający w dniu 18 października 2019 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w treści pisma zaprzeczył m.in., aby wzór nr 4 stanowił dokument, który wiązał wykonawców pod rygorem odrzucenia oferty. Wskazał, że literalne brzmienie Rozdz. XII pkt 8 Części I SIWZ wskazuje jasno na intencję Zamawiającego, że dokument ten nie miał charakteru wiążącego. Zamawiający użył sformułowania „zaleca”, a nie „wymaga”, nie wprowadzał postanowień, wedle których dokument gwarancji miał stanowić powtórzenie treści wzoru gwarancji. Zamawiający podniósł, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty ELEKTROTIM z tego powodu, że nie powtarzała w 100% treści wzoru nr 4 do Części III SIWZ. Wyjaśnił, że wzór ten miał ułatwiać 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 Pzp, 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 wskazanych w ustawie PZP okoliczności bezwarunkowo i na pierwsze żądanie. Podkreślił, że brak jest w SIWZ postanowienia, które wprowadzałoby obowiązek, aby w treści dokumentu gwarancyjnego zawarte było postanowienie o możliwości przekazywania żądania zapłaty e-mailem.

Zamawiający nie zgodził się także z Odwołującym, że skoro jeden wykonawca skorzystał ze wzoru dokumentu gwarancyjnego umieszczonego w SIWZ, inny zaś nie, to oferta tego drugiego Wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu. Taka teza mogłaby być prawdziwa jedynie wówczas, gdyby Zamawiający dopuścił wniesienie gwarancji niepieniężnej wyłącznie

(obligatoryjnie) o treści narzuconej Wzorem nr 4, co nie miało miejsca. Zamawiający zwrócił także uwagę na możliwość złożenia przez Odwołującego wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ w przypadku pojawienia się wątpliwości. Wskazał ponadto, że nawet gdyby postanowienia SIWZ w zakresie wadium mogły budzić wątpliwości, to należałoby je interpretować na korzyść wykonawców, których nie mogą obciążać ewentualne niekonsekwencje Zamawiającego.

Zamawiający podkreślił, że wadium wniesione przez wykonawcę ELEKTROTIM spełnia wymagania SIWZ. W dokumencie gwarancji wadium ww. wykonawcy wskazano prawidłowo beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), wykonawcę, gwaranta, postępowanie, którego gwarancja dotyczy, wymaganą postawieniami SIWZ kwotę wadium, nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie do zapłacenia na rzecz Zamawiającego każdej kwoty do wysokości: 400 000,00 w przypadku zajścia którejkolwiek z przewidzianych w ustawie Pzp przesłanek zatrzymania wadium, gwarancja została ustanowiona na cały okres terminu związania ofertą plus 3 dni. Wskazał raz jeszcze, że w postępowaniu nie było sformułowanego wymogu przedłożenia gwarancji niepieniężnej zgodnej ze wzorem załączonym do SIWZ (wzór był jedynie zalecany). Zamawiający zwrócił ponadto uwagę, że sposób doręczenia żądania zapłaty gwarantowi wskazany w treści gwarancji wykonawcy ELEKTROTIM (doręczenie za pośrednictwem banku Zamawiającego) jest powszechnie stosowany i nie przesądza w żadnej mierze o warunkowości czy odwołalności wadium, czy też nie stwarza trudności w egzekwowaniu wadium ani żadnego ograniczenia czy warunku zawieszającego wypłatę dla Zamawiającego. Wskazał również na orzecznictwo, w tym wyrok KIO z 5 listopada 2010 r., sygn. akt KIO 2323/10, wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r., sygn. akt KIO 1110/11, wyrok WSA w Warszawie z dnia 25 kwietnia 2013 r., sygn. akt V SA/Wa 327/13, wyrok Sądu Okręgowego w Bielsku – Białej z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09

Wykonawca ELEKTROTIM w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał, iż jego oferta jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, zawiera zobowiązanie do płatności bezwarunkowej, na pierwsze żądanie, w przypadku zajścia okoliczności określonych w ustawie Pzp i jako taka nie podlega odrzuceniu. Podkreślił m.in., iż interpretacja postanowień SIWZ prezentowana przez Odwołującego nosi cechy dowolności, jest sprzeczna z literalnym brzmieniem SIWZ i ma na celu eliminację oferty wybranego wykonawcy z postępowania. Podniósł, że Zamawiający jedynie zalecał, aby treść gwarancji była zgodna z wzorem nr 4, nie był to bezwzględny wymóg. W konsekwencji treści wzoru nr 4 nie można traktować jako dodatkowych wymagań dotyczących sposobu przedstawienia żądania zapłaty.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba na posiedzeniu w dniu 20 listopada 2019 r. stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę ELEKTROTIM Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (dalej jako „Przystępujący”) wobec spełnienia wymogów określonych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp i dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika postępowania.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy Pzp.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia jej treści, informację z otwarcia ofert, ofertę Przystępującego oraz złożone przez niego w toku postępowania dokumenty, w tym treść gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącej wadium dla pakietu 2 oraz aneks przedłużający termin ważności gwarancji, zawiadomienie z dnia 24 października 2019 r. o wyborze ofert najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i treści pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 października 2019 roku. Izba wzięła pod uwagę także złożone przez Odwołującego dokumenty w postaci wyciągów z SIWZ dla postępowań 1) na świadczenie usług w zakresie likwidacji awarii na liniowych obiektach elektroenergetycznych PSE S.A. (2018-WNP-0542.1-DU-KKO), 2) na rozbudowę stacji 400/110 kV Pasikurów w związku z wprowadzeniem linii 400kV i wymianą transformatora 400/110/kV (2019/WNP-0096), 3) na rozbudowę stacji 400/220/110 kV Mikułowa dla wyprowadzenia linii 400kV (2019/WNP-0096), 4) na świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych PSE S.A. II (2019-WNP-0106-DU-KKO), 5) na świadczenie usług w zakresie likwidacji awarii na liniowych obiektach elektroenergetycznych PSE S.A (2019/WNP-0133).

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z Rozdziałem IV SIWZ Część I – Wskazówki dla Wykonawców przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług eksploatacyjnych na liniowych obiektach elektroenergetycznych NN należących do PSE S.A. na obszarze ZKO Katowice, ZKO Poznań



i ZKO Bydgoszcz zgodnie z zakresem określonym w Części II SIWZ. Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części zwane Pakietami: Pakiet 1 – Katowice, Pakiet 2 – Poznań, Pakiet 3 – Bydgoszcz.

W Rozdziale XII SIWZ Część I Zamawiający wskazał na obowiązek wniesienia przez wykonawców wadium dla każdego pakietu. Wysokość wadium dla Pakietu 2 ustalono na kwotę 400 000 zł. Zgodnie z pkt 3) Rozdziału XII SIWZ Część I wadium mogło zostać wniesione w następujących formach: a) w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego; 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. W pkt 8) Rozdziału XII SIWZ Część I Zamawiający wskazał, że 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. Zamawiający wskazał także, iż zaleca się aby treść gwarancji była zgodna ze Wzorem nr 4 do Części III SIWZ.

We Wzorze nr 4 stanowiącym wzór gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej zawarto fragment odnoszący się do sposobów żądania zapłaty o następującej treści: „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.”

W postępowaniu w Pakiecie 2 wpłynęły trzy oferty, w tym oferta Odwołującego z ceną 9 388 924 zł netto oraz oferta Przystępującego z ceną 7 875 555 zł netto.

Przystępujący wraz z ofertą wniósł wadium dla Pakietu 2 w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00881478/2019 wystawionej przez Generali Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. w dniu 23 sierpnia 2019 r. W treści gwarancji wskazano, iż żądanie zapłaty powinno zostać złożone w siedzibie gwaranta i musi być „przedstawione za pośrednictwem banku prowadzącego rachunek Zamawiającego. W celu identyfikacji bank potwierdzi, że podpisy złożone na żądaniu zapłat należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w imieniu Zamawiającego.” W treści gwarancji wskazano, iż jest ona ważna do 28 października 2019 r. Wskazano także, iż gwarancja wygasa automatycznie i całkowicie

m.in. w przypadku, gdyby żądanie zapłaty nie zostało doręczone w terminie ważności gwarancji. W toku postępowania Przystępujący złożył Aneks nr 1 z 24 października 2019 r. do gwarancji ubezpieczeniowej nr PO/00881478/2019 przedłużający termin ważności gwarancji do 30 grudnia 2019 r. Pozostałe warunki gwarancji nie uległy zmianie.

Zamawiający w dniu 24 października 2019 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, którą w Pakiecie 2 była oferta Przystępującego. Oferta Odwołującego była ofertą drugą w kolejności pod względem kryteriów oceny ofert.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Zamawiający, na podstawie art. 45 ust. 1 ustawy Pzp, ma obowiązek żądać od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z ust. 6 tego przepisu wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; 3) gwarancjach bankowych; 4) gwarancjach ubezpieczeniowych; 5) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2018 r. poz. 110, 650, 1000 i 1669). Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei w myśl ust. 3 ww. przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp Odwołujący opierał na tym, że wniesione przez Przystępującego w formie gwarancji ubezpieczeniowej wadium nie dawało Zamawiającemu możliwości doręczenia gwarantowi żądania zapłaty na adres e-mail. Okoliczność, że treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego nie przewidywała jako jednego ze sposobów żądania zapłaty wadium

doręczenia tego żądania za pośrednictwem wiadomości e-mail stanowiła okoliczność bezsporną, wynikającą wprost z treści gwarancji. Sporne pomiędzy Stronami było to, czy wykonawcy byli zobowiązani wnosząc wadium w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) zapewnić Zamawiającemu możliwość doręczenia żądania zapłaty na adres e-mail.

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. 353<sup>1</sup> 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 stanowiło 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 konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają dywagacje Odwołującego przedstawione w odwołaniu i na rozprawie w zakresie przewagi rozwiązania polegającego na doręczeniu żądania zapłaty na adres e-mail nad drugim ze sposobów doręczania żądania wymienionych we wzorze nr 4, tj. doręczeniu za pośrednictwem banku (w szczególności w zakresie czasu trwania samej procedury zgłoszenia żądania). Nawet uznając, jak już wskazano powyżej, że rozwiązanie to byłoby korzystniejsze dla Zamawiającego i nawet jeśli to właśnie z tego powodu Zamawiający zalecał zawarcie w treści gwarancji możliwości doręczenia żądania zapłaty gwarantowi na adres e-mail zgodnie z wzorem nr 4, to nie zmienia to faktu, że treść postanowień SIWZ zawiera li tylko rekomendację takiego działania, a nie nakłada na wykonawców bezwzględnego obowiązku zapewnienia Zamawiającemu takiej możliwości.

W ocenie Izby irrelevantne dla rozstrzygnięcia, a jako takie nieprzydatne, pozostają także złożone przez Odwołującego na rozprawie wyciągi z innych postępowań prowadzonych przez Zamawiającego, gdzie we wzorze nr 4 wskazano jako sposób doręczenia żądania zapłaty jedynie doręczenie za pośrednictwem banku Zamawiającego. Podkreślić należy, iż Izba ocenia treść postanowień SIWZ właściwą dla konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, w którym wniesiono odwołanie, opierając się w pierwszej kolejności na ich literalnym brzmieniu, a nie na wykładni historycznej. To bowiem wyłącznie treść tej specyfikacji, ukształtowana ostatecznie do upływu terminu składania ofert, wiąże Zamawiającego oraz wykonawców, którzy zdecydowali się złożyć ofertę. Ponadto jak wskazał Zamawiający na rozprawie, czego Odwołujący nie kwestionował, niezależnie od zmian we wzorze nr 4 (wzorce gwarancji), postanowienie wskazujące, że wzór ten jest jedynie zalecany, a nie wiążący było i jest przez Zamawiającego stosowane w dokumentacji przetargowej.

Na marginesie dodać należy, iż słusznie podnosił Zamawiający, że nawet gdyby na gruncie postanowień SIWZ powstały ewentualne wątpliwości w zakresie interpretacji pojęcia „zaleca się” i związanego z tym obowiązku zawarcia w treści gwarancji wskazanych we wzorze sposobów doręczenia żądania zapłaty, to należałoby uwzględnić wyrażaną w orzecznictwie Izby i sądów powszechnych zasadę, iż wątpliwości interpretacyjne wynikające z niejednoznaczności postanowień SIWZ powinny być rozstrzygane na korzyść wykonawców, którzy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji niezastosowania się do niewłaściwie sformułowanych, niejasnych postanowień specyfikacji (por. m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt I C 2/15). Aczkolwiek podkreślić raz jeszcze

należy, że w ocenie składu orzekającego, treść SIWZ nie zawiera niejednoznaczności w zakresie tego, czy Zamawiający wymagał zawarcia w treści gwarancji jako jednego ze sposobów doręczenia żądania zapłaty wadium zgłoszenia za pośrednictwem wiadomości e-mail – Zamawiający rozwiązanie takie zalecał, ale nie było ono obowiązkowe. Na taką ocenę treści postanowień SIWZ nie wpływa okoliczność, że wykonawca wybrany w pakiecie 1 złożył gwarancję wadialną zawierającą oba wskazane we wzorze nr 4 sposoby doręczenia żądania zapłaty. Nadmienić także trzeba, że sama kwestia sposobu przekazania gwarantowi żądania zapłaty ma znaczenie techniczne, jest to wymóg formalny, nie wpływający na kwestię bezwarunkowości i płatności na pierwsze żądanie, które to wymogi Zamawiający wskazał w pkt 8 Rozdziału XII SIWZ i których spełnienia przez wadium wniesione przez Przystępującego Odwołujący nie kwestionował.

W konsekwencji w ocenie Izby Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na nieprawidłowo wniesione wadium, a podniesiony zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....