Sygn. akt: KIO 3217/23

WYROK

z dnia 16 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 14 listopada 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **30 października 2023 r.** przez wykonawcę: **ALSEVA EPC Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30109 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez: **Mithra B Sp. z o.o., ul. Ogrodowa 59a, 00876 Warszawa w imieniu którego działa: PGE Energia Odnawialna S.A, ul. Ogrodowa 59A, 00-876 Warszawa**
przy udziale wykonawcy **POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. k., ul. Terespolska 12, 08-110 Siedlce** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie w całości i nakazuje Zamawiającemu: Mithra B Sp. z o.o.,ul. Ogrodowa 59a, 00876 Warszawa w imieniu którego działa: PGE Energia Odnawialna S.A., ul. Ogrodowa 59A, 00-876 Warszawa unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 18.10.2023 r. i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której nakazuje odrzucenie oferty POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. k., ul. Terespolska 12, 08-110 Siedlce na podstawie art. 226 ust.1 pkt 14 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) wobec potwierdzenia się zarzutów odwołania.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Mithra B Sp. z o.o., ul. Ogrodowa 59a, 00876 Warszawa w imieniu którego działa: PGE Energia Odnawialna S.A., ul. Ogrodowa 59A, 00-876 Warszawa**
i

2.1 zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ALSEVA EPC Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30109 Kraków** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Mithra B Sp. z o.o., ul. Ogrodowa 59a, 00876 Warszawa w imieniu którego działa: PGE Energia Odnawialna S.A., ul. Ogrodowa 59A, 00-876 Warszawa** na rzecz **ALSEVA EPC Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30109 Kraków** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz 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 2023 r. poz. 1605) 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 3217/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa instalacji PV-PV Tarchały Wielkie o mocy do 10 MW (w imieniu i na rzecz Mithra B Spz o.o.)”, Numer postępowania: POST/EOD/EOD/BM/00208/2023, zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20.06.2023 r. pod nr 2023/S 117-368062 przez Mithra B Sp. z o.o., ul. Ogrodowa 59a, 00876 Warszawa w imieniu którego działa: PGE Energia Odnawialna S.A., ul. Ogrodowa 59A, 00-876 Warszawa zwanej 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 2023 r. poz. 1605), zwana dalej: *„NPzp*” albo *„PZP”* albo *„PrZamPubl.”* albo *„Pzp”*.

W dniu 18.10.2023 r. /na stronie Internetowej Zamawiającego https://swpp2.gkpge.pl (w Systemie zakupowym GK PGE)/ Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. k., ul. Terespolska 12, 08-110 Siedlce zwanego dalej: *„POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. k.*albo *„Przystępującym”*. Drugą pozycje w rankingu złożonych ofert zajęła oferta ALSEVA EPC Sp. z o.o., ul. Salwatorska 14, 30109 Kraków zwanej dalej: *„ALSEVA EPC Sp. z o.o.*” albo „Odwołującym”.

Dnia 30.10.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 18.10.2023 r. złożyło ALSEVA EPC Sp. z o.o. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 97 ust. 5 PrZamPubl. przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie odrzucenia oferty Polimex, w sytuacji w której wykonawca ten nie wniósł, ewentualnie wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl,
2)art. 223 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 5 i art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na bezpodstawnym i bezzasadnym uznaniu, iż treść dokumentu wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) może być przedmiotem wyjaśnień, jak również może być dokumentem podlegającym uzupełnieniu (negocjacji), podczas gdy: a) z treści przepisów wprost wynika, że wadium powinno być wniesione w sposób prawidłowy już w dniu składania ofert, b) przepisy PrZamPubl. nie przewidują procedury wyjaśnienia treści wadium,c) ewentualne wezwanie do wyjaśnień może być kierowane wyłącznie do wykonawcy, a nie gwaranta (wystawcy wadium), d) jeśli uznać, że przepis art. 223 ust. 1 PrZamPubl.) ma zastosowanie do wadium, nie jest dopuszczalne negocjowanie treści tego dokumentu, co oznacza, iż w świetle przepisów ustawy PrZamPubl. Zamawiający nie posiada narzędzi pozwalających mu na konwalidację lub wyjaśnienie treści wniesionego wadium, a treść oświadczenia uzupełniającego skutkowała bezzasadnym uznaniem przez Zamawiającego prawidłowości złożonego przez
Polimex wadium,
3)art. 16 PrZamPubl. poprzez naruszenie zasad nakazującej prowadzenie postępowaniaw sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
4)art. 17 ust. 2 PrZamPubl.poprzez udzielenie zamówienia Polimex z naruszeniem przepisów PrZamPubl., któreto naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wnosił:
1)Uwzględnienie odwołania w całości,
2)Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Polimex jako najkorzystniejszej,
3)Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert,
4)Nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Polimex oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu,
5)Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Ad. zarzut 1 i 2:

Zamawiający przy wyborze najkorzystniejszej oferty naruszył m.in. art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl.- poprzez bezpodstawne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie odrzucenia oferty Polimex.

Zgodnie z art. 97 ust. 5 PrZamPubl.- Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 97 ust. 10 PrZamPubl. - Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w ust. 7 pkt 2-4, wykonawca przekazuje zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl.- Zamawiający odrzuca ofertę, jeśli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł je w sposób nieprawidłowy (…).

W niniejszej sprawie Polimex wraz z ofertą jako wadium złożył:

1.polisę – gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 727500128017 na okres:
24.07.2023- 23.10.2023.
2.aneks nr 1 z dnia 24.07.2023 roku do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 727500128017 z dnia 19.07.2023 roku zmieniający termin gwarancji na okres:
27.07.2023- 26.10.2023.

Zgodnie z SWZ (pkt 9.6 i 9.7 SWZ) –**w przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z treści tych dokumentów musi jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (ubezpieczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego**, stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 6 **PrZamPubl.**– bez konieczności potwierdzania tych okoliczności. Dokumenty te muszą być złożone wraz z ofertą za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE (co Zamawiający dodatkowo uwypuklił zaznaczając ten fragment na kolor czerwony).

Jak zaznaczył Zamawiający dalej (w pkt. 9.13 SWZ) - niewniesienie wadiumw wymaganym terminie lub w sposób określony w SWZ spowoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl.

W niniejszej postępowaniu w Polisie nr 727500128017- Gwarancji przedstawionej przez Polimex ani w Aneksie do niej nie ma ani słowa o zobowiązaniu ubezpieczyciela do zapłaty kwoty wadium nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego w sytuacji wystąpienia jednej lub więcej okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 6 PrZamPubl.

Jest jedynie napisane, że Ubezpieczyciel potwierdza wystawienie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium oraz że integralną część polisy stanowi Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 727500128017. **Gwarancja ta jednak nie została załączona do oferty Polimex.**

Przenosząc powyższe fakty na grunt przepisów Prawa zamówień publicznych wskazać należy, że zgodnie z orzecznictwem **wadium powinno być w dyspozycji zamawiającego od upływu terminu składania ofert.** W wypadku formy gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej –gwarancja powinna być dostępna dla zamawiającego od tego momentu w wymaganej formie i o wymaganej treści, gdyż **nie jest dopuszczalne uzupełnianie dokumentu gwarancyjnego** (**tak m.in. wyrok KIO z dnia 23.12.2022 roku KIO 3306/22,** wyrok KIO z 17.04.2018 r., KIO 627/18).

Fakt więc jedynie wspomnienia w Polisie ubezpieczeniowej nr 727500128017 o gwarancji, oraz informacja o konieczności opłaty polisy i umowie generalnej o jej wydanie nie mają znaczenia, gdyż **dla zabezpieczenia oferty konieczne było złożenie dokumentu gwarancji wraz z ofertą.** Powyższy obowiązek został wyraźnie potwierdzony przez Zamawiającego w SWZ (por. **wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 listopada 2022 r. KIO 3001/22**).

Jak wskazało KIO w innym wyroku (wyr. KIO z 2.3.2009 r.- treść gwarancji nie powinna być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej. W razie zaistnienia podstaw do zatrzymania wadium **Zamawiający musi mieć bowiem zagwarantowaną możliwość uzyskania swojego roszczenia.** Dlatego istotne jest, aby w dokumencie gwarancji wskazać precyzyjne zdarzenia, którego wystąpienie uprawnia zamawiającego do wystąpienia z żądaniem zapłaty kwoty wynikającej z gwarancji.

Takich zdarzeń, czyli zobowiązania gwaranta (ubezpieczyciela) do zapłaty kwoty wadium nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego w polisie Polimex z dnia 19.07.2023 roku ani w aneksie nr 1 nie było.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie tylko niezgodnie z prawem ale też na własne ryzyko zaakceptował złożone przez Polimex dokumenty (polisę i aneks nr 1 do gwarancji) nie widząc właściwego dokumentu gwarancji po otwarciu ofert. Ani z polisy ani z aneksu nr 1 nie wynikały bowiem warunki zabezpieczenia beneficjenta przed ryzykiem niewypłacalności zobowiązanego. **Zamawiający nie miał więc pewności, że w dokumencie wadialnym nie ma w niej zawartych klauzul zabronionych – ograniczających możliwość zatrzymania wadium.** Gwarancja ubezpieczeniowa jest bowiem umową samodzielną, nieakcesoryjną i ponadto abstrakcyjną, która kreuje abstrakcyjne zobowiązanie ubezpieczyciela wobec beneficjenta na warunkach w niej wskazanych, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących gwaranta z zobowiązanym.

W wyr. SO w Warszawie z 2.8.2021 r. (SO wskazał, że "do elementów przedmiotowo istotnych gwarancji [ubezpieczeniowej – wyjaśnienie *M.J.*] należą: określenie przedmiotu zobowiązania gwaranta, a zatem wskazanie rezultatu, który gwarancja zabezpiecza oraz określenie uprawnienia, jakie z niej wynika poprzez podanie sumy gwarancyjnej, którą gwarant zobowiązuje się Beneficjentowi gwarancji zapłacić w przypadku niewykonania na jego rzecz określonego świadczenia przez inny podmiot (zaistnienia określonego w gwarancji zdarzenia)". **Gwarancja ubezpieczeniowa wnoszona jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinna odpowiadać wymaganiom określonym w dokumentach zamówienia, a także pozwalać na uznanie, że zabezpiecza ona określoną ofertę na wypadek wystąpienia okoliczności skutkujących koniecznością zatrzymania wadium, określonych w PrZamPubl.**

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2022 r. (KIO 365/22) Izba wskazała, że wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed ogólnie pojętym nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby wpłynąć na wynik postępowania**. Mając na względzie zabezpieczenie interesów zamawiającego, w PrZamPubl, ustawodawca zobowiązał wykonawcę do przekazania zamawiającemu oryginału gwarancji w postaci elektronicznej, jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji**. Ustawowy wymóg pokrywa się z wymaganiem Zamawiającego sformułowanym w pkt 9.6 i 9.7 SWZ.

Izba w przedmiotowym wyroku wskazała dalej, że **skuteczność zabezpieczenia oferty wadium należy badać na dzień składania ofert. Badaniu przez zamawiającego powinny podlegać prawidłowość formy wadium,** jeżeli wadium zostało wniesione w postaci elektronicznej – czy zostało przekazane w oryginale, wysokość wadium, **treść** (jeżeli zostało wniesione w formach przewidzianych w PrZamPubl), **moment wniesienia**, oraz okres zabezpieczenia oferty wadium. **Uchybienie w zakresie któregokolwiek z ww. elementów podlegających weryfikacji przez zamawiającego, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie PrZamPubl. Przepisy PrZamPubl nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji (KIO 365/22, KIO 3306/22).**

W zaskarżonym postępowaniu termin składania ofert upłynął w dniu 27.07.2023 roku. Po terminie składania ofert, to jest w dniu 23.08.2023 roku Zamawiający wystąpił w formie mailowej do ubezpieczyciela (UNIQUA TU S.A.) o potwierdzenie czy na podstawie załączonych do oferty dokumentów (Polisa + Aneks nr 1) Zamawiający będzie w stanie zaspokoić swoje roszczenia. **Zamawiający wyraźnie zaznaczył w mailu, że Polimex nie załączył do oferty dokumentu Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 727500128017.**

W odpowiedzi na tego maila, **Ubezpieczyciel udzielił odpowiedzi** Zamawiającemu, że dokumentem potwierdzającym zawarcie gwarancji ubezpieczeniowej jest dokument polisy oraz **że dokument gwarancji nie został załączony do oferty przez pomyłkę.**

Dopiero więc Ubezpieczyciel do przedmiotowego maila z dnia 23.08.2023 roku załączył dokument gwarancji.

Odnosząc się do powyższego, wskazać należy, że **Zamawiający wszedł w posiadanie przedmiotowego dokumentu gwarancji po terminie składania ofert, a zatem nie dysponował przed upływem terminu składania ofert wadium zabezpieczającym ofertę na okres związania ofertą.** Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie PrZamPubl – (tutaj również zgodniez **wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 marca 2022 r. KIO 365/22,** oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2022 r. KIO 280/22).

Biorąc pod uwagę powyższe, brak złożenia ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej nr 727500128017 do dnia 27.07.2023 roku jest równoznaczne z tym, że wadium nie zostało wniesione i brak ten nie podlega uzupełnieniom w trybie PrZamPubl.

Na marginesie Odwołujący zaznacza też, że dokument gwarancji, który w dniu 23.08.2023 roku przesłał mu Ubezpieczyciel - nie został przesłany w wymagany sposób – zgodnie z pkt. 9.7 SWZ- czyli za pośrednictwem Systemu Zakupowego GK PGE.

W tym miejscu wskazał również, że brak było uzasadnienia prawnego dla wystąpienia przez Zamawiającego do ubezpieczyciela o potwierdzenie gwarancji wadialnej Polimexu. Wskazuje to jedynie, że Zamawiający sam miał wątpliwości co do treści przedstawionych dokumentów wadialnych (polisa + aneks nr 1). Jak zostało natomiast wskazane powyżej, przepisy PrZamPubl nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji. Zamawiający nie tylko więc naruszył art. 223 ust. 1 PrZamPubl poprzez skierowanie wezwania do wyjaśnień do wystawcy wadium w sytuacji, gdy przepis zezwala na wyjaśnienia treści oferty i oświadczeń z wykonawcą, ale przede wszystkim, Zamawiający podjął się procedury wyjaśniającej względem dokumentu, który nie podlega wyjaśnieniom ani uzupełnieniu na tle przepisów PrZamPubl. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (ubezpieczenia) nie są bowiem dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie stanowią treści oferty **(KIO 3306/22).**

Reasumując wszystko powyższe, podkreślił, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy PrZamPubl. jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach ustawy PrZamPubl. Wykonawcy muszą więc sprostać wymaganiom Zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Jednocześnie należy podkreślić, iż również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SWZ zasadami. Skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących wadium, żądając, aby Wykonawcy wnieśli je o treści, w sposób i formach wskazach w SWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SWZ zapisów. **Skoro więc oferta Polimex nie odpowiadała wymaganiom określonych przez Zamawiającego w SWZ w zakresie wnoszenia wadium, Zamawiający powinien był tę ofertę odrzucić.**

Ad. Zarzut 3 i 4:

Zgodnie z art. 16 ustawy PrZamPubl. -Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie zaś z art. 17 pkt 2 PrZamPubl.- Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający naruszając treść par. 226 ust. 1 pkt 14 oraz par. 233 ust. 1 PrZamPubl. - naruszył też naczelne zasady prawa zamówień publicznych, wskazane właśnie w art. 16 i 17 PrZamPubl.**poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia Wykonawcy z naruszeniem przepisów ustawy PrZamPubl.**

Pomimo jasności sprawy, że do oferty nie została załączona gwarancja wadialna, spełniająca wymogi SWZ, czego Zamawiający miał świadomość , skierował on do Ubezpieczyciela maila z prośba o potwierdzenie, czy na podstawie złożonych wraz z ofertą Polimex nieprawidłowych dokumentów będzie on w stanie zaspokoić swoje roszczenia.

Jak zostało wskazane powyżej przepisy PrZamPubl nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji.

Zaakceptowanie więc treści wadium wyłącznie na mocy udzielonych przez Ubezpieczyciela wyjaśnień stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Gdyby bowiem przyjąć, że każdy dokument (nie podlegający uzupełnieniu oraz wyjaśnieniu na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych) może zostać odrębnie wyjaśniony przez zamawiającego w ramach wezwania do jego wystawcy (wystawcy dokumentu) poza procedurą zamówień publicznych, wówczas znacząca część innych dokumentów w postępowaniu, których wadliwość nie może zostać usunięta za pomocą narzędzi dostępnych na gruncie ustawy PrZamPubl, mogłaby być usuwana właśnie za pomocą takich (bezprawnych) działań. W takiej sytuacji ustawa w ogóle nie jest potrzebna, skoro jej się i tak

nie stosuje. Powyższe niezbicie świadczy o tym, że Zamawiający nie traktuje wykonawców w równy sposób oraz dokonał badania i oceny ofert w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 30.10.2023 r. (przez System zakupowy GK PGE Zamawiającego: https://swpp2.gkpge.pl) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 02.11.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: POLIMEX BUDOWNICTWO Sp. z o.o. sp. k.

W dniu 14.11.2023 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 zarzutów odwołania w całości. Stwierdził, że Przystępujący wniósł wadium formie gwarancji ubezpieczeniowej przed upływem terminu składania ofert i na pełen okres terminu związania ofertą. Wraz z ofertą przedłożył Polisę-Gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium nr 727500128017 oraz Aneks nr 1 z dnia 24 lipca 2023r. do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Z uwagi, że Przystępujący nie dołączył dokumentu, z którego wynikają warunki zapłaty wadium Zamawiający zwrócił się do Ubezpieczyciela o informacje/potwierdzenie czy na podstawie posiadanych dokumentów potwierdzających wniesienie wadium (załączonych do oferty) Zamawiający będzie w stanie zaspokoić swoje roszczenie przez cały okres związania ofertą w oparciu o przesłanki wskazane w art. 98 ust. 6 PZP. Ubezpieczyciel potwierdził powyższe i w odpowiedzi dołączył wystawiony przez niego dokument. W przedmiotowej sprawie Zamawiający opierał się na wyroku KIO z 02.08.2010 r., sygn. akt 1544/11 - tj. m.in:

1.Przepisy p.z.p. (art. 45, art. 46 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2) przede wszystkim posługują się kategorią "wniesienia wadium". Pojęcie "wniesienia" wadium należy interpretować na gruncie przepisów p.z.p. - zarówno celów ustawy, jak i obowiązków wykonawcy - i nie jest uprawnione utożsamianie go z pojęciem "ustanowienia" wadium.

2.W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez wniesienie wadium należy uznać, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert.

3.Okoliczność wniesienia wymaganego wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinna być niesporna, a ewentualne wątpliwości w tym zakresie nie podlegają wyjaśnieniu w sposób przewidziany dla treści oferty na zasadach art. 87 ust. 1 p.z.p. lub wyjaśnianiu treści dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 4 p.z.p.).

4.Zamawiający powinien mieć możliwość zaspokojenia swoich roszczeń przez cały okres związania ofertą.

Zamawiający nie zgodził się z pierwszym zarzutem Odwołującego w kwestii braku wniesienia wadium, gdyż Zamawiający uznał, iż Przystępujący wniósł wadium. Zamawiający nie zgodził się z drugim zarzutem Odwołującego, gdyż Zamawiający nie uzupełniał ani nie wyjaśniał treści wadium. Zamawiający dokonując swojej oceny prawidłowości złożonego wadium przez Przystępującego wyszedł z założenia sprawdzenia celu w jakim wniesiono wadium - rolą wadium jest zabezpieczenie Zamawiającego przed Wykonawcami, którzy z różnych przyczyn po przeprowadzonym przetargu nie będą chcieli podpisać z nim umowy - realizacja tego celu została potwierdzona przez Ubezpieczyciela.

W dniu 14.11.2023 r. (e-mailem) Przystępujący wniósł pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i budowa instalacji PV - PV Tarchały Wielkie o mocy do 10 MW (w imieniu i na rzecz Mithra B Sp. z o.o.)".

2. Przedmiotem zamówienia, zgodnie z treścią rozdziału 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ"), jest zaprojektowanie i budowa w formule „pod klucz" Instalacji Fotowoltaicznej, o parametrach wskazanych w udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji oraz umowie, obejmującej budowę infrastruktury towarzyszącej oraz dostawę wszystkich urządzeń umożliwiających prawidłowe funkcjonowanie inwestycji. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w Programie funkcjonalno-użytkowym stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ.

3. W rozdziale 9 SWZ Zamawiający określił zasady związane z wniesieniem wadium. Każdyz wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia był zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 150.000,00 złotych, przy czym można było je wnieść w pieniądzu, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych albo poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 roku o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości.

4. Przystępujący złożył polisę wystawioną przez ubezpieczyciela: UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. („Ubezpieczyciel"). Z treści polisy wynika, że została ona wystawiona na zlecenie Przystępującego, beneficjentem gwarancji jest PGE Energia Odnawialna S.A., jej wysokość opiewa na kwotę 150.000,00 złotych oraz dotyczy ona postępowania. Z treści rzeczonego dokumentu wynika również, że jej integralną część stanowi gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium numer 727500128017 oraz to, że została ona wystawiona w dniu 19.07.2023 r. przez B.

H. K. (tak stan rzeczy potwierdza podpis kwalifikowany naniesiony na dokument).
5. Wraz z dowodem wniesienia wadium Przystępujący nie złożył załącznika do polisy, co stanowiło podstawę do zwrócenia się przez Zamawiającego (jako podmiotu uprawnionego z gwarancji) do Ubezpieczyciela z prośba o dodatkowe wyjaśnienia, dotyczące zasad skorzystania z tak wystawionej gwarancji (wiadomość e-mail z 23.08.2023 r.).
6. W dniu 23.08.2023 r. ubezpieczyciel potwierdził Zamawiającemu, że przysługują mu wszelkie uprawnienia wynikające z art. 98 ust. 6 Pzp (treść korespondencji znajduje się w aktach sprawy) i na tę okoliczność udostępnił mu również brakujący załącznik, który został podpisany w dniu 19.07.2023 r. (a więc przed terminem składania ofert) przez B. H. K..
7. Oznacza to, że dokumenty składające się na wadium zostały wystawione w tej samej dacie (okoliczność bezsporna) i gwarantowały Zamawiającemu możliwość skorzystania ze wszystkich uprawnień wynikających z przepisów Pzp. Z uwagi na powyższe Zamawiający był uprawniony do stwierdzenia, że oferta wniesiona przez Przystępującego została zabezpieczona wadium w wymaganej wysokości i przewidzianej formie przed upływem terminu składania ofert, a w konsekwencji do przeprowadzenia badania i oceny oferty złożonej przez Przystępującego i finalnie jej wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
8. Z powyższym (w szczególności z możliwością skorzystania przez Zamawiającego z uprawnienia do zwrócenia się do Ubezpieczyciela, z którym wiąże Zamawiającego stosunek obligacyjny)
nie zgadza się Odwołujący, dostrzegając w tym naruszenie przepisów ustawy Pzp.
ROLA WADIUM W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO
9.Rolą wadium w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest **zabezpieczenie interesów zamawiającego** w sytuacji, gdy zwycięski wykonawca uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego jak i wtedy, gdy wykonawca uchyla się od przedłożenia / uzupełnienia żądanych przez zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, przedmiotowych środków dowodowych, JEDZ i innych dokumentów lub oświadczeń lub braku wyrażenia przez wykonawcę zgody na poprawienie omyłki (zgodnie z dyspozycją art. 98 ust. 6 Pzp). Wadium stanowi również warunek uczestnictwa wykonawcy w danym postępowaniu pod rygorem odrzucenia złożonej przez niego oferty.
10.*Powyższe znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w którym możemy przeczytać, że „*[i]stotą wniesienia wadium jest przede wszystkim jego funkcja zabezpieczająca. Niezależnie od wskazanej w SIWZ przez zamawiającego formy wniesienia wadium, powinno być ono wniesione w taki sposób, by zabezpieczało cały okres związania ofertą i pozostawało ważne w całym tym okresie. Tylko wtedy bowiem wadium spełnia ww. funkcję.
11.W ocenie Izby***„[w]niesienie wadium można uznać za prawidłowe, jeżeli daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń** *w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, gdyż wtedy może spełnić ono swoją funkcję zabezpieczającą.* Co więcej, wadium musi zostać wniesione przed upływem terminu składania ofert (co ma charakter bezwzględnie obowiązujący) i antydatowanie dokumentu gwarancyjnego *po upływie terminu* składania ofert nie odnosi żadnego skutku co do treści tegoż dokumentu złożonego przed terminem składania ofert
12.Innymi słowy wadium wniesione w postępowaniu powinno faktycznie zabezpieczać interes Zamawiającego już w chwili otwarcia ofert. Tymczasem, jak wskazuje analiza okoliczności zaistniałych w postępowaniu - **Zamawiający jest w pełni chroniony, co oznacza, że wystąpienie w postępowaniu którejkolwiek z przesłanek opisanych w zamkniętym katalogu określonym w art. 98 ust. 6 Pzp umożliwi Zamawiającemu zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń.**
13.W orzecznictwie wyklarował się pogląd, w myśl którego wadium nie może zostać uzupełnione, poprawione bądź zmodyfikowane po upływie terminu składania ofert. Na taką okoliczność zwrócił uwagę Odwołujący przywołując następujące wyroki Izby (dla zachowania przejrzystości Przystępujący przedstawia je w tabelarycznym zestawieniu prezentując jednocześnie stosowny komentarz):

Wyrok Izby	**Teza Odwołującego**	**Stanowisko Przystępującego**
KIO 3306/22	Nie jest dopuszczalne uzupełnianie dokumentu gwarancyjnego	Wyroki Krajowej Izby Odwoławczej dotyczyły sytuacji, gdy w treści wadium nie został ujawniony jeden z konsorcjantów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - wadium było zatem nieprawidłowe, uniemożliwiało bowiem zamawiającemu dochodzenie roszczeń w przypadku, gdy powodem zatrzymania wadium byłoby działanie lub zaniechanie
KIO 627/18		
		podmiotu niewymienionego w treści gwarancji

KIO 3001/22	Dla zabezpieczenia oferty konieczne było złożenie dokumentu gwarancji wraz z ofertą	Wyrok Izby dotyczyły sytuacji, w której wykonawca przedłożył zamawiającemu gwarancję ubezpieczeniową w niepodpisanej wersji (jedynym podpisem na dokumencie był podpis zaufany wykonawcy), wada ta czyniła niemożliwym skorzystanie przez zamawiającego z możliwości dochodzenia swoich roszczeń, jej sanowanie wymagałoby podpisania (a więc wystawienia) dokumentu wadialnego po terminie złożenia ofert (co jest oczywiście nieakceptowalne)
KIO 365/22 KIO 3306/22	Uchybienie w zakresie któregokolwiek z ww. elementów podlegających weryfikacji przez zamawiającego, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl. Przepisy PrZamPubl nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących np. treści złożonego dokumentu gwarancji	Przywołane wyroki dotyczyły uchybień znajdujących się w dokumencie gwarancji związanych z: brakiem wskazania wszystkich konsorcjantów lub braku złożenia podpisów kwalifikowanych (jak wyżej - innymi słowy wykonawca nie złożył dokumentu gwarancji, który umożliwiałby zamawiającemu dochodzenie roszczeń).

14.Z analizy powyższych wyroków Izby wynika bezspornie, że nie są one w żaden sposób związane ze stanem faktycznym mającym miejsce w sprawie. Dotyczą one sytuacji, które przecież nigdy nie miały miejsca w przedmiotowym postępowaniu. W analizowanych przypadkach uchybienia wykonawców jak i samych zamawiających były oczywiste, wręcz podręcznikowe - z taką sytuacją, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Co wreszcie kluczowe (a czego nie dostrzega Odwołujący) - w przywołanych powyżej sprawach wadliwość dokumentów wadialnych uniemożliwiała zamawiającemu (beneficjentowi gwarancji) dochodzenie swoich roszczeń w przypadku ziszczenia się podstaw do jego zatrzymania (tj. jednego z przypadków, o którym mowa w art. 98 ust. 6 Pzp). Tymczasem z taką sytuacją nie mamy do czynienia w postępowaniu.

15.Przystępujący nie kwestionuje, że żaden z przepisów Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania lub wyjaśniania treści wadium, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Chociażby w wyroku z 20.08.2020 r. (sygn. akt: KIO 1771/20) możemy przeczytać, że *„[w]adium stanowi dokument, który nie podlega ani uzupełnieniu, ani wyjaśnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. lub art. 87 ust. 1 p.z.p., natomiast wykładania samego dokumentu, choć dopuszczalna, nie może być rozszerzająca, a raczej powinna odbywać się ściśle."*

16.Niemniej interpretując taki wyrok należy mieć na uwadze również kontekst, w jakim zapadł. W stanie faktycznym przywołanej sprawy wykonawca przedłożył dokument wadialny, który zawierał oczywiste błędy i sprostował go aneksem wystawiony i podpisanym przez gwaranta po terminie składania ofert. Oczywiście takie naruszenie nie podlega jakiekolwiek konwalidacji, w szczególności w formie uzupełnienia dokumentu wadialnego. Taka sytuacja nie ma jednak miejsca w postępowaniu.

ISTOTA GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ I SPOSÓB JEJ POWSTANIA - BRAK PODSTAW DO TWIERDZENIA, INTERESY ZAMAWIAJĄCEGO NIE ZOSTAŁY DOSTATECZNIE ZABEZPIECZONE

17.*Odnosząc się do zarzutów odwołania w pierwszej kolejności należy prawidłowo zdefiniować pojęcie* „gwarancji ubezpieczeniowej", *o której mowa w przepisach Pzp. Urząd Zamówień Publicznych w opinii pod tytułem* „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.*"* (por.) *stwierdził, że:*

„Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie definiują pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, poprzestając w zasadzie na uwzględnieniu gwarancji w katalogu czynności ubezpieczeniowych. Uwzględniając stanowisko Sądu Najwyższego, wyrażone w wyroku z 15.02.2018 r. (sygn. IV CSK 86/17), podejmując próbę

zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej oraz kształtowania jej treści celowym jest uwzględnienie reguł dotyczących ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki SN z 10.02.2010 sygn. V CSK 233/09 oraz z 14.04.2016 r. sygn. II CSK 388/15). W wyroku z 15.02.2018 r. Sąd Najwyższy przyjmując za miarodajne regulacje kształtujące instytucję gwarancji bankowej, podjął się próby zdefiniowania pojęcia gwarancji ubezpieczeniowej, wskazując, iż gwarancja ta jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela - gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w niej „warunków", które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we właściwej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Na gruncie zamówień publicznych wadialna gwarancja ubezpieczeniowa zabezpiecza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosunek prawny pomiędzy beneficjentem gwarancji, a zleceniodawcą gwarancji nawiązany poprzez złożenie oferty w postępowaniu. Zobowiązanie ubezpieczyciela, analogicznie jak zobowiązanie banku z tytułu gwarancji bankowej jest zobowiązaniem pieniężnym, polegającym na zapłacie sumy gwarancyjnej w przypadku wystąpienia gwarantowanego rezultatu. W przypadku postępowań o udzielenie zamówień publicznych rezultatem tym jest ziszczenie się, którejkolwiek z okoliczności wskazanych dyspozycją art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Przepisy ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, odmiennie niż czyni to ustawa Prawo bankowe nie określa formy ustanowienia gwarancji ubezpieczeniowej.*"*

18.*Zgodnie z Kodeksem cywilnym (art. 809 k.c.)* ***dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy, której przedmiotem jest ubezpieczeniowa gwarancja wadialna, jest polisa****. Potwierdza to literatura przedmiotu, wskazując, że w „*ubezpieczyciele stosują ***formę pisemną dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy w postaci polisy*** [...] do której ubezpieczający wypełnia stosowny, również pisemny wniosek. Praktyka ta znajduje uzasadnienie w treści art. 809, który wymaga potwierdzenia zawarcia umowy. Polisa spełnia więc tę funkcję.*" (por. G. Sikorski [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. J. Ciszewski, P. Nazaruk, LEX/el. 2023, art. 809.).*

19.Taki stan rzeczy ma swoje daleko idące konsekwencje, bowiem prawidłowe ustanowienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej skutkuje powstaniem węzła obligacyjnego pomiędzy Ubezpieczycielem a beneficjentem gwarancji.

20.W zaistniałych okolicznościach dokument polisy zawiera wszystkie niezbędne elementy ***(essentialia negotii)*** składające się na treść tak rozumianego stosunku zobowiązaniowego, tj. precyzyjne określenie gwaranta i beneficjenta gwarancji, kwotę gwarancji, określenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dane podmiotu zobowiązanego (ubezpieczającego). Finalnie zaś zawiera podpis osoby umocowanej do jej wystawienia w postaci podpisu kwalifikowanego (data złożenia podpisu to 19.07.2023 r. godz. 15:52:08).

21.Zgodnie z orzecznictwem Izby „Wniesienie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia obejmować musi swoim zakresem nie tylko sam fakt ustanowienia wadium, ale także (jeżeli jego wniesienie następuje w formie poręczenia lub gwarancji) ***złożenie dokumentu potwierdzającego, że wadium zostało faktycznie ustanowione.***" (sygn. akt KIO 406/20).

22.W niniejszej sprawie, mając na uwadze treść przywołanych powyżej przepisów Kodeksu cywilnego, należy stwierdzić, że wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej zostało ustanowione w prawidłowy i ważny sposób. Tym samym powstał stosunek obligacyjny pomiędzy Zamawiającym a Ubezpieczycielem (oparty o przepisy Kodeksu cywilnego, a nie Pzp). W kontekście procedury zamówieniowej bezspornym natomiast jest to, że **ten dokument (polisa)** został złożony przed upływem terminu składania ofert.

23.Wbrew twierdzeniom Odwołującego Zamawiający dysponował więc dokumentem pozwalającym mu na skorzystanie z wadium. Jedyną wątpliwością, która musiał rozstrzygnąć, było to, czy zakres ochrony wynikający z takiego wadium odpowiadał zakresowi ochrony wynikającemu z art. 98 ust. 6 Pzp.

24.Skoro istniał ważny stosunek zobowiązaniowy pomiędzy Ubezpieczycielem a Zamawiającym, to ten ostatni miał pełne prawo zwrócić się do Ubezpieczyciela z prośba o udzielenie dodatkowych informacji. Nie na podstawie przepisów Pzp (bowiem nie przewidują one takiego uprawnienia) lecz na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego z uwagi na powstanie stosunku zobowiązaniowego. Taką możliwość potwierdza art. 8 ust. 1 Pzp, który stanowi, że *„[d]o czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1360, 2337 i 2339 oraz z 2023 r. poz. 326),* ***jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej".***

25.Pzp nie reguluje materii dot. możliwości badania treści ważnego i istniejącego stosunku zobowiązaniowego powstałego pomiędzy gwarantem a zamawiającym, z tego powodu należy uznać, że w niniejszej sprawie przywołany przepis znajduje zastosowanie. W konsekwencji Zamawiający nie naruszył przepisów procedury we wskazanym przez Odwołującego zakresie.

26.W wyniku skorzystania z powyższego uprawnienia Zamawiający otrzymał informacje, z których wynika, że ma prawo skorzystać z wadium w sposób, który zabezpiecza jego interesy przed niepożądanym działaniem Przystępującego. **Uprawnienie to przysługiwało (i przysługuje) mu od momentu otwarcia ofert** i nie zostało w żaden sposób zmodyfikowane lub uzupełnione na skutek następczych działań podjętych przez Ubezpieczyciela lub samego Przystępującego (tak jak ma to miejsce w wyrokach przywołanych przez Odwołującego). Zapewnienie Zamawiającemu oczekiwanej ochrony nie wymaga zatem jakichkolwiek działań (w tym w szczególności modyfikacji polisy czy gwarancji,

względnie innej formy ingerencji w te dokumenty).
27.Załącznik do polisy został podpisany z wykorzystaniem podpisu kwalifikowanego w dniu 19.07.2023 r. o godzinie 15:57:21, **a więc w tej samej dacie, co dokument polisy**. Co istotne, z treści załącznika wynikają uprawnienia Zamawiającego określone w art. 98 ust. 6 Pzp (powtórzone w treści SWZ).**Załącznik ten od dnia 19.07.2023 r. nie został w żaden sposób zmodyfikowany lub poprawiony przez Ubezpieczyciela**, gdyż skutkowałoby to nieważnością certyfikatu dla podpisu.
28.*Cechą charakterystyczną podpisu kwalifikowanego jest to, że „*charakteryzuje się unikalnością i niepowtarzalnością, niemożliwością podrobienia, łatwością wygenerowania i weryfikacji, jak również pozwala na pewne ustalenie tożsamości sygnatariusza oraz zapewnia integralność opatrzonego nim oświadczenia woli. Powyższe cechy gwarantują wysoki stopień bezpieczeństwa w odniesieniu do dokonywanej czynności prawnej." *(por. M. Maciejewska-Szałas [w:] Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, red. M. Balwicka-Szczyrba, A. Sylwestrzak,* LEX/el. 2023, art. 78^1). Co więcej, dokument podpisany z jego wykorzystaniem (z uwagi na sposób jego certyfikacji) tak naprawdę zawiera datę pewną.
29.Jakakolwiek próba zmiany dokumentu podpisanego z wykorzystaniem podpisu kwalifikowanego będzie skutkowało - **automatycznie** - brakiem walidacji (ważności) samego podpisu i będzie możliwe do zweryfikowania w bardzo łatwy i prosty sposób przez dowolny podmiot. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie.
Przystępujący ustanowił zatem wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa i na tą okoliczność przedłożył Zamawiającemu stosowny dokument (polisę) przed upływem terminu składania ofert. Dokument polisy potwierdza istnienie stosunku zobowiązaniowego pomiędzy uprawniony a gwarantem - z tej przyczyny Zamawiający mógł zwrócić się do Ubezpieczyciela z prośbą o udzielenie wyjaśnień co do zakresu uprawnień wynikających z gwarancji (co pozostaje poza przepisami Pzp). Z informacji udostępnionych przez Ubezpieczyciela wynika, że interes Zamawiającego był zabezpieczony przed upływem terminu składania ofert w sposób zgodny z treścią przepisów Pzp oraz postanowień SWZ.
Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego 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. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ”*, oferty Przystępującego, Polisy Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawionej przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Aneksu Nr 1 z dnia 24.07.2023 r. do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawionego przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017z 19.07.2023 r. wystawionego przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A., korespondencji e-mailowej z 23.08.2023 r. pomiędzy Zamawiającym a UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. (wezwania do wyjaśnień oraz udzielonych wyjaśnień wraz z uzupełnieniem brakującego dokumentu: Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawionego przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.) oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 18.10.2023 r.

Względem złożonej przez Przystępującego na rozprawie opinii Z-cy. Dyrektora Biura Ubezpieczeń Budowlano - Montażowych z firmy Maentor S.A. z 13.11.2023 r., Izba przypomina za judykaturą, że ma ona charakter opinii prywatnej, która jednakże nie może stanowić dowodu w sprawie wskazując, iż na podstawie art. 278 k.p.c opinią biegłego jest wyłącznie opinia sporządzona przez osobę wyznaczoną przez sąd (uzasadnienie wyroku SN z 10.12.1998 r., I CKN 922/97). Według judykatury, nie może być traktowana jako dowód w postępowaniu opinia biegłego (w tym również biegłego sądowego) sporządzona na polecenie strony i złożona do akt sądowych (za wyrokiem SO we Wrocławiu z 22.01.2009 r., sygn. akt: X Ga 22/08). W konsekwencji stwierdzając, że niniejsza opinia prywatna stanowi stanowisko strony, w tym także w tym wypadku Przystępującego, stanowią one jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń. Stanowisko doktryny jasno pokazuje, że ekspertyza prywatna nie może być podstawą wniosków sądu pozostających w opozycji do stanowiska strony przeciwnej. W orzecznictwie SN wyrażono także stanowisko, że gdyby ekspertyzę prywatną przyjęto za podstawę orzeczenia, stanowiłoby to istotne uchybienie procesowe, które mogłoby być nawet podstawą skutecznego zarzutu apelacyjnego (tak SN w wyroku z 29.09.1956 r., III CR 121/56, OSN 1958, nr 1, poz. 16).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę treść odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego Przystępującego, jak i stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:
1)art. 226 ust. 1 pkt 14 w związku z art. 226 ust. 1 pkt 3 oraz art. 97 ust. 5 PrZamPubl. przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą Prawo zamówień publicznych zaniechanie odrzucenia oferty Polimex, w sytuacji w której wykonawca ten nie wniósł, ewentualnie wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, co stanowi podstawę do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl,
2)art. 223 ust. 1 w zw. z art. 97 ust. 5 i art. 226 ust. 1 pkt 14 PrZamPubl. poprzez niewłaściwe zastosowanie polegające na bezpodstawnym i bezzasadnym uznaniu, iż treść dokumentu wadium (gwarancji ubezpieczeniowej) może być przedmiotem wyjaśnień, jak również może być dokumentem podlegającym uzupełnieniu (negocjacji), podczas gdy: a) z treści przepisów wprost wynika, że wadium powinno być wniesione w sposób prawidłowy już w dniu składania ofert, b) przepisy PrZamPubl. nie przewidują procedury wyjaśnienia treści wadium,c) ewentualne wezwanie do wyjaśnień może być kierowane wyłącznie do wykonawcy, a nie gwaranta (wystawcy wadium), d) jeśli uznać, że przepis art. 223 ust. 1 PrZamPubl.) ma zastosowanie do wadium, nie jest dopuszczalne negocjowanie treści tego dokumentu, co oznacza, iż w świetle przepisów ustawy PrZamPubl. Zamawiający nie posiada narzędzi pozwalających mu na konwalidację lub wyjaśnienie treści wniesionego wadium, a treść oświadczenia uzupełniającego skutkowała bezzasadnym uznaniem przez Zamawiającego prawidłowości złożonego przez Polimex wadium,
3)art. 16 PrZamPubl. poprzez naruszenie zasad nakazującej prowadzenie postępowaniaw sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w sposób przejrzysty i proporcjonalny,
4)art. 17 ust. 2 PrZamPubl.poprzez udzielenie zamówienia Polimex z naruszeniem przepisów PrZamPubl., któreto naruszenia miały wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, pisma procesowego Przystępującego, jak i odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Należy wskazać, że nie było sporu co do istniejącego stanu faktycznego, ale jedynie co do oceny czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

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 mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające uwzględnieniu.
W pierwszej kolejności należy zgodzić się, że wadium wnoszone w formie gwarancji ubezpieczeniowej z jej treści musi jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (ubezpieczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie, bezwarunkowo na pierwsze żądanie Zamawiającego, bez konieczności potwierdzenia tych okoliczności, tak też oczekiwał Zamawiający w SWZ (pkt 9.6 i 9.7). Zamawiający wskazał, że dokumenty te muszą być złożone wraz z ofertą za pośrednictwem systemu zakupowego Zamawiającego. Nie wniesienie wadium w terminie lub w sposób określony w SWZ miało spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp (pkt 9.13 SWZ).
Przystępujący załączył wraz z ofertą polisę (Polisę Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawioną przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.) oraz aneks nr 1 (Aneks Nr 1 z dnia 24.07.2023 r. do Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawiony przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.). Nie został załączony stanowiący załącznik do polisy dokument gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium (Gwarancja ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawiona przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.). Inaczej mówiąc nie załączono dokumentu wadialnego, z którego wynikałyby warunki, od spełnienia których uzależniona jest możliwość skorzystania z wadium (nieodwołanie, bezwarunkowo, na pierwsze żądanie). W konsekwencji, mimo dysponowaniem przez Zamawiającego polisą, która jest dokumentem potwierdzającym zawarcie umowy, której przedmiotem jest ubezpieczeniowa gwarancja wadialna, istniały wątpliwości, z racji braku gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, czy wadium zostało złożone, czy też nie. Nadto, czy zakres ochrony wynikający z takiego wadium odpowiadał zakresowi ochrony wynikającemu z art. 98 ust. 6 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Przystępującego, jak i Zamawiającego, że z racji art. 8 ust. 1 Pzp mają zastosowanie przepisy kodeksu cywilnego, a w efekcie Zamawiający miało prawo zwrócić się do Ubezpieczyciela z wnioskiem o udzielnie dodatkowych informacji. Przystępujący nie wskazał, które przepisy kodeksu cywilnego w wypadku powstania węzła obligacyjnego takiego, jak miało to miejsce, na to zezwalają. Nadto, także Przystępujący przyznał, że żaden przepis Pzp nie przewiduje procedury uzupełniania lub wyjaśniania treści wadium, co potwierdza orzecznictwo (również przywołane przez Przystępującego w piśmie procesowym).

W przedmiotowym stanie faktycznym nie mamy do czynienia jedynie z wyjaśnieniami Wystawcy gwarancji, ale de facto uzupełnieniem gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej o kluczowy dokument, gdyż wraz z wyjaśnieniami uzyskał Zamawiający brakujący dokument (gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium) /korespondencja e-mailowej z 23.08.2023 r. pomiędzy Zamawiającym a UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A. - wezwanie do wyjaśnień oraz udzielone

wyjaśnienia wraz z uzupełnieniem brakującego dokumentu: Gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium Nr 727500128017 z 19.07.2023 r. wystawionego przez UNIQA Towarzystwo Ubezpieczeń S.A./. W efekcie Izba podtrzymuje stanowisko orzecznictwa, tj. brak możliwości wyjaśnienia treści gwarancji wadialnej, czy też polisy w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, czy też jej uzupełnienia, albowiem dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie stanowią treści oferty.

Nadto, de facto Zamawiający wszedł w posiadanie przedmiotowego dokumentu gwarancji po terminie składnia ofert, na skutek uzyskanych wyjaśnień. Kwestia, że dokument wadialny jest wystawiony i podpisany w tej samej dacie co polisa jest bez znaczenia, bo art. 97 ust. 5 Pzp stanowi, że wadium wnosi się, a nie wystawia.

Izba uznała, że interes Zamawiającego tak prawny, jak i finansowy w postaci polisy bez dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty w terminie składania ofert nie był zabezpieczony. Jego zabezpieczenie nastąpiło de facto wtórnie przez Wystawcę gwarancji poprzez wyjaśnienia i uzupełnienie brakującego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty po terminie składnia ofert. Takie działanie Izba uznaje za niedopuszczalne, z racji braku możliwości wyjaśnienia treści gwarancji, jak jej uzupełnienia.

Przywołany przez Zamawiającego na rozprawie art. 128 ust. 5 Pzp nie dotyczy wadium, ale JEDZ-a lub podmiotowych środków dowodowych, czyli dokumentów postępowania, stąd stanowisko Zamawiającego i powołanie się na ten przepis jest błędne.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut trzeci i czwarty, z uwagi na ich wynikowy charakter z racji uwzględnienia zarzutu pierwszego i drugiego, także podlegają uwzględnieniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwotę 20 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika, czyli łącznie 23 600 zł 00 gr - na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww 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).

Przewodniczący:

……