Sygn. akt: KIO 2267/21

WYROK

z dnia 1 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lipca 2021 r. przez wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa

przy udziale wykonawców Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn i FONON Sp. z o.o., ul. Czackiego 7/9/11, 00-043 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawców Konsorcjum Firm: 1) Innergo Systems Sp. z o.o.,

2) Sat-System Sp. z o.o., ul. Stanisława Staszica 47, 05-092 Łomianki; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Św. J. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum Firm: 1) Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców

Konsorcjum Firm: 1) Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy Konsorcjum Firm: 1) Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum), 2) MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Partner); z adresem dla

siedziby lidera konsorcjum: ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka na rzecz PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2267/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Projekt, dostawa i instalacja elementów CSDIP oraz SMW wraz z infrastrukturą techniczną na stacji Rzeszów Główny i przystanku osobowym Rzeszów Zachodni w ramach realizacji projektu POIiŚ 5.1-19.3 „Poprawa Stanu Technicznego Infrastruktury Obsługi Podróżnych (w tym dostosowanie do wymagań TSI PRM), Etap III Rzeszów Główny", numer postępowania: 9090/IREZA3/05680/01594/21/P; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26.03.2021 r. pod nr 2021/S 60-152763 przez: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm., zwana dalej: „NPzp" albo „ustawy Pzp".

W dniu 22.07.2021 r., pismem z 21.07.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) Zamawiający zaprosił do akcji elektronicznej: Konsorcjum Firm: 1) Maxto Technology Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konosrcjum), 2) MAXTO Sp. z o.o. S.K.A. (Partner); z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Willowa 87, 32-085 Modlniczka zwane dalej: „Konsorcjum Maxto" albo „Odwołującym", Sprint S.A., ul. Jagiellończyka 26, 10-062 Olsztyn zwany dalej: „Sprint S.A." albo „Przystępującym po stronie Odwołującego", FONON Sp. z o.o., ul. Czackiego 7/9/11, 00-043 Warszawa zwany dalej: „FONON Sp. z o.o." albo „Przystępującym po stronie Odwołującego" i Konsorcjum Firm: 1) Innergo Systems Sp. z o.o., 2) Sat-System Sp. z o.o., ul. Stanisława Staszica 47, 05-092 Łomianki; z adresem dla siedziby lidera konsorcjum: ul. Św. J. Odrowąża 15, 03-310 Warszawa zwane dalej: „Konsorcjum Innergo" albo „Przystępującym po stronie Zamawiającego".

W dniu 28.07.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Konsorcjum Maxto wniosło odwołanie na czynności z 21.07.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2098 r. poz. 1145 ze zm., dalej jako „k.c.") poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Innergo pomimo, że Wykonawca

ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia wniósł wadium w sposób nieprawidłowy tj. nie gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenia jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp;

2) art. 232 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Innergo pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu;

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty Konsorcjum Innergo

3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum Innergo;

4) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z dn. 21.07.2021r. i unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w jego następstwie.

Konsorcjum Innergo wniosło wadium w Postępowaniu w formie gwarancji ubezpieczeniowej Nr 1061574300/GWo/2021/051, wystawionej przez Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie przy Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa („Gwarancja"). W treści Gwarancji jako okres jej obowiązywania podano: od 01.07.2021 r. do 28.09.2021 r. Jednocześnie wymagany w postępowaniu termin związania ofertą to 28.09.2021r. Termin ten został wyznaczony w wyniku zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia („SWZ") nr 16: „pkt 16.1 Tomu I SWZ - IDW otrzymuje brzmienie:

16.1. Wykonawca pozostaje związany złożoną ofertą do dnia 28.09.2021r., to jest 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 Ustawy". Zatem termin związania ofertą w Postępowaniu i termin okresu obowiązywania Gwarancji upływają w tym samym dniu. Co niezmiennie istotne, w treści Gwarancji zawarto następujące postanowienia:

a) „Gwarancja obowiązuje do ostatniego dnia Okresu obowiązywania włącznie i tylko żądanie zapłaty, doręczone Gwarantowi do tego dnia na adres Powszechny Zakład Ubezpieczeń Spółka Akcyjna, Centrum Obsługi Szkód Komunikacyjnych i Majątkowych,

Zespół Obsługi Szkód z Ubezpieczeń OC Klienta Korporacyjnego, ul. Postępu 18A, 02-676 Warszawa, spełniające wszystkie wymogi formalne określone w gwarancji, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji";

b) „Gwarancja wygasa w przypadku:

1) niedoręczenia Gwarantowi żądania zapłaty przed upływem terminu obowiązywania

gwarancji;

W świetle powyższego w Gwarancji utożsamiono termin jej ważności z terminem na zgłoszenie roszczeń. Tym samym Gwarancja nie zabezpiecza prawidłowo oferty Konsorcjum Innergo w całym okresie terminu związania ofertą. Poprzez konieczność doręczenia żądania zapłaty w terminie związania ofertą skrócono okres odpowiedzialności Gwaranta. Zamawiający może nie mieć możliwości zabezpieczenia się z Gwarancji, jeśli okoliczności uzasadniające jego zatrzymanie nastąpią pod koniec terminu związania ofertą, a jeśli nastąpią na koniec ostatniego dnia - nie będzie miał. Należy bowiem wziąć pod uwagę, że żądanie zapłaty wymaga sporządzenia i musi zostać dostarczone na wskazany w Gwarancji adres (fizyczna lokalizacja). A przecież przed jego sporządzeniem muszą jeszcze zostać przeanalizowane okoliczności, które będą stanowić podstawę jego wystosowania. Okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium mogą przecież zaistnieć w godzinach popołudniowych, a nawet wieczornych czy nocnych - zważywszy dodatkowo na okoliczność, że postępowanie prowadzone jest w formie elektronicznej. Problem skrócenia terminu ważności gwarancji poprzez konieczność zgłoszenia roszczeń w terminie takim samym, jak upływ terminu związania ofertą, dostrzegła KIO w wyroku z 03.11.2020 r., sygn. akt: KIO 2486/20: „Słusznie w ocenie Izby podniósł Odwołujący, że w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej nie zawsze realnie możliwe byłoby zgłoszenie gwarantowi żądania zapłaty przed

upływem terminu określonego jako końcowy dla zgłoszenia roszczeń z gwarancji. Powyższy problem był przedmiotem rozważań Izby w wyroku z dnia 9 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 952/20, w których wskazano, że "Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w zakreślonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc." (por. także wyrok KIO z dnia 16 maja 2017 r. sygn. akt: KIO 802/17). Za prawidłowe należało zatem uznać stanowisko Odwołującego, iż wadium wniesione w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nakłada na Zamawiającego obowiązek zgłoszenia żądania wypłaty z gwarancji w terminie jej obowiązywania w sposób niewystarczający zabezpiecza interesy Zamawiającego, bowiem w istocie zawiera postanowienia skracające okres ważności gwarancji poniżej terminu związania ofertą (okres ważności gwarancji w niniejszej sprawie odpowiadał terminowi związania ofertą). Podkreślić należy, że wadium winno zabezpieczać interes Zamawiającego, przez cały okres na jaki zostało ustanowione, co oznacza, że Zamawiający winien mieć praktyczną możliwość dokonania zatrzymania wadium do upływu terminu na jaki zostało ustanowione".

Z drugiej strony konieczność zgłoszenia do Powszechnego Zakładu Ubezpieczeń S.A. („Gwarant") roszczenia o zapłatę w terminie identycznym jak termin związania ofertą stanowi warunek. Tymczasem zgodnie z pkt 11.5 Tomu I SWZ Zamawiający wymagał, aby była ona bezwarunkowa: „W przypadku wnoszenia przez Wykonawcę wadium w formie gwarancji, gwarancja ma być co najmniej gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, do której zastosowanie będzie miało prawo polskie". Co więcej, Gwarancja przewiduje możliwość zgłoszenia żądania zapłaty jedynie w formie pisemnej - konieczne jest jego dostarczenie na konkretny adres fizyczny placówki, co stanowi kolejny warunek. Jego niespełnienie będzie skutkować tym, że nie powstanie obowiązek zapłaty, co wynika z treści Gwarancji: „[...] żądanie zapłaty, doręczone Gwarantowi [...] spełniające wszystkie wymogi formalne określone w gwarancji, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji". Tymczasem w cytowanym powyżej pkt 11.5 Tomu I SWZ Zamawiający wymagał, aby żądanie zapłaty mogło być złożone także w postaci elektronicznej - oświadczenie opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Jest to kolejna podstawa do uznania, że wadium zostało wniesione nieprawidłowo. Sąd Najwyższy wyroku z dnia 15 lutego 2018 r. IV CSK 86/17 uznał, że jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - treść gwarancji. W wyroku tym zważono:

1) Samo posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji "bezwarunkowej" i "na pierwsze żądanie" - jakkolwiek stanowiące bardzo ważną wskazówkę co do woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12),

2) Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wikłanie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczanego zobowiązania,

3) Tymczasem, jak wynika z poczynionych uwag, decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej "warunków" i formalnych przesłanek zapłaty.

W świetle powyższych rozważań treść Gwarancji stanowi istotne ograniczenie w porównaniu do wadium wniesionego w pieniądzu, jeśli chodzi o możliwości zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w razie wystąpienia zdarzenia uzasadniającego zatrzymanie wadium. Gwarant zastrzegł na swoją rzecz 21-dniowy termin na wypłatę od chwili zgłoszenia żądania zapłaty, ale nie zastrzegł dla Zamawiającego żadnego terminu na zgłoszenia żądania wypłaty, liczonego od chwili wystąpienia zdarzenia stanowiącego jego podstawę. Ugruntowany w orzecznictwie pogląd stanowi, że wszystkie dopuszczone ustawą formy wnoszenia wadium powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w pieniądzu.

Przytoczył także rozważania zawarte w wyroku KIO z 09.07.2020, sygn. akt: KIO 952/20, które Odwołujący w całości podziela i przyjmuje za własne: „Jednocześnie jednak w treści powyższej gwarancji data upływu terminu związania Konsorcjum złożoną ofertą została zakreślona równocześnie jako termin nie tylko ważności zobowiązań gwaranta z niej wynikających, ale i na zgłoszenie roszczeń przez beneficjenta. Wynika to wprost z odczytywanych łącznie przywołanych powyżej postanowień zamieszczonych w pkt 3., 7. i 4.1. Takie rozumienie nie budziło również wątpliwości ani Zamawiającego (który wskazał wprost w odpowiedzi na odwołanie: „Żądanie zapłaty gwarancji musi być tym samym zgłoszone w terminie ważności gwarancji, co zostało również wprost wskazane w ust. 4.2 gwarancji wadialnej"), ani Przystępującego (który w piśmie procesowym uznał przytoczone

powyżej klauzule za równoznaczne ze stwierdzeniem, że wszystkie roszczenia z gwarancji gwarant powinien otrzymać w okresie jej ważności).

Innymi słowy (a co umknęło Zamawiającemu i Przystępującemu), jeżeli zgłoszenie żądania zapłaty z gwarancji wpłynęłoby do gwaranta po konkretnie wskazanej dacie 3 kwietnia 2020 r., Zamawiający nie uzyskałby z niej zaspokojenia swoich roszczeń, choćby przesłanka zatrzymania wadium ziściła się jeszcze w okresie ważności gwarancji. Tymczasem nie tylko hipotetycznie zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium może również wystąpić w ostatnim dniu ważności gwarancji wadialnej. W takim przypadku, zwłaszcza biorąc pod uwagę formalności, które musi dopełnić Zamawiający (patrz pkt 4.1. powyżej), oczywiste jest, że nie zawsze byłoby możliwe zgłoszenie żądania zapłaty przed upływem terminu zakreślonego jako końcowy zarówno dla ważności zobowiązań z gwarancji, jak i zgłaszania związanych z tym roszczeń. Z tego względu w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w zakreślonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. Natomiast w tym przypadku gwarant zastrzegł jedynie na swoją korzyść 14-dniowy termin na wypłatę gwarantowanej sumy od chwili skutecznego, czyli m.in.

złożonego przed upływem terminu związania ofertą, zgłoszenia żądania zapłaty. Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący wadium wniesionego przez Konsorcjum jest zasadny".

Udzielenie przez ubezpieczyciela gwarancji ubezpieczeniowej (w tym przypadku bankowej) jest czynnością odpłatną. Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, analizuje także okres obowiązywania gwarancji i do tego okresu jest zwymiarowany koszt jej pozyskania. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa w jakim okresie i za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. Dlatego nie można treści Gwarancji interpretować rozszerzająco. Zakres zobowiązania gwaranta określa wyłącznie treść dokumentu gwarancji bankowej. Gwarancja to zobowiązanie o charakterze abstrakcyjnym, „oderwane" i niezależne od jakichkolwiek stosunków prawnych oraz relacji faktycznych, które doprowadziły do powstania tego zobowiązania. Gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji, bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego (tj. między zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, ta bowiem jest wyznaczona samą treścią gwarancji - tylko i wyłącznie. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r., sygn. akt I CKN 37/96, istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. W takiej sytuacji gwarancja bankowa jest zobowiązaniem całkowicie abstrakcyjnym. Rozważania te należy odnieść także do gwarancji ubezpieczeniowej, co potwierdzono w cytowanym powyżej wyroku Sądu Najwyższego. Nadmienił, że zgodnie z jednolitymi poglądami wyrażanymi w orzecznictwie i piśmiennictwie, żadne oświadczenia ani inne czynności dokonane po terminie składania ofert będącego jednocześnie terminem, do którego należało wnieść wadium (art. 45 ust. 3 ustawy Pzp), nie mogą uzupełnić ani korygować wniesionego wadium, a więc również zmieniać treści gwarancji wadialnej, czy to w postaci aneksu, czy dodatkowych wyjaśnień, a wszelkie tego typu oświadczenia są nieskuteczne (za wyjątkiem wyraźnie dopuszczonych w przepisach, jak np. przedłużenie wadium lub wniesienie nowego wadium). Wynika to z art. 45 ust. 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt

7b ustawy Prawo zamówień publicznych, z których połączenia wynika norma prawna, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, a jeśli wadium nie zostanie wniesione do upływu terminu składnia ofert, ofertę odrzuca się (tak w wyroku KIO z 07.07.2017r., KIO 1222/17 1224/17). Podobnie zważyła KIO w wyroku z 13.01.2017r., sygn. akt KIO 2489/17: „Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Ta jak podnosił Zamawiający m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 września 2013 roku o sygnaturze II CSK 670/12 wskazał, że gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym, w tym także gwarancja bankowa, jest umową i jak każda umowa powinna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji, także co jej strony podmiotowej. Niewątpliwie dokument gwarancji wadialnej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czy poddawać interpretacji w jej

kluczowych elementach oświadczeniami, co zdaniem Izby dotyczy także oświadczeń banku gwaranta. Stwierdzenie wadliwości dokumentu gwarancyjnego w zakresie przedmiotowo istotnego elementu skutkuje uznaniem, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i stanowi przesłankę wykluczenia wykonawcy z postępowania, w aktualnym stanie prawnym, na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp". Rozważania te pozostają aktualne także na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129). Wskazał także na inne wyroki, które wykluczają możliwość uzupełniania treści gwarancji wadialnej późniejszymi oświadczeniami: 1) wyrok KIO z 21.09.2020 r., sygn. akt: KIO 2007/20; 2) wyrok KIO z 02.03.2020 r., sygn. akt: KIO 292/20;

3) wyrok KIO z 09.02.2012 r., KIO 150/12.

Zamawiający w dniu 29.07.2021 r. (za pomocą platformy zakupowej Zamawiającego) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.08.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Sprint S.A. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.08.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) FONON Sp. z o.o., zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wnosząc o uwzględnienie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 02.08.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Konsorcjum Innergo zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 31.08.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Kopia odpowiedzi na odwołanie została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, iż Odwołanie Odwołującego zawiera błąd w ustaleniu stanu faktycznego. Zamawiający w dniu 28.07.2021 r. dokonał unieważnienia czynności zaproszenia Konsorcjum Innergo do aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna w niniejszym postępowaniu się nie odbyła. W związku z powyższym Odwołanie w zakresie zarzutu numer 2 oraz 3 jest bezprzedmiotowe, gdyż brakuje im substratu zaskarżenia (brak w postępowaniu czynności, do których zarzuty się odnoszą). Konsekwencją powyższej czynności Zamawiającego tj. unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz jej nie przeprowadzenia jest fakt, iż postępowanie obecnie jest na etapie badania ofert wykonawców. Zamawiający wskazuje, iż brak jest możliwości zaskarżenia czynności zaniechania odrzucenia oferty podczas gdy postępowanie jest w toku, a Zamawiający dokonuje badania ofert. Ostatecznym terminem na dokonanie odrzucenia oferty jest moment dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tym samym Zamawiający nie pozostaje w jakiejkolwiek zwłoce w dokonaniu ewentualnego odrzucenia oferty Konsorcjum Innergo. Do odpowiedzi Zamawiający załączył dowód unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących (FONON Sp. z o.o. - nieobecny na rozprawie) złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej.

Izba zaliczyła również w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do jego odpowiedzi na odwołanie:

• pismo z 28.07.2021 r. o unieważnieniu czynności zaproszenia Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające także ze stanowiska pisemnego Przystępującego po stronie Zamawiającego oraz Odwołującego, stanowiska i oświadczenia stron oraz obecnych Przystępujących złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 226 ust. 1 pkt 14 NPzp w zw. z art. 65 ust. 1 i 2 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Innergo pomimo, że Wykonawca ten wbrew przepisom prawa oraz postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia wniósł wadium w sposób nieprawidłowy tj. nie gwarantujący Zamawiającemu zabezpieczenia jego interesów i potencjalnych roszczeń w przypadkach wskazanych w ustawie Pzp;

2) art. 232 ust. 1 NPzp poprzez zaproszenie do aukcji elektronicznej Konsorcjum Innergo pomimo, że oferta tego Wykonawcy podlega odrzuceniu;

3) art. 16 pkt 1 NPzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Przy czym należy zaznaczyć, że czynnością z 28.07.2021 r. Zamawiający unieważnieniu czynności zaproszenia Wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej.

Dodatkowo, w ramach pisma procesowego Przystępujący wskazał co następuje:

„Zarzuty odwołania opierają się na argumentacji i orzecznictwie opartych na przepisach poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Odwołujący całkowicie pomija fakt zmiany brzmienia przepisów w zakresie gwarancji wadialnej, jak również intencjonalnej zmiany charakteru instytucji związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium w nowej ustawie z 1 1 września 2019 r. (...) W aktualnie obowiązującej ustawie Pzp wprowadzono art. 97 ust. 5, z którego treści jednoznacznie wynika, iż „ Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą". Wobec faktu, iż przepisy ustawy jednoznacznie określają termin, do którego należy utrzymywać wadium - do dnia upływu terminu związania ofertą - znaczenie tracą jakiekolwiek formułowane na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy rozważania na temat właściwego okresu ważności wadium, pozwalającego na zabezpieczenie interesu Zamawiającego. Ustawodawca, usuwając poprzednio funkcjonującą lukę (która prowadziła zresztą do rozbieżności i niekonsekwencji w orzecznictwie KIO i poglądach doktryny), jednoznacznie zakreślił maksymalny termin utrzymywania wadium, do którego zobowiązany jest Wykonawca. (.) Jednocześnie, przepisy ustawy nie określają, iż termin utrzymywania wadium powinien podlegać wydłużeniu o czas potrzebny na zgłoszenie roszczeń czy jakikolwiek inny okres wymagany dla podjęcia przez Zamawiającego czynności zmierzających do skutecznego skorzystania z wadium - niezależnie od tego, w jakiej formie zostaje ono wniesione. (.)Jest to zresztą zgodne ze zmianą, jaka dotyczy okresu związania ofertą i wadium. Przepisy nowej ustawy wprowadzają maksymalny okres, na jaki Wykonawca może być zobowiązany do utrzymywania związania ofertą oraz wadium oraz przerzucają na Zamawiającego faktyczny ciężar takiej organizacji i prowadzenia postępowania, aby możliwe było jego zakończenie przed upływem terminów, o których mowa w art. 220 ust. 1 i 3 Pzp. Jeśli okaże się to niemożliwe, ustawa określa sposób, w jaki może dojść do wyboru oferty najkorzystniejszej i zawarcia umowy, jednakże, nie wymaga od Wykonawcy przedłużania terminu związania ofertą oraz wnoszenia wadium na okres dłuższy niż maksymalnie przewidziany w przepisach aktualnie obowiązującej ustawy (tj. 90 + 60 dni w przypadku przetargu nieograniczonego na dostawy lub usług). (.) Zważywszy na przewidziane ustawą Pzp przesłanki zatrzymania wadium, to Zamawiający będący

gospodarzem postępowania dysponuje możliwością takiego jego przeprowadzenia (w tym wyznaczenia terminów, w których wymagane jest dokonanie przez Wykonawcę czynności określonych przesłankami z art. 98 ust. 6 Pzp), aby zapewnić sobie możliwość zaspokojenia swojego roszczenia z gwarancji wadialnej pokrywającej się z terminem związania ofertą. Innymi słowy to od działań i zaniechań Zamawiającego będzie zależało czy będzie mógł zaspokoić swoje roszczenia z przedstawionej gwarancji. (.) Dotyczy to zarówno dyscypliny w zakresie długości prowadzenia postępowania, ale również tak prostych działań, jak np. wyznaczenie terminu podpisania umowy na konkretną godzinę (np. przedpołudniową), aby zapewnić sobie czas na wystosowanie odpowiedniego żądania do gwaranta. (.) Należy podkreślić, iż nie tylko Wykonawca, ale również Zamawiający traktowany jest w ramach procedury udzielania zamówienia jako profesjonalista i obciążony określonym w ustawie zakresem odpowiedzialności za prowadzone postępowanie oraz konsekwencjami podejmowanych przez siebie działań. Przy czym, w przedmiotowej sprawie, obowiązek działania w przewidzianym terminie związania ofertą i utrzymywania wadium, nakładany jest wyraźnie przez przepis ustawy, a nie stanowi, jak twierdzi Odwołujący, ograniczenia

wynikającego z nieprawidłowego działania Uczestnika postępowania. (...) Zresztą, wbrew twierdzeniom Odwołującego, ograniczenie to odnosi się również do wadium wpłacanego w formie pieniężnej, gdyż jego zatrzymanie również wymaga stwierdzenia wystąpienia przesłanek i podjęcia odpowiednich działań przez Zamawiającego w okresie obowiązywania wadium, czyli do upływu terminu związania ofertą (choćby to, że Zamawiający musi w takim przypadku poinformować wykonawcę o zatrzymaniu wadium w okresie związania ofertą/ważności wadium). Zatem, podnoszone przez Odwołującego okoliczności nie dotyczą ograniczeń wynikających z treści gwarancji wadialnej złożonej przez Uczestnika postępowania, ale są to okoliczności faktyczne, które zgodnie z brzmieniem przepisów ustawy Zamawiający zobowiązany jest wziąć pod uwagę prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Również w przypadku wadium wpłaconego na rachunek Zamawiającego w formie pieniężnej, jego zatrzymanie nie mogłoby nastąpić po upływie terminu związania ofertą, niezależnie od tego, czy Zamawiający zdążył wykonać wewnętrzne czynności po swojej stronie stwierdzające wystąpienie przesłanki zatrzymania wadium i złożyć odpowiednie oświadczenie Wykonawcy. (.) Jak powyżej wskazano, określenie ważności wadium jako ostatni dzień terminu związania ofertą nie świadczy o warunkowości gwarancji wadialnej, ale wynika wprost z przepisu art. 97 ust. 5 ustawy Pzp. Interpretowanie tego terminu jako „warunek" stanowi po stronie Odwołującego nadużycie, gdyż w dalszym ciągu, oferta pozostaje skutecznie zabezpieczona, a treść gwarancji jest zgodna zarówno z brzmieniem ustawy, jak i SWZ. (.) W zakresie formy zgłaszania żądania zapłaty, utrwalona linia orzecznicza wskazuje, że nie stanowi to ograniczenia, czy też „warunkowości" gwarancji, a jedynie wymóg instrukcyjny czy też formalny związany z koniecznością przeprowadzenia przez gwaranta czynności związanych z wypłatą wadium zgodnie z obowiązującą procedurą, na podobnej zasadzie, jak np. wymóg podpisania oświadczenia o wystąpieniu przesłanek zatrzymania wadium, ich wskazania i potwierdzenia umocowania osób je składających do reprezentowania Zamawiającego (por. wyrok w sprawie KIO 570/09, 571 /09 „Powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta, a wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty. Zdaniem Sądu Okręgowego "wymóg potwierdzenia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty rodzi po stronie gwaranta możliwość weryfikacji żądania. Tak wiec znajdujące się w treści gwarancji wymogi nie miały znamion warunku, a jedynie stanowiły formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. Roszczenie przedmiotowej gwarancji płatne było na wezwanie do zapłaty spełniające określone wymogi formalne, a te nie stanowiły o warunkowości samego zobowiązania" (wyrok z 29.7.2002 r., V Ca 1087/2002,cyt. za Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa zamówień publicznych, Numer 2(17)/2008, s. 25 i n.)". (...) Podkreślenia wymaga, iż ustawa w zakresie formy zgłaszania żądania zapłaty nie ustanawia obowiązku, aby było ono możliwe lub wymagane w formie elektronicznej, dopuszczając tym samym możliwość ustalenia jej zgodnie z procedurami obowiązującymi u gwaranta. (.) Jakiekolwiek wskazówki czy dodatkowe wymagania ustalone wobec wadium przez Zamawiającego w postanowieniach SWZ nie mogą świadczyć o nieprawidłowości jego wniesienia stanowiącej podstawę do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Jednakże, taka niezgodność z wymaganiami Zamawiającego również nie miała miejsca, gdyż zgodnie z pkt 11.5 SWZ, Zamawiający określił, iż gwarancja powinna być płatna na żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym - wprost zostało zatem dopuszczona procedura zgłaszania żądania w formie pisemnej. (.) Podkreślić należy, iż treść gwarancji ubezpieczeniowej przedłożona przez Uczestnika nie przewiduje dla wezwania Beneficjenta formy pisemnej pod rygorem nieważności. Ponadto z przepisu art. 78 1 52 kc wynika, że oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Innymi słowy w żaden sposób nie można

wywodzić (jak czyni to Odwołujący), iż „forma pisemna" wynikająca z gwarancji czyni gwarancję warunkową. Jeżeli weźmiemy pod uwagę dodatkowo art. 61 52 kc, zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią to nawet „późnowieczorne" wezwanie do wypłaty wadium przesłane do Gwaranta w formie elektronicznej będzie uznane za skuteczne. (.) Argumentacja Odwołującego w tym zakresie oderwana jest zarówno od dorobku orzecznictwa, co do instrukcji zgłaszania żądań wypłaty kwoty gwarancji, jak i praktyki zamówień publicznych, gdzie spotykane są formy takie, jak przewidziane w regulaminach instytucji spełniających rolę gwaranta, włącznie z komunikatami SWIFT lub zgłaszania roszczeń za pośrednictwem banku Beneficjenta takie instrukcje co do procedury nie stanowią ograniczeń czy warunków zawartych w treści gwarancji, ale wyłącznie wymogi formalne nie wpływające na skuteczność i prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium. (.)

W sposób niewątpliwy, gwarancja wadialna została przez Uczestnika postępowania wniesiona w sposób prawidłowy zarówno, co do kwoty, treści i formy oraz jest do tej pory utrzymywana nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą. Interesy Zamawiającego zostały zabezpieczone w wystarczający sposób, który umożliwia skorzystanie z gwarancji wadialnej w każdej z przyczyn wskazanych w przepisach. Nie wystąpiła zatem żadna z podstaw odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, a zarzuty odwołania mają charakter czysto hipotetyczny i oderwany od faktycznego brzmienia przepisów ustawy oraz istotnej treści złożonej w postępowaniu gwarancji.".

Z kolei, Odwołujący w swoim stanowisku złożonym na posiedzeniu stwierdził: „(...) W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Konsorcjum Innergo swoją argumentację opiera na zmianie przepisów ustawy Pzp względem ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004r. („ustawa Pzp 2004"). Podnosi, że nastąpiła intencjonalna zmiana instytucji związania ofertą i zabezpieczenia jej wadium w nowej ustawie z 11 września 2019r. Oczywiście zmiana regulacji nastąpiła, jednakże w zakresie irrelewantnym dla przedmiotu sporu i zarzutów postawionych w odwołaniu. (...) Konsorcjum Innergo wskazuje, że w obowiązującej ustawie Pzp wprowadzono art. 97 ust. 5 z którego treści wynika, iż „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2". W ocenie Konsorcjum Innergo to powoduje, że skoro przepisy ustawy jednoznacznie określają termin, do którego należy utrzymywać wadium — do dnia upływu terminu związania ofertą — znaczenie tracą jakiekolwiek formułowane na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy rozważania na temat właściwego okresu ważności wadium, pozwalającego na zabezpieczenie interesu Zamawiającego. Należy jednak zauważyć, że regulacja art. 97 ust. 5 ustawy PZP powiela jednolite i nie budzące wątpliwości stanowisko na gruncie Pzp 2004, że wadium należy wnieść na okres związania ofertą (cały). W tym zakresie nie było wcześniej żadnych wątpliwości ani w orzecznictwie, ani doktrynie. Choćby w opinii UZI) pn. „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r. (

archiwalne/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawyprawo-zamowien-pub1icznych-2/zasady-wnoszenia-niepienieznych-form-wadiumprzez-wykonawcow-ubiegajacych-sie-o-udzielenie-zamowien-publicznych-wpostepowaniach-wszczetych-po-dniu-17-pazdziernika-2018-r.) wskazano: „W związku z rolą, jaką odgrywa wadium, musi ono być ważne i pozostawać w dyspozycji zamawiającego cały okres związania ofertą (por. wyr. KIO z 23.1.2012 r. sygn. akt KIO 52/12)". (.) Twierdzenia Konsorcjum Innergo o usunięciu poprzednio funkcjonującej luce w przepisach są chybione, bowiem konieczność zabezpieczania ofert wadium w terminie związania ofertą (całym) wynikała z przepisów Pzp 2004. Dla przykładu można powołać się na także na stanowisko Prezesa UZP cytowane w chwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2020, KIO/KU 2/20, które Krajowa Izba Odwoławcza w tej uchwale w całości podzieliła: „Zdaniem Prezesa LIZP omawiany przypadek nie wymaga podjęcia tego typu działań - treść przepisów jest jasna i precyzyjna. Oznacza to, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 85 ust. 2 ustawy Pzp mają jednoznacznie określony zakres zastosowania. Na gruncie ustawy Pzp obowiązuje zatem zasada ciągłości i nieprzerywalności wadium, która z nielicznymi wyjątkami (art. 46 ust. 3) ma charakter bezwarunkowy. Wniesione przez wykonawcę wadium powinno gwarantować zamawiającemu możliwość skorzystania z uprawnień związanych z zabezpieczeniem wadialnym przez cały okres uczestnictwa wykonawcy w postępowaniu, zakreślony terminem związania ofertą. W związku z tym, okres ważności wadium nie może być krótszy niż okres związania wykonawcy złożoną przez niego ofertą. Na konieczność zapewnienia ważności wadium przez cały okres związania ofertą wskazuje również art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, nakazujący przedłużenie ważności wadium albo wniesienie nowego wadium w przypadku przedłużenia terminu związania ofertą. Powyższy przepis wskazuje, że związanie ofertą jest ściśle powiązane z okresem ważności wadium i wykonawca obowiązany jest do zapewnienia na każdym etapie postępowania aktualności wadium złożonego w formie gwarancji w całym okresie związania ofertą" (.) Nie ulega zatem wątpliwości, że okres na jaki należało wnieść wadium na gruncie ustawy Pzp 2004, jak i na

gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp, to okres związania ofertą, czy też do dnia upływu terminu związania ofertą - jak stanowi art. 97 ust. 5 ustawy Pzp. Kwestia ta jest ujęta identycznie na gruncie obecnie obowiązującej ustawy Pzp, jak i na gruncie ustawy Pzp 2004. Konsorcjum Innergo nie wyjaśniło dlaczego przepisy ustawy Pzp, w tym jej art. 97 ust. 5 stanowiłyby zmianę w stosunku do regulacji ustawy Pzp 2004.(.) Kwestia maksymalnego terminu utrzymywania wadium na gruncie obydwu ustaw traktowana jest dokładnie tak samo - musi być ono wniesione na okres związania ofertą. Rzecz w tym, że Konsorcjum Innergo okres ten traktuje jako okres na zgłoszenie roszczeń, a przecież jest to okres, w którym powstałe roszczenia o wypłatę powinny być skutecznie zaspokojone, I właśnie w tym celu — w celu zaspokojenia roszczeń powstałych w tym okresie, dotyczą cytowane przez Odwołującego w odwołaniu wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (z dnia 3.11.2020, KIO 2486/20; z dnia 9.07.2020, KIO 952/20), w których wskazano na dwa możliwe rozwiązania:

1) wprowadzenie do treści gwarancji wadialnych postanowienia odpowiednio przedłużającego ich termin ważności,

2) jednoznaczne wskazanie, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w zakreślonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą etc. (.) Należy zauważyć, czego Konsorcjum Innergo w swoim piśmie procesowym nie dostrzega, że celem wadium jest zabezpieczenie prawidłowego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia w okresie związania ofertą, W tym okresie — całym, także ostatniego dnia i o godz. 23.59 wszelkie roszczenia o zapłatę, które powstaną powinny zostać zaspokojone. Ustawodawca w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp wskazał przesłanki zatrzymania wadium, Są to działania, zaniechania wykonawcy, które w ocenie ustawodawcy zasługują na negatywną ocenę z sankcją w postaci zatrzymania wadium. Wadium ma zatem za cel zapewnienie w całym okresie terminu związania ofertą wykluczenie zaistnienia sytuacji opisanych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, a to jest możliwe tylko wtedy, gdy wadium daje możliwość zaspokojenia wszystkich powstałych w tym okresie roszczeń, a nie tylko powstałych na tyle wcześnie, że Zamawiaj ący zdąży przed upływem ważności wadium jeszcze przeanalizować zasadność zatrzymania wadium, sporządzić, wysłać i doręczyć żądanie zapłaty wystawcy wadium/gwarantowi. Zmaterializowanie się przynajmniej jednej z przesłanek zatrzymania wadium z art. 98 ust. 6 ustawy Pzp stanowi o powstaniu roszczenia zamawiającego o wypłatę wadium. Wszystkie roszczenia powstałe w całym okresie związania ofertą czy do dnia upływu związania ofertą powinny zostać zabezpieczone z wadium. A jest to możliwe na dwa sposoby, na co wskazano powyżej. (.) Powyższe znajduje potwierdzenie także w chwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22.01.2020, KIO/KU 2/20: „ Wadium wnosi się celem zabezpieczenia potencjalnych roszczeń zamawiającego, które mogą ale nie muszą wystąpić w całym okresie związania ofertą. Na tym właśnie polega funkcja gwarancyjna tego instrumentu. W konsekwencji nie można także zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że odrzucenie oferty wykonawcy byłoby sprzeczne z zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Sankcja odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedłużył ważności wadium, jest wprost proporcjonalna do doniosłego uchybienia jakiego się on dopuścił, a mianowicie sytuacji, w której jego oferta nie była zabezpieczona wadium. Jak już wcześniej wspomniano, celem ustanowienia wadium wynikającym z ustawy PZP jest zabezpieczenie potencjalnych interesów zamawiającego przed niesumiennym postępowaniem wykonawców w całym okresie, kiedy pozostają oni związani złożonymi przez siebie ofertami”. (.) Jak opisano w odwołaniu wadium wniesione przez Konsorcjum Innergo nie daje możliwości zabezpieczenia roszczeń Zamawiającego w całym okresie związania ofertą, bowiem wymaga także zgłoszenia roszczenia, a nie tylko jego powstania. czyli zmaterializowania się przesłanki z art. 98 ust. 6 ustawy PZP do upływu terminu, w którym mogą one powstawać. (.) Bardzo dobry praktyczny przykład kwestii objętej zarzutami odwołania był przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku Sądu Okręgowego w Częstochowie z dn. 5 lutego 2021r., sygn. akt V Ga 328/20, gdzie stan faktyczny był taki, że termin zawarcia umowy został wyznaczony na ostatni dzień terminu związania ofertą, a ważność wadium również wygasała w tym dniu. Tak wniesione wadium uznano za wniesione nieprawidłowo. W wyroku tym Sąd podniósł: „Zważyć bowiem należy, że funkcja wadium jako zabezpieczenia zawarcia umowy w sprawie takiego zamówienia aktualizuje się dopiero w sytuacji, gdy wykonawca odmówił podpisania umowy w okresie związania ofertą, Wyklucza to w sposób oczywisty możliwość wnoszenia takiego wadium, z którego zamawiający nie może się już skutecznie zaspokoić, z uwagi np. na upływ terminu ważności gwarancji bankowej (ubezpieczeniowej) pomimo tego, że przesłanki do jego zatrzymania zaistniały jeszcze w okresie związania wykonawcą/ ofertą. (.) Twierdzenia Konsorcjum Innergo, że ustawa Pzp nie zawiera terminu na zgłaszanie roszczeń o wypłatę są irrelewantne dla przedmiotu sporu. Brak wskazania konkretnego terminu oznacza, że nawet termin jednodniowy na zgłaszanie roszczeń po upływie terminu ważności wadium należy uznać za właściwy. Chodzi o to, aby zamawiający miał jakikolwiek możliwy do dotrzymania termin. (.) Rozważania Konsorcjum Innergo w pkt II ppkt 3 i III pisma procesowego są natomiast zupełnie irrelewantne dla przedmiotu sporu i dotyczą ogólnych spostrzeżeń na temat przebiegu procedury. Wypada jednak dodać, że Zamawiający ma prawo otrzymać wadium zabezpieczające ofertę w pełnym okresie jej związania, a hipotetyczne rozważania,

że ma odpowiednio organizować postępowanie, być może w taki sposób, aby również przesłanki zatrzymania wadium ziściły się odpowiednio wcześnie przed upływem terminu związania ofertą nie zasługują na uznanie. Zamawiający nie ma obowiązku prowadzenia postępowania w taki sposób, aby „sanować" nieprawidłowo wniesione wadium. Poza tym z przyczyn praktycznych, pomimo najlepszej organizacji postępowania i tak przesłanki zatrzymania wadium mogą materializować się dopiero w samej końcówce okresu związania ofertą i ważności wadium. Inaczej ujmując, za powstanie takich sytuacji często nie sposób przypisać zamawiającemu winy. Zamawiający nie zawsze może wyznaczyć terminy na godziny popołudniowe, np. zawarcia umowy, czy też uzupełnienia dokumentów czy innych czynności, których niedokonanie czy niewłaściwe dokonanie może skutkować zatrzymaniem wadium (trzeba pamiętać o prowadzeniu postępowania w formie elektronicznej). Terminy te wówczas po prostu mogą być zbyt krótkie. Zresztą stanowisko Konsorcjum Innergo zasadza się na przekonaniu, że Zamawiający zobowiązany jest do dostosowania swoich czynności do ograniczeń wynikający z niewłaściwie wniesionego wadium, co nie zasługuje na uznanie. Zamawiający ma prawo otrzymać wadium zapewniające możliwość jego zatrzymania w następstwie okoliczności zaistniałych w całym okresie związania ofertą. (.) Co do formy elektronicznej zgłoszenia żądania zapłaty również należy wskazać, że ona choć poprawia sytuację zamawiającego w takiej sytuacji, jak w niniejszej sprawie, to nie rozwiązuje problemu - jeśli okoliczność uzasadniająca zatrzymanie wadium ziści się na koniec ostatniego dnia ważności wadium. Tak też rozstrzygnął Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dn. 5 lutego 2021r., sygn. akt V Ga 328/20: „Nadmienić przy tym należy, że w przypadku składania przez oferenta gwarancji wadialnej wystarcza w praktyce określenie terminu jej ważności upływającego przynajmniej 1 dzień roboczy po zakończeniu okresu związania wykonawcy ofertą - w przypadku możliwości złożenia oświadczenia wobec gwaranta w formie elektronicznej i kilku dni roboczych - w przypadku konieczności zachowania formy pisemnej (tak też zresztą pozostali oferenci w trakcie niniejszego postępowania uczynili). Wówczas dopiero zamawiający miałby zapewnioną realną możliwość złożenia stosownego oświadczenia wobec gwaranta o skorzystaniu z udzielonej przez niego gwarancji. Niezrozumiałe są zatem wyrażone w skardze wątpliwości skarżących związane z trudnościami w ustaleniu okresu ważności gwarancji wadialnej przy zawieraniu umowy o jej ustanowieniu". (...) Trudno zgodzić się z Konsorcjum Innergo, że konieczność złożenia żądania zapłaty w formie pisemnej, tak jak wymaga tego wniesiona przez tego Wykonawcę gwarancja ubezpieczeniowa Nr 1061574300/GWo/2021/051 nie stanowi warunku. Otóż, gdyby gwarancja ta zawierała dodatkowy termin na zgłaszanie roszczeń po upływie terminu jej ważności lub zawierała dłuższy termin ważności, niż termin związania ofertą, wówczas można by się zgodzić z Konsorcjum Innergo. A w takim stanie faktycznym, gdzie zgodnie z treścią Gwarancji można zgłaszać roszczenia tylko w terminie, takim jak termin związania ofertą sytuacja przedstawia się zupełnie inaczej. Otóż warunkiem uzyskania wypłaty (zabezpieczenia się z wadium) jest takie prowadzenie Postępowania przez Zamawiającego, aby przesłanki jego zatrzymania ziściły się odpowiednio wcześniej, przed upływem ważności wadium (co jak wyjaśniono nie zawsze jest możliwe i nie zawsze zależy od Zamawiającego). Wypada zauważyć, że wyrok KIO cytowany przez Konsorcjum Innergo nie dotyczył w ogóle przedmiotowej kwestii i analogicznego stanu faktycznego. (.) O nieprawidłowości Gwarancji Konsorcjum Innergo świadczy nie tylko brak możliwości składania żądań zapłaty w formie elektronicznej, lecz przede wszystkim brak możliwości skutecznego złożenia takiego żądania w stosunku do okoliczności objętych hipotezą art. 98 ust. 6 ustawy Pzp, zaistniałych na koniec okresu ważności wadium. (.) Nie sposób również zgodzić się z Konsorcjum Innergo, że z pkt 11.5 SWZ wnika, że wykonawca miał prawo zadecydować, w jakiej formie Zamawiający może zgłaszać żądania zapłaty wadium. Z postanowienia tego wynika jednoznacznie, że wymagane jest wadium, gdzie płatność nastąpi na żądanie Zamawiającego dokonane w formie pisemnej lub oświadczenia woli złożonego w postaci elektronicznej opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zamawiający zastrzegł sobie możliwość do złożenia żądania zapłaty w obydwu formach, przy czym nie musi korzystać z nich jednocześnie, aby złożyć prawidłowe żądanie o czym świadczy użycie alternatywy rozłącznej „lub". Przystępujący Innergo zdaje się sugerować, że forma elektroniczna byłaby wymagana, gdyby użyto spójnika „i". Jednakże wówczas, co byłoby niedorzeczne, sam Zamawiający ograniczyłby się, bowiem na mocy swoich własnych wymagań musiałby składać żądanie zapłaty w obydwu formach jednocześnie. (.) Co do rozważań, że możliwe jest także w oparciu o treść Gwarancji złożenia żądania wypłaty w formie elektronicznej na mocy art. 78^{1} § 2 kc. Odwołujący nie zgadza się z tym stanowiskiem. Przede wszystkim należy wziąć pod uwagę abstrakcyjny charakter gwarancji ubezpieczeniowej. Treść Gwarancji stanowi jednoznacznie, że niezachowanie właściwej formy (pisemnej) będzie skutkować tym, że nie powstanie obowiązek zapłaty: „[.] żądanie zapłaty, doręczone Gwarantowi [.] spełniające wszystkie wymogi formalne określone w gwarancji, będzie powodowało obowiązek zapłaty z tytułu gwarancji". Gwarancja ubezpieczeniowa, podobnie jak bankowa określa zakres podmiotowy, przedmiotowy i przesłanki wypłaty. Trudno zaakceptować sytuację, że gwarant, który jest dużą instytucją będzie zobowiązany do honorowania żądań zgłoszonych na inny adres, niż wskazany w samej gwarancji. Także w komentarzu do art. 78^{1} § 2 kc pod redakcją prof. Gniewka 2021, wyd. 10/Strugała przedstawiono pogląd, że „Praktyczny skutek odrębności obu form ujawnia

się przede wszystkim wówczas, gdy wymóg dochowania którejś z nich zostaje ustanowiony przez same strony (w drodze pactum de forma). W braku okoliczności przemawiających za wykładnią pozwalającą na przyjęcie, że strony dopuściły możliwość zastępowania wyraźnie wyartykułowanej przez nie formy inną formą równoważną, należy przyjąć, że pactum wymaga formy wyraźnie wyartykułowanej. Przykładowo więc zastąpienie przez strony wprost przewidzianej w treści pactum formy pisemnej formą elektroniczną będzie jednoznaczne z niedochowaniem wymaganej formy. Z kolei w przypadku zastrzeżenia formy pisemnej w ustawie strony uczynią zadość wymogowi formy także wówczas, gdy zachowają wymogi formalne właściwe dla formy elektronicznej (art. 78^1 § 2 KC)". Zatem w niniejszym stanie faktycznym zważywszy na treść Gwarancji oraz brak przepisu ustawy zastrzegającego formę pisemną dla złożenia żądania zapłaty z gwarancji ubezpieczeniowej, zastosowanie formy elektronicznej dla takiego żądania jest nieskuteczne. Analogiczny pogląd wyrażono w komentarzu pod redakcją prof. Osajdy 2021, wyd. 28/1). Sobolewski: „Elektroniczna forma czynności prawnej może być wykorzystana do zastąpienia zwykłej formy pisemnej zarówno w przypadku, gdy wymóg zachowania tej formy wynika z przepisu, jak i z czynności prawnej (pactum de forma)". Konsekwentnie także w komentarzu pod redakcją prof. Pietrzykowskiego 2020, wyd. 10/Brzozowski wskazano: ”Forma elektroniczna może zostać wyłączona na podstawie ustawy lub czynności prawnej”. Zatem forma elektroniczna nie może zostać zastosowana wbrew woli. stron, jeśli one umówiły się co do formy, wskazując na formę pisemną - jak w niniejszym stanie faktycznym. (.) Podsumowując, Konsorcjum Innergo nie dochowało należytej staranności. Wykonawca ten ani nie zapewnił dłuższego okresu ważności wadium względem terminu związania ofertą, ani nie postarał się, aby roszczenia o zapłatę powstałe w okresie ważności wadium mogłyby być zgłoszone w ciągu choćby jednego dnia roboczego. O niezachowaniu należytej staranności świadczy także ta okoliczność, że Konsorcjum Innergo nie zastosowało się do postanowień SWZ dotyczących formy elektronicznej, co świadczy o braku analizy postanowień tego dokumentu.”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z art. 513 NPzp odwołanie przysługuje na:

1) niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, w tym na projektowane postanowienie umowy;

2) zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, o zawarcie umowy ramowej, dynamicznym systemie zakupów, systemie kwalifikowania wykonawców lub konkursie, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy;

3) zaniechanie przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy, mimo że zamawiający był do tego obowiązany.

Ponadto, zgodnie z art. 552 ust. 1 NPzp wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Wymaga podkreślenia, że dla możliwości rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania konieczne jest, aby dotyczyło ono czynności bądź zaniechania Zamawiającego. Oznacza to, że na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, stanowiący podstawę dla Wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania, zawierającego uzasadnienie faktyczne i prawne odnoszące się do zaskarżanych czynności bądź zaniechań. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego z 21.07.2021 r. (przekazana 22.07.2021 r.), polegająca na zaproszeniu Odwołującego oraz innych Wykonawców, w tym Przystępującego po stronie Zamawiającego, do aukcji elektronicznej.

Jednocześnie, zgodnie z treścią art. 552 ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia - co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Podkreślenia wymaga - co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu - że przepisy NPzp nie zobowiązują Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, na skutek wniesienia odwołania. Zaś, zgodnie z treścią art. 552

ust. 1 NPzp, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy.

W zakresie niniejszej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający w dniu 28.07.2021 r. dokonał unieważnienia czynności z 21.07.2021 r., tj. czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej - zatem czynności stanowiących podstawę wniesionego niniejszym odwołaniem środka ochrony prawnej. Przy czym zgodnie, z art. 232 ust. 1 NPzp Zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej jednocześnie wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, przy użyciu połączeń elektronicznych wskazanych w zaproszeniu. Wynika więc z tego, że zaproszenie do aukcji elektronicznej jest na tym etapie czynnością mającą formę zamknięcia etapu badania i oceny ofert, czyli formalnej oceny złożonych ofert, podobna jak czynność wyboru oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że Zamawiający nie unieważnił czynności badania i oceny ofert ani też nie oświadczył, że powtórzy tą czynność, iż skoro nie ma czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej, to nie wiadomo, czy Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego. Przy czym, skoro Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej to de facto Zamawiający powrócił do etapu badania i oceny ofert, w tym oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego. W rezultacie, aktualnie postępowanie jest na etapie badania i oceny ofert wszystkich wykonawców, nie zaistniał więc nawet pośredni termin dający podstawę do uznania, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Nadto, Zamawiający oświadczył na rozprawie, iż nadal bada oferty złożone w postępowaniu, w tym także ofertę Przystępującego po stronie Zamawiającego. Konsekwentnie też nie przedstawił żadnego stanowiska merytorycznego względem zarzutów sformułowanych w odwołaniu ograniczając swoje stanowisko do kwestii formalnych.

Tym samym, wobec przedstawionej powyżej argumentacji - czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (z 21.07.2021 r.) - przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 552 ust. 1 NPzp należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy - naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Izba wskazuje, że treść art. 552 ust. 1 NPzp, podobnie jak interpretacja art. 316 § 1 kpc, w myśl którego podstawą wydania przez sąd wyroku jest stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy - nakazuje uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 552 ust. 1 NPzp - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 kpc - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, tj. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z 25.06.2015r., sygn. akt: V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z 13.09.2018 r., sygn. akt: I Aga 159/18).

Mając powyższe na uwadze, niewątpliwe zadaniem Izby jest rozstrzyganie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 552 ust. 1 NPzp. Dlatego też, wobec skarżenia przez wykonawcę czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej z 21.07.2021 r. - czynności, które na moment zamknięcia rozprawy nie istniały, Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, wobec okoliczności, że Zamawiający unieważnił czynność zaproszenia do aukcji elektronicznej powracając do etapu badania i oceny ofert, w tym oferty Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Zatem wobec unieważnienia zaproszenia do aukcji elektronicznej z 21.07.2021 r. - nie można zarzucić naruszenia przepisów NPzp. W konsekwencji nie ma w postępowaniu zaskarżonych czynności z 21.07.2021 r. (brak substratu zaskarżenia) wobec anulowania ich przez Zamawiającego. Izba w zakresie braku substratu zaskarżenia oparła się w dużej mierze na stanowisku wyrażonym w wyroku KIO z 28.04.2021 r., sygn. akt: KIO 967/21.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 552 ust. 1 i art. 553 zdanie pierwsze NPzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego. Izba podkreśla, że mimo, iż oddalenie odwołanie jest wynikiem działań Zamawiającego, to Odwołujący wiedział o zaistniałych zmianach w stanie faktycznym, nie tylko z odpowiedzi na odwołanie, ale również ze stanowiska Zamawiającego wyrażonego na posiedzeniu i rozprawie.

Przewodniczący: