

Sygn. akt: KIO 2394/18

WYROK

z dnia 4 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 grudnia 2018 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 listopada 2018r. przez **wykonawcę R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe BAUMARK R. S. z siedzibą w Wyszkanie, ul. Świętojańska 106** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Miasto Radom – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu, ul. Traugutta 30/30a**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe BAUMARK R. S. z siedzibą w Wyszkanie, ul. Świętojańska 106** i powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem tego wykonawcy,
2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Radom – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu, ul. Traugutta 30/30a** i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe BAUMARK R. S. z siedzibą w Wyszkanie, ul. Świętojańska 106** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Gminy Miasto Radom – Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji z siedzibą w Radomiu, ul. Traugutta 30/30a** na rzecz **R. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe BAUMARK R. S. z siedzibą w Wyszkanie, ul. Świętojańska 106** kwotę 11 100 zł. 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej 9 i 12 w Radomiu, ul. Wojska Polskiego i ul. Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 października 2018r. za numerem 635452-N-2018.

W dniu 15 listopada 2018r. zamawiający poinformował, że przetarg nieograniczony na kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego" został unieważniony na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dn. 29.01.2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2018r., poz. 1986), ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W postępowaniu złożono trzy oferty. Zamawiający:

- odrzucił na podstawie art. 89. ust. 1 pkt 7b ww. ustawy, ofertę firmy PHU BAUMARK, ul. Świętojańska 106, 07-202 Wyszaków, z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, tj. załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa;

- wykluczył, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy, firmę Multiconsult Polska Sp. z o.o., ul. Bonifraterska 17, 00-203 Warszawa, ponieważ nie wykazała spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 9.1.1. SIWZ, tj. nie posiada usług w zakresie pełnienia nadzoru inwestorskiego wykonanego - zakończonego w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (bez uwzględnienia okresu rękojmi i gwarancji na obiektach). Oferta ww. firmy podlega również odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 ww. ustawy.

W postępowaniu pozostała tylko oferta firmy: NBQ Sp. z o.o., ul. Tadeusza Wendy 10C, 70-655 Szczecin. Cena ww. oferty (1.648.200,00 zł) przewyższa środki przewidziane przez zamawiającego (1.000.000,00 zł) na realizację ww. zamówienia. Nie jest możliwe zwiększenie środków do kwoty zaoferowanej przez ww. firmę.

W dniu 19 listopada 2018r. wykonawca R. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe BAUMARK R. S. z siedzibą w Wyszakowie, ul. Świętojańska 106 – dalej odwołujący wniósł osobiście odwołanie. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 listopada 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- art. 89 ust 1. Pkt 7 b poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, gdzie wadium odwołującego było wniesione w sposób prawidłowy

- art. 93 ust 1 pkt 4 poprzez unieważnienie postępowania gdy cena odwołującego nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza, a odwołujący odniósłby korzyść w wyniku realizacji zamówienia. Szkodę w tym przypadku należy definiować jako brak możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia, a tym samym brak możliwości osiągnięcia zysku.

Zamawiający pismem z dnia 11 października 2018 r. przesłanym drogą elektroniczną w dniu 15 listopada 2018 r. godz. 15:41 poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 ponieważ cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a także o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy tj. załączona do oferty gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa - w gwarancji wpisano niewłaściwą nazwę postępowania.

Odwołujący podniósł, iż dokonana przez zamawiającego czynność odrzucenia oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy jest błędna. Odwołujący wniósł wadium w sposób jak najbardziej prawidłowy tj. w formie gwarancji ubezpieczeniowych. Zarzut zamawiającego, iż gwarancja jest wadliwa z powodu wpisania niewłaściwej nazwy postępowania jest zupełnie nietrafiony ponieważ gwarancja określa prawidłową nazwę beneficjenta tj. Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji - Działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia z siedzibą: ul. Traugutta 30/30 A 26- 600 Radom, określa prawidłową kwotę gwarantowaną tj., 10 000,00 zł , określa prawidłowy termin ważności gwarancji, a przede wszystkim jest gwarancją nieodwoalną i bezwarunkową płatną na każde żądanie zamawiającego. W związku z powyższym wpisana nieprawidłowa nazwa zadania w gwarancji wadliwej tj. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i nr 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego" która powinna brzmieć: kompleksowy Nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudowa ul. Zwolińskiego" nie powinna mieć wpływu na odrzucenie oferty odwołującego zważywszy, że Zamawiający w tym okresie nie prowadził żadnego postępowania przetargowego o podobnej

nazwie.

W związku z unieważnieniem postępowania przez zamawiającego na podstawie art. 93 ust 1 pkt 4 odwołujący stwierdził, iż przepis ten nie powinien mieć tu zastosowania, a powodem tego jest fakt, iż oferta odwołującego nie przewyższa kwoty jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W dniu 29 listopada 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i dopuszczenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odpowiedzi.

Zamawiający wskazał, że w pkt. 14.2 SIWZ określił, jakie minimalne wymogi powinna spełniać gwarancja bankowa lub gwarancja ubezpieczeniowa stanowiąca formę wniesienia wadium, w tym m.in. „określać przedmiot gwarancji, nazwę zamówienia wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia "(tiret 4).

Odwołujący złożył w ofercie dokument Wadium (Gwarancja Ubezpieczeniowa) Nr 903012807102 z dnia 2018-10-18. W treści tego dokumentu wystawionego przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. wskazano, że Wykonawca składa ofertę na „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul Zbrowskiego do ul Kozienickiej wraz z przebudową ul Zwolińskiego (dalej zwana „Ofertą”),

Dokument został wystawiony na inne zamówienie (niż wynikające z SIWZ) ogłoszone przez zamawiającego. Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na usługę polegającą na kompleksowym nadzorze inwestorskim nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ul. Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”, a nie jak wynika z treści Wadium na roboty budowlane polegające na „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu ulicy Wojska Polskiego i ul, żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego.

W dniu 16 listopada 2018 r, po unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający pismem znak: NK.3128.2018.MR.097/343 zwrócił odwołującemu oryginał gwarancji wadialnej nr 903012807102. Natomiast pismem z dnia 23 listopada 2018 r. (data wpływu do MZDiK 26 listopada 2018 r.). Wykonawca ponownie złożył zwróconą mu gwarancję ubezpieczeniową jako wadium.

dowód: pismo z dnia 16.11.2018 r. znak: NK.3128.2018.MR.097/343, dowód: pismo z dnia 23.11.2018 r.

Po ogłoszeniu przez zamawiającego informacji o unieważnieniu postępowania, odwołujący poza odwołaniem złożył do zamawiającego pismo datowane na dzień 19 listopada 2018 r. (data wpływu do MZDiK 21 listopada 2018 r.) dotyczące „unieważnienia czynności unieważnienia przetargu jak również unieważnienia czynności odrzucenia oferty

odwołującego”. Po ww. pisma załączył pismo o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 22 grudnia 2018 r. i aneks nr 1 do Wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) nr 903012807102 z dnia 2018-10-18. Z treści aneksu wystawionego w dniu 19 listopada 2018 r. wynika, że zmienia się nazwa zamówienia „W związku z powyższym prawidłowa nazwa zamówienia brzmi: Kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ulicy Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego – nr postępowania. Skoro odwołujący wystąpił do Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO HESTIA S.A. o sporządzenie aneksu gwarancji w zakresie nazwy zadania i numeru postępowania, to tym samym przyznał, że gwarancja wadium zawierała w swej treści błąd, który skutkowało uznaniem, że wadium zostało wadliwie wniesione.

dowód: pismo z 19.11.2018 r. (data wpływu do MZDiK 21.11.2018 r.) wraz z załącznikami Aneks nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej został wystawiony w dniu 19 listopada 2018 r., czyli po tym, jak zamawiający podał informację o unieważnieniu postępowania i przyczynach takiej decyzji (15 listopada 2018 r.) oraz po tym jak oryginał dokumentu wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) został wysłany do zwrotu wykonawcy (16 listopada 2018 r.).

Jak wskazuje orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wyrok sygn. akt: KIO 2489/16 z dnia 13.01.2017 r. dokument wadium nie podlega konwalidacji, ani uzupełnieniu. A zatem dokument gwarancji ubezpieczeniowej bądź bankowej składany jako wadium to dokument, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ani poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach.

Zamawiający w pkt. 14.2 SIWZ wskazał jakie elementy ma zawierać wadium „określać przedmiot gwarancji, nazwę zamówienia wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”(tiret 4). Zamawiający tak określając jeden z elementów gwarancji zawarty w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w jednym z podstawowych dokumentów postępowania) wskazał, że jest to jej element istotny. Wobec czego błąd w nazwie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, który znalazł się w gwarancji ubezpieczeniowej, jest błędem w jej kluczowym elemencie i z tego powodu należało traktować taką gwarancję jako wadliwe wniesienie wadium. W ocenie zamawiającego nie może zostać potraktowany jako nieistotny albo jako omyłka, która nie ma wpływu na ocenę złożonej oferty. Jak wskazał Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 9 kwietnia 2017 r. sygn. akt.: KIO 531/17 „Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie zamawiającemu wypłacona” Błąd w nazwie postępowania powodował, że zamawiający nie miał absolutnej pewności, co do tego, że gdyby doszło do przypadku określonego w ustawie, który uprawniałby zamawiającego do skorzystania z zabezpieczenia to kwota wadium

zostałaby mu wypłacona. Zamawiający w związku z prowadzoną przez siebie statutową działalnością ma dużo negatywnych doświadczeń z firmami ubezpieczeniowymi, które „chwytają się” każdego nawet najdrobniejszego szczegółu (omyłki, pomyłki), aby ograniczyć swoją odpowiedzialność (od ograniczenia wypłaty aż do odmowy wypłaty świadczeń) wynikających z zawartych umów ubezpieczeniowych. Z samej istoty wadium wynika, że zabezpiecza ono złożoną ofertę do momentu zawarcia umowy, a zatem przez cały okres związania ofertą. Powołał się na wyrok Sądu Najwyższego w wyroku sygn. akt. I CSK 448/10 i glosę aprobowaną, wyrok Izby z dnia 11 marca 2015 r. sygn. akt: KIO 368/15.

Dodać należy, że zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na usługę polegającą na kompleksowym nadzorze inwestorskim nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ul. Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego” po raz drugi.

Pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego toczyło się pod numerem NZ.8161.68.2018 r. Na przetarg wpłynęły dwie oferty firm Multiconsult Polska sp. z o. o. i PHU Baumark. Postępowanie to zostało unieważnione, ponieważ oferta firmy Muliconsult Polska sp. z o. o. przewyższała kwotę, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, natomiast firma odwołującego została wykluczona z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wówczas wadium miało formę pieniężną. Pismem z dnia 30 lipca 2018 r. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego o zmianę zabezpieczenia wadium z formy pieniężnej na gwarancję ubezpieczeniową nr 903012722096 z dnia 2018-07-26, którą załączył do pisma. MZDiK pismem z dnia 3 sierpnia 2018 r. odpowiedział, że w SIWZ zamawiający nie przewidział zmiany formy wniesionego wadium po upływie terminu składania ofert, a ponadto, że ustawa nie przewiduje takiej zmiany. Dodatkowo zamawiający wskazał odwołującemu, że załączona do pisma gwarancja ubezpieczeniowa jest wadliwa - w gwarancji błędnie wpisano nazwę postępowania.

dowód: pismo z dnia 30.07.2018 r. (wpływ do MZDiK 31.07.2018 r.) dowód: pismo z dnia 3.08.2018 r. znak: NZ.8161.68.16.2018.AD

W tych okolicznościach trudno jest wytłumaczyć działanie odwołującego, który z poprzedniego postępowania nr NZ.8161.68.2018 posiadał wiedzę, że gwarancja ubezpieczeniowa zawiera błędną nazwę zadania, powielił ten sam błąd w kolejnym postępowaniu.

Dla wyjaśnienia wskazać należy, że zamawiający w roku bieżącym prowadził w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ul. Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ulicy Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego (nr NZ.8161.27.2018)”.

dowód: wydruk ogłoszenia ze strony internetowej MZDiK ogłoszenie nr 2018/S 059-129578. Z powyższych względów złożenie przez PHU Baumark w kolejnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (nr NZ.8161.105.2018), którego przedmiotem jest taka sama usługa jak w postępowaniu nr NZ.8161.68.2018 a polegająca na kompleksowym nadzorze inwestorskim nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ul. Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”, dokumentu wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) Nr 903012807102 z dnia 2018-10-18 zawierającego informację, że wykonawca składa ofertę na „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego, stanowi wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, z uwagi na to, że w gwarancji wpisana jest niewłaściwa nazwa postępowania.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz oraz oferty odwołującego i informacji o unieważnieniu postępowania.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia nosiła tytuł „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia na kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”

Nazwa i adres zamawiającego

Miejski Zarząd Dróg i Komunikacji - działający w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia
ul. Traugutta 30/30A

26-600 Radom

Opis przedmiotu zamówienia

3.1. Przedmiotem zamówienia jest kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”.

14. Wymagania dotyczące wadium i zaliczek

14.1. Wykonawca zapewni jako część swojej oferty wadium w wysokości 10.000,00 PLN (słownie: dziesięć tysięcy złotych).

14.2. Wadium należy wnieść na okres związania ofertą tj. od 22.10.2018r. do 20.11.2018r., w terminie do dnia 22.10.2018r. do godz. 1100.

Wadium może być wniesione w pieniądzu w formie przelewu na konto Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji w Radomiu nr 19124032591111000030026085 w PEKAO S.A. II

O/Radom, ul. Piłsudskiego 15, poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej (z tym, że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym), gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 09.11.2000r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity Dz. U. z 2018r., poz. 110 ze zm.).

Potwierdzenie wniesienia wadium (oryginał dokumentu) należy dołączyć do oferty.

W przypadku składania wadium w formie przelewu pieniędzy na konto MZDiK, wykonawca złoży w ofercie oryginał lub kserokopię przelewu potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Oferta wykonawcy niezabezpieczona akceptowalną formą wadium zostanie przez zamawiającego odrzucona z postępowania.

Kasa MZDiK nie przyjmuje wpłat gotówkowych.

Gwarancja bankowa lub gwarancja ubezpieczeniowa, stanowiąca formę wniesienia wadium, winna spełniać co najmniej następujące wymogi:

- określać beneficjenta gwarancji, tj.: jego nazwę i adres,
- określać kwotę gwarantowaną w PLN,
- określać termin ważności gwarancji,
- określać przedmiot gwarancji, nazwę zamówienia wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- być gwarancją samoistną, nieodwołalną i bezwarunkową, płatną na każde żądanie,
- przewidywać wszystkie przypadki utraty wadium – zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy (wymienione w pkt 14.5 niniejszej specyfikacji),
- w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, winna w swej treści, wymienionych mieć wszystkich członków konsorcjum/wspólników spółki cywilnej.

14.3. Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na wskazany w pkt 14.2. niniejszej specyfikacji rachunek bankowy zamawiającego najpóźniej przed upływem terminu składania ofert.

14.4. Wadium wniesione w pieniądzu będzie przechowywane przez zamawiającego na rachunku bankowym. Zwrot wadium wniesionego w pieniądzu następuje wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

14.5. Zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy zamawiający zatrzyma wadium wraz z odsetkami, w przypadku gdy:

- wykonawca, którego oferta zostanie wybrana:

a) odmówi podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych

w ofercie,

b) nie wniesie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

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

14.6. Wadium zostanie zwrócone zgodnie z art. 46 ustawy.

14.7. Zamawiający nie przewiduje udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówienia.

W gwarancji ubezpieczeniowej nr 903012807102 z dnia 18 października 2018r. wskazano nazwę i adres odwołującego, wskazano, że składa on ofertę na Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego, przedstawiono, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia SA jest zobowiązane wobec Miejskiego Zarządu Dróg i Komunikacji działającego w imieniu i na rzecz Gminy Miasta Radomia z siedzibą ul. Traugutta 30/30a 26-600 Radom w kwocie 10 000zł. zobowiązuje się wypłacić zamawiającemu. Podejmuje się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w tym żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Gwarancja jest ważna od dnia 22 października 2018 do dnia 22 grudnia 2018r. włącznie. Wszelkie roszczenia gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.

W dniu 16 listopada 2018r. zamawiający zwrócił odwołującemu dokument wadium.

W dniu 21 listopada 2018r. odwołujący wniósł do zamawiającego o unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty stojąc na stanowisku, że gwarancja jest wystawiona prawidłowo tj.: na prawidłowo określonego zamawiającego, prawidłową kwotę, na prawidłowy okres i jest gwarancją nieodwołalną i bezwarunkowo płatną na każde żądanie zamawiającego bez konieczności uzasadnienia, co wskazuje na to, że niepoprawna nazwa postępowania nie ma wpływu na wypłacenie zamawiającemu kwoty gwarancyjnej. Do pisma załączono oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz aneks nr 1 do gwarancji, w którym zmieniono nazwę zamówienia na kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku

od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego" nr postępowania NZ.8161.105.2018.

W dniu 26 listopada 2018r. odwołujący przesłał odesłaną gwarancję ubezpieczeniową nr 903012807102 i stwierdził, że aneks do tej gwarancji jest w posiadaniu zamawiającego.

Zamawiający o wniesieniu odwołania poinformował w dniu 20 listopada 2018r.

W dniu 31 lipca 2018r. we wcześniejszym postępowaniu odwołujący wniósł o zmianę formy zabezpieczenia z formy pieniężnej na gwarancję ubezpieczeniową. Do pisma załączono gwarancję nr 903012722096 z dnia 26 lipca 2018r. w której jako przedmiot zamówienia wskazano „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”.

W dniu 3 sierpnia 2018r. zamawiający nie wyraził zgody na zmianę formy zamówienia z uwagi na brak podstawy prawnej w ustawie i nie przewidzenie takiej możliwości w siwz i jednocześnie zamawiający zwrócił odwołującemu uwagę, że załączona do pisma gwarancją jest wadliwa – w gwarancji błędnie wpisano nazwę postępowania.

Z ogłoszenia o zamówieniu wynika, że zamawiający ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2018/S 059-129578w dacie 24 marca 2018r. wszczął postępowanie na Przebudowę drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody w związku z potencjalnym naruszeniem przepisów ustawy przez zamawiającego, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust 1. Pkt 7 b przez odrzucenie oferty odwołującego z powodu wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy, gdzie wadium odwołującego było wniesione w sposób prawidłowy

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt. 7b ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w

sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W ocenie Izby pomiędzy stronami bezsporne było, że wadium w niniejszej sprawie zostało wniesione przed upływem terminu składania ofert w formie gwarancji ubezpieczeniowej Towarzystwa Ubezpieczeń Ergo Hestia SA. Bezsporne jest także to, że zamawiający w siwz wymagał dla wadiów wnoszonych w innych formach niż pisemna określenia przedmiotu gwarancji, nazwy zamówienia wynikającą ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bezsporne było także to, że nazwa zamówienia określona w siwz przez zamawiającego, to „kompleksowy nadzór inwestorski nad prowadzonymi robotami na zadaniu pn. „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego””, i bezsporne jest to, że w gwarancji ubezpieczeniowej odwołującego przedmiot określono jako „Przebudowa drogi krajowej nr 9 i 12 w Radomiu - ulicy Wojska Polskiego i ulicy Żółkiewskiego na odcinku od ul. Zbrowskiego do ul. Kozienickiej wraz z przebudową ul. Zwolińskiego”. Niewątpliwie też jest to, że przedmiot określony przez zamawiającego to usługa w rozumieniu art. 2 pkt. 10 ustawy, a przedmiot podany przez odwołującego, to robota budowlana w rozumieniu art. 2 pkt 8 ustawy.

Przedmiotem sporu jest natomiast, czy gwarancja ubezpieczeniowa, która określa niepełny, niezgodny z nazwą zamówienia wynikającą z siwz przedmiot gwarancji jest gwarancją nieprawidłowo w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy. Aby odpowiedzieć na tak postawione pytanie należy zbadać, co powinna określać gwarancja. Przepisy ustawy w art. 45 ustawy określają, kiedy zamawiający ma obowiązek a kiedy uprawnienie do żądania wadium, kiedy należy je wnieść, maksymalną wysokość wadium oraz formę wniesienia wadium. Ustawa nie określa minimalnych wymagań wobec treści samej gwarancji. Ustawa o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej nie zawiera definicji umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Taką definicję zawiera art. 81 prawa bankowego, jak również prawo bankowe w art. 85 określa akredytywę dokumentową.

Zgodnie z tymi przepisami :

W art. 81 ust. 1 prawa bankowego 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. Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności.

Natomiast akredytywa dokumentowa występuje, gdy bank, działając na zlecenie klienta, ale we własnym imieniu (bank otwierający akredytywę), może zobowiązać się pisemnie wobec osoby trzeciej (beneficjenta), że dokona zapłaty beneficjentowi akredytywy ustalonej kwoty pieniężnej, po spełnieniu przez beneficjenta wszystkich warunków określonych w akredytywie

(akredytywa dokumentowa). Zgodnie z ust. 2 art. 85 pr. Bankowego akredytywa dokumentowa musi w szczególności zawierać: nazwę i adres zleceniodawcy i beneficjenta, kwotę i walutę akredytywy, termin ważności akredytywy oraz opis dokumentów, po których przedstawieniu beneficjent jest uprawniony do żądania wypłaty w ramach akredytywy. Zobowiązanie banku otwierającego staje się wymagalne z chwilą przedstawienia przez beneficjenta dokumentów zgodnie z warunkami akredytywy.

W ocenie Izby zatem minimalnymi wymaganiami jakie musi spełniać dokument gwarancji wadialnej jest określenie gwaranta, określenie beneficjenta, określenie warunków zapłaty, na które składają się wysokość sumy gwarancyjnej, okres ważności zobowiązania gwaranta, a także sposób zgłoszenia żądania. W ocenie Izby zamawiający tych elementów wymagał i były to żądania :

- określenia beneficjenta gwarancji, tj.: jego nazwę i adres,
- określenia kwotę gwarantowaną w PLN,
- określenia termin ważności gwarancji,
- charakteru gwarancji jako samoistnej, nieodwołalnej i bezwarunkowej, płatnej na każde żądanie,
- przewidywać wszystkie przypadki utraty wadium – zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy (wymienione w pkt 14.5 niniejszej specyfikacji).

Wśród tych elementów nie mieści się jednak w ocenie Izby żądanie określenia przedmiotu gwarancji zgodnego z nazwą zamówienia określoną w siwz. W ocenie Izby ten element nie może przesądzać o prawidłowości wystawienia gwarancji wadialnej z dwóch powodów:

1. wadia w innych formach niż pieniężna w ustawie nie mają przewidzianych szczególnych rozwiązań prawnych, co do ich treści, tym samym skoro w opisie przelewu zamawiający nie wymagał wskazania przedmiotu przelewu zgodnie z nazwą zamówienia opisaną w siwz, to z tego powodu nie może także skutecznie wykluczyć wykonawcy wnoszącego wadium w innej formie niż forma pieniężna. W ocenie Izby bowiem naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców.
2. Obowiązek wskazania podstawy zlecenie wystawienia gwarancji bankowej czy ubezpieczeniowej nie przewidują przepisy ustawy te zagadnienia regulujących, tym samym brak wskazania, że wykonawca zlecający wystawienie gwarancji ubiega się o konkretne zamówienie nie jest przesłanką konieczną powstania odpowiedzialności gwaranta. Podstawą tej odpowiedzialności jest określenie sytuacji, w których beneficjent gwarancji jest uprawniony do zwrócenia się do gwaranta o wypłatę wadium oraz określenie sposobu tej wypłaty, czyli określenie zdarzeń, których wystąpienie powoduje wypłatę sumy gwarancyjnej, a te okoliczności są ściśle określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy i ich wskazania zamawiający wprost żądał w siwz. Drugim elementem, który gwarancja powinna określać, jest charakter odpowiedzialności

gwaranta i ten również prawidłowo określił zamawiający wskazując na potrzebę przedstawienia gwarancji samoistnej, nieodwoławnej i bezwarunkowej, płatnej na każde żądanie.

W ocenie Izby wszystkie te elementy gwarancja wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Egro Hestia spełnia. Rację należy przyznać także odwołującemu, że z postanowień gwarancji wynika wprost, że gwarant zobowiązał się nie wnikać w nazwę zamówienia, które zabezpieczył, gdyż zobowiązał się bezwarunkowo i nieodwoławnie wypłacenia zamawiającemu kwoty do wysokości 10 000 zł. po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile zamawiający stwierdzi w tym żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem jednego z warunków zatrzymania wadium określonego w ustawie z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych. Zatem wystarczające jest wskazanie, której z przesłanek art. 46 ust. 4a lub 5 i zgłoszenie się przez zamawiającego w terminie ważności gwarancji, aby gwarant nie miał podstaw do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej. W ocenie Izby zatem nieprawidłowości w nazwie zamówienia, w tym konkretnym przypadku i przy takich jak wskazane wyżej sformułowaniach samej gwarancji wadialnej, nie miały znaczenia dla uznania czy dokument ten był prawidłowy czy nie. Nadto na datę wyrokowania zamawiający dysponował już aneksem nr 1 do gwarancji potwierdzającym, że gwarancja dotyczy właśnie postępowania na usługę kompleksowego nadzoru, a nie robotę budowlaną. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie przewidział szczególnych rozwiązań dla treści gwarancji innych niż forma pieniężna, a także, że podstawa odpowiedzialności w ramach gwarancji bankowej nie jest stosunek prawny pomiędzy zamawiającym, a wykonawcą, ale konkretne zdarzenie faktyczne objęte podstawą odpowiedzialności banku gwaranta, to nie można było uznać, że wymaganie zamawiającego określenia przedmiotu gwarancji zgodnie z nazwą zamówienia określoną w siwz było niedokładnością tego kalibru, że stanowiło o niemożności zaspokojenia się zamawiającego z udzielonego mu zabezpieczenia wadialnego, a w konsekwencji, że stanowiło o nieprawidłowości wniesionego wadium. Izba zatem stwierdziła, że zamawiający stosując art. 89 ust. 1 pkt. 7 b ustawy nadużył go, odrzucając ofertę odwołującego niezgodnie z ustawą. W konsekwencji należało nakazać zamawiającemu przywrócenie oferty odwołującego do postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 93 ust 1 pkt 4 poprzez unieważnienie postępowania gdy cena odwołującego nie przewyższa kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia

Zarzut należało uwzględnić, Cena oferty odwołującego nie przekraczała możliwości finansowych zamawiającego, a zamawiający nie powinien był odrzucić oferty odwołującego. W konsekwencji zamawiający dysponował ofertą niepodlegającą odrzuceniu, która mieściła

się w możliwościach finansowych zamawiającego. Z tego względu nie było podstaw do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i dlatego Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. Z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis od odwołania oraz zobowiązując zamawiającemu do zwrotu odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu w kwocie 7 500zł. i kosztów zastępstwa prawnego w kwocie 3 600 zł.

Przewodniczący: