

WYROK
z 29 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie 29 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 października 2020 r. przez wykonawcę Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, przy udziale wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić zarzut nr 1 odwołania i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2 unieważnienie czynności odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego: Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu,
 - 1.3 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. W pozostałym zakresie oddać odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciążyć wykonawcę Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę

3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, 3.2 zasądza od wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie na rzecz Odwołującego - Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu, w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Budowa zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20”, numer: PIM/07/20/ZP37/2016-85, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 9 lipca 2020 r. pod numerem 2020/S 131-320440. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

15 października 2020 r. wykonawca Tormel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w postępowaniu, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
2. art. 14 Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (dalej Kc), przez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że treść gwarancji pozbawia zamawiającego możliwości zrealizowania jej,
3. ewentualne art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonego dokumentu wadialnego, w sytuacji, gdyby w stosunku do jego treści powstały po stronie Zamawiającego wątpliwości,

co w konsekwencji spowodowało naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp przez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania,
2. powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jako zamawiający wskazany został podmiot Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej PIM).

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu PIM działał w imieniu i na rzecz Miasta Poznania na podstawie Zarządzenia nr 407/2018/P Prezydenta Miasta Poznania z 11 czerwca 2018 r. w sprawie zasad zlecania i rozliczania z realizacji zadań powierzonych do wykonywania aktem założycielskim spółce Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, a także pełnomocnictw udzielonych spółce przez Prezydenta Miasta Poznania w celu realizacji zadań inwestycyjnych oraz Wskazania do Realizacji przekazanego przez Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu – Dysponenta środków z budżetu Miasta Poznania przeznaczonych na sfinansowanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego. W zakresie przygotowania i przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego Inwestor Zastępczy działał jako Pełnomocnik na podstawie art. 15 Pzp.

W świetle ogłoszenia o zamówieniu nie ulegało wątpliwości, że status Zamawiającego dotyczył Inwestora Zastępczego, tj. spółki PIM. Podmiot ten, jak wynikało z ogłoszenia, działał w imieniu i na rzecz Miasta Poznania.

W SIWZ jako Zamawiającego wskazane zostało Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu, w imieniu i na rzecz którego działał PIM. Jako podstawę do działania PIM jako Inwestora Zastępczego w imieniu Miasta Poznania wskazano Zarządzenie nr 407/2018/P Prezydenta Miasta Poznania z 11 czerwca 2018 r. Konsekwentnie SIWZ odnosząc się do Zamawiającego odnosiła się do Spółki PIM.

Także ogłoszenie publikowane w MiniPortal UZP potwierdzało, że Zamawiającym w postępowaniu był PIM. Z kolei w zakresie odnoszącym się do wadium wnoszonego w postępowaniu w formie pieniężnej SIWZ potwierdzała, że Zamawiającym jest spółka PIM, a suma wadium ma znaleźć się na rachunku bankowym tej spółki.

Powyższe jest spójne z celem statutowym działalności Spółki oraz faktem, że jedynym wspólnikiem spółki jest Miasto Poznań (Dane wspólników: Miasto Poznań posiadający 8 200 udziałów o łącznej wysokości 4 100 000 zł.).

Zgodnie z danymi o spółce PIM zawartymi na jej oficjalnej stronie internetowej prowadzi ona obsługę inwestorską w imieniu i na rzecz Miasta Poznania, na zasadach inwestorstwa zastępczego. PIM wykonuje obowiązki związane z procesem budowlanym, polegającym na bieżącym i nieprzerwanym zaspakajaniu potrzeb ludności z zakresu: budowy, przebudowy, modernizacji lub remontu budynków, dróg, ulic, obiektów inżynierskich, placów,

parkingów, obiektów sportowych, obiektów oświatowych i innych obiektów kubaturowych, służących realizacji zadań własnych Miasta Poznań.

Zgodnie z SIWZ w zakresie odnoszącym się do wymaganego w postępowaniu wadium, Zamawiający wskazał, że beneficjentem gwarancji wadialnych ma być Miasto Poznań.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna. Jako beneficjent gwarancji wskazany został PIM.

Gwarancja wadialna Odwołującego:

1. została złożona w wyznaczonym terminie – przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu,
2. została złożona we właściwej formie (oryginał dokumentu elektronicznego podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji gwaranta),
3. identyfikowała w sposób pełny, jednoznaczny i poprawny postępowanie o zamówienie publiczne, w którym zabezpieczała ofertę wykonawcy,
4. identyfikowała w sposób prawidłowy wykonawcę ubiegającego się o zamówienie,
5. opiewała na sumę wadialną zgodną z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ,
6. zawierała zgodny z Pzp oraz SIWZ pełny katalog przesłanek zatrzymania wadium,
7. miała termin ważności wadium zgodny z wymaganiami SIWZ i zabezpiecza ofertę wykonawcy w całym terminie związania ofertą,
8. miała charakter gwarancji bezwarunkowej, nieodwoławnej, na pierwsze żądanie Zamawiającego,

W ocenie Odwołującego gwarancja, w której treści Gwarant wymienił i wskazał spółkę PIM jako Zamawiającego nie była nieprawidłowa i stanowiła skuteczne i ważne wadium złożone w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego art. 89 ust 7b Pzp należy jak każdy przepis sankcyjny – dotyczący podstaw eliminacji wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne – wyklądać w sposób ścisły nie zaś rozszerzający. Z pewnością nie mogła być podstawą odrzucenia oferty także niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do formy w jakiej wykonawca powinien wnieść w postępowaniu wadium.

Przyczyny odrzucenia oferty należy upatrywać wyłącznie w takim wniesieniu wadium, które nie dawało gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego i pewności wypłaty sumy

wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonej w Pzp i mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynikało z treści dokumentu gwarancyjnego złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą, takiego zagrożenia faktycznie nie było.

Nawet gdyby twierdzić, że nastąpiła niepełna czy też nawet (z czym Odwołujący nie zgadzał się) omyłkowa identyfikacja, to jak wskazuje orzecznictwo KIO, treść gwarancji wadialnej podlega wykładni. Niewątpliwym dla Odwołującego było, iż w niniejszym stanie faktycznym zamiarem stron (Wykonawcy i Gwaranta) było zawarcie umowy celem przedłożenia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej w postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym Odwołujący chciał wziąć udział. Tym samym nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.

W ocenie Odwołującego w okolicznościach sprawy wskazanie Zamawiającego nie prowadziło do „nieważności” gwarancji ubezpieczeniowej czy niemożności zaspokojenia się Zamawiającego z tak wystawionej gwarancji, a tym samym nie było możliwe uznanie wadium za niewniesionego i odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp.

Jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do skuteczności gwarancji wadialnej i wynikającej z niej ochrony praw Zamawiającego, miał on możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

Odwołujący pismem z 22 września 2020 r. potwierdził skuteczność wniesionego wadium załączając do oświadczenia własnego także oświadczenie samego Gwaranta adresowane bezpośrednio do Miasta Poznań.

Gwarant pismem z 11 września 2020 r., reprezentowany analogicznie jak w przypadku samej gwarancji wadialnej złożonej w Postępowaniu, potwierdził skuteczność gwarancji wobec Miasta Poznania.

Oświadczenie wystawcy gwarancji będące w posiadaniu Zamawiającego rozwiewało wszelkie ewentualne wątpliwości w przedmiocie zobowiązania objętego gwarancją.

Powyższe oświadczenie nie stanowiło przy tym zmiany treści gwarancji ubezpieczeniowej ani wniesienia nowego wadium, ale jedynie dodatkowy i akcesoryjny dokument dowodowy, który należało uwzględnić przy ocenie i interpretacji pierwotnie przedstawionej gwarancji obowiązującej od początku terminu związania ofertą, i jako taki nie stanowiło naruszenia dyspozycji jakiegokolwiek przepisu Pzp. W szczególności nie zachodził tu przypadek rozszerzenia zakresu obowiązywania gwarancji, tj. katalogu przypadków wadium wpisanego pierwotnie w jej treści.

28 października 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i oświadczył, że uwzględni je w całości.

29 października 2020 r. Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący) złożył sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania i wskazał m. in.:

Dokument gwarancyjny powinien być sformułowany w sposób jasny, nie budzący jakichkolwiek wątpliwości.

Określenie beneficjenta gwarancji wadialnej załączonej do oferty Odwołującego stanowiło element przedmiotowo istotny tego dokumentu, nie będąc wbrew twierdzeniom Odwołującego elementem związanym z „kwestiami technicznymi”. Kwestia poprawnego określenia Beneficjenta gwarancji wadialnej to jedną z kluczowych elementów prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium wymaganym w postępowaniu. Co za tym idzie, z uwagi na zidentyfikowaną nieprawidłowość w dokumencie wadialnym Odwołującego decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty była decyzją prawidłową, znajdującą uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z treścią SIWZ zamawiającym było Miasto Poznań, w imieniu i na rzecz którego działał Inwestor zastępczy, tj. spółka PIM. Natomiast – zgodnie z punktem 13.4 SIWZ beneficjentem gwarancji wadialnych miało być Miasto Poznań.

Postanowienia SIWZ i Ogłoszenia w tym zakresie nie pozostawiały jakiegokolwiek pola do interpretacji, będąc zrozumiałymi dla wszystkich uczestników postępowania, o czym świadczył chociażby fakt, że wszyscy pozostali - poza Odwołującym - wykonawcy składający wadium w ramach postępowania formie gwarancji jako ich beneficjenta wskazali Miasto Poznań. Postanowienia SIWZ i Ogłoszenia w tym zakresie były przy tym wymaganiami nie natury formalnej, a postanowieniami odnoszącymi się do merytorycznego, przedmiotowo istotnego elementu determinującego poprawność gwarancji wadialnej.

Z faktu, że wskazanie PIM jako beneficjenta gwarancji wadialnej skutkowało wadliwością tego dokumentu zdał sobie sprawę sam Odwołujący, który w ramach pisma złożonego w postępowaniu 22 września 2020 r. przyznał, iż doszło do „omyłki”.

Spółka PIM w ramach postępowania pełniła rolę pełnomocnika Zamawiającego w rozumieniu art. 15 ust. 2 Pzp, czego nie negował zresztą sam Odwołujący. Powyższe oznaczało z kolei, że jakkolwiek na potrzeby SIWZ Spółka PIM mogła być nazywana „Zamawiającym”, to nie zmieniało to jej ustawowej roli i faktu, że Zamawiającym w rozumieniu Pzp było Miasto Poznań i to interesy tego podmiotu musiały być zabezpieczone przez gwarancję wadialną.

Dlatego to Miasto Poznań miało być beneficjentem gwarancji. Celem gwarancji wadialnej było zagwarantowanie, by Zamawiający (w rozumieniu Pzp) bez przeszkód i bez konieczności dokonywania dodatkowych czynności miał możliwość zaspokojenia się z dokumentu wadialnego w razie zaistnienia ustawowych przesłanek skutkujących zatrzymaniem wadium. W przedmiotowym przypadku takiej pewności na bazie dokumentu gwarancyjnego dostarczonego przez Odwołującego nie było zważywszy, że skorzystać z gwarancji mógł tylko PIM, nie Miasto Poznań. W konsekwencji Miasto Poznań zmuszone byłoby do podejmowania dalszych działań w celu wyegzekwowania środków od PIM, czyli odrębnego podmiotu prawnego. Nie takie było jednak założenie SIWZ – wadium miało chronić interesy Zamawiającego, nie jego pełnomocnika.

Treść gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000180650 z 24 sierpnia 2020 r., która została przedstawiona przez Odwołującego wraz z ofertą nie był sporny. Dokument wadialny nie zawierał treści, które miałyby podlegać wykładni. W treści SIWZ Zamawiający w sposób bardzo wyraźny odróżnił funkcje Inwestora Zastępczego (działającego jako Pełnomocnik) od Beneficjenta. W okolicznościach sprawy zastosowanie wykładni mogłoby budzić wątpliwości. Przedstawiciele doktryny i orzecznictwa wskazują, że zgodnie z zasadą clara non sunt interpretanda wykładni nie podlegają oświadczenia, których treść jest jasna.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ugruntowanym już stanowiskiem jest, że prawidłowość gwarancji wadialnej oceniana jest na podstawie dokumentu przedstawionego wraz z ofertą, który to dokument nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, ani wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Wobec powyższego stanowisko Odwołującego zmierzające do wykazania, że Zamawiający powinien wezwać go do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było niezasadne.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że częściowo zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z twierdzeniem Odwołującego w ogłoszeniu o zamówieniu jako Zamawiającego wskazano spółkę PIM:

„Sekcja I: Instytucja zamawiająca

I.1)

Nazwa i adresy

Oficjalna nazwa: Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Adres pocztowy: pl. Wiosny Ludów 2

Miejscowość: Poznań”.

Z kolei w SIWZ podmiot zamawiający został określony w następujący sposób:

„Miasto Poznań (...) w imieniu i na rzecz którego działa: Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-831) przy pl. Wiosny Ludów 2, zarejestrowaną pod numerem (...).

Dane kontaktowe/korespondencyjne:

• Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. adres: pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań (...)

Inwestor Zastępczy – Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu działa w imieniu i na rzecz Miasta Poznania na podstawie Zarządzenia nr 407/2018/P Prezydenta Miasta Poznania z dnia 11 czerwca 2018 r. w sprawie zasad zlecenia i rozliczania z realizacji zadań powierzonych do wykonywania aktem założycielskim spółce Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, a także pełnomocnictw udzielonych spółce przez Prezydenta Miasta Poznania w celu realizacji zadań inwestycyjnych oraz Wskazania do Realizacji przekazanego przez Zarząd Dróg Miejskich w Poznaniu – Dysponenta środków z budżetu Miasta Poznania przeznaczonych na sfinansowanie przedmiotowego zadania inwestycyjnego.

W zakresie przygotowania i przeprowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego Inwestor Zastępczy działa jako Pełnomocnik na podstawie art. 15 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dla potrzeb niniejszego postępowania przewidziane w ustawie Prawo zamówień publicznych i niniejszej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniach dot. postępowania, odwołania do „Zamawiającego”, dot. każdorazowo Inwestora Zastępczego - Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. za wyjątkiem Beneficjenta wadium i ZNWU wnoszonych w formie innej niż pieniężna (Beneficjent – Miasto Poznań”.

Z przytoczonego fragmentu SIWZ jednoznacznie wynika, że Zamawiającym było Miasto Poznań. Spółka PIM była Inwestorem zastępczym i działała w imieniu i na rzecz Miasta Poznań.

Dla uwzględnienia zarzutu nr 1 odwołania decydująca była treść punktu 13 SIWZ:

„13. Wymagania dotyczące wadium

13.1 Zamawiający żąda od Wykonawców wniesienia Wadium w kwocie 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych).

13.2 Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Wadium musi obowiązywać przez cały okres związania ofertą, tj. przez okres minimum 60 dni. Wadium musi zabezpieczać ofertę od dnia składania ofert.

13.3 Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- pieniądzu,
- 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 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 109, poz. 1158, ze zm.).

13.4 Oznaczenie beneficjenta składanych gwarancji wadialnych:

Miasto Poznań

plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań

NIP 2090001440 REGON 631257822

13.5 Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Poznańskich Inwestycji Miejskich Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu, prowadzony przez PKO BP o numerze 59 1020 4027 0000 1702 1231 2593 z adnotacją: Wadium w przetargu pn. „Budowa zintegrowanego węzła transportowego grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20”, numer ref. PIM/07/20/ZP37/2016-85, a dokument potwierdzający wniesienie wadium (dokonanie przelewu) załączyć do oferty. Wadium uważa się za wniesione, jeżeli kwota wadium znajdzie się na rachunku bankowym Zamawiającego przed terminem składania ofert. Zamawiający dopuszcza przedłożenie wydruku potwierdzenia wykonania przelewu wygenerowanego z systemu bankowości elektronicznej (bez stempla banku) jako potwierdzenie wniesienia wadium w pieniądzu (przelewem

na rachunek Zamawiającego), z uwzględnieniem informacji zawartych w punkcie 15.4. niniejszej Specyfikacji (...).”

Zamawiający jednoznacznie określił podmiot, który miał być beneficjentem gwarancji wadialnych. Dyspozycja SIWZ była w tym zakresie jasna i obowiązkiem wykonawców było się do niej zastosować.

Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę i w ramach wadium złożył Gwarancję Ubezpieczeniową Nr 280000180650 z 24 sierpnia 2020 r. wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie. Z treści gwarancji wynikało, że Gwarant zobowiązany jest wobec spółki PIM, nie – wbrew dyspozycji punktu 13.4 SIWZ – wobec Miasta Poznań.

22 września 2020 r. Odwołujący (bez wezwania ze strony Zamawiającego) przekazał Zamawiającemu wyjaśnienia dotyczące przedmiotowej gwarancji i załączył do nich oświadczenie Gwaranta z 11 września 2020 r.:

„Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń Ergo Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, (...), jako wystawca gwarancji (Gwarant), oświadcza, że w przypadku wystąpienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium wskazanych w Gwarancji wadium nr 280000180650 z dnia 24.08.2020r. - Zamawiający, tj. Miasto Poznań NIP 209-00-01-440, REGON 631257822 w imieniu i na rzecz którego działa Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu (61-831) przy pl. Wiosny Ludów 2, (...), będzie mógł na podstawie dokumentu Gwarancji skutecznie dochodzić wynikających z Gwarancji roszczeń”.

6 października 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp oferty Odwołującego. W ramach uzasadnienia odrzucenia oferty Zamawiający wskazał m. in.:

„Wskazanie w gwarancji ubezpieczeniowej — jako Beneficjenta — innego podmiotu niż Zamawiający nie może zostać uznane za oczywistą omyłkę pisarską, podlegającą poprawieniu w sposób przewidziany w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak wskazania w jej treści Zamawiającego jako podmiotu uprawnionego z gwarancji słusznie może powodować brak pewności Zamawiającego co do możliwości zaspokojenia roszczeń wynikających z wadium. Wskazuje to również, iż nie została spełniona podstawowa, zabezpieczająca funkcja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (...).

Ocena prawidłowości wniesienia wadium jest doniosła ze względu na fakt, że przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium.

Zamawiający zasadniczo nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśnić wątpliwości dotyczące treści dokumentu gwarancji. Przekazywane przez Wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełnienia ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 - 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (...).

Co się tyczy samego oświadczenia Gwaranta z dnia 11 września 2020 r., nie sanuje ono błędu Wykonawcy. Nie jest dopuszczalna rozszerzająca wykładnia określonych w treści gwarancji okoliczności uzasadniających wypłacenie wadium, a z taką rozszerzającą interpretacją mielibyśmy do czynienia dokonując wykładni treści zobowiązania Gwaranta sprzecznie z wnioskami wynikającymi z jej literalnego brzmienia — jak czyni to sam Ubezpieczyciel (...). Mając na względzie powyższe Zamawiający uznał wadium złożone przez Tormel Sp. z o.o. za wadliwe / nieprawidłowe, w związku z czym konieczne stało się odrzucenie oferty”.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp było niezasadne. Jasnym jest, że Odwołujący powinien złożyć gwarancję wadialną wskazując Miasto Poznań jako jej beneficjenta – punkt 13.4 SIWZ nie pozostawiał w tej kwestii jakichkolwiek wątpliwości. Wskazać jednak należy, że najważniejszym dla oceny skuteczności wniesienia wadium jest możliwość skutecznego zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w sposób bezwarunkowy. Spółka PIM jest odrębnym od Miasta Poznania podmiotem prawnym. Tym samym wskazując PIM jako beneficjenta gwarancji wadialnej Odwołujący umocował do skorzystania z gwarancji Inwestora zastępczego zamiast Zamawiającego. Izba wzięła jednak pod uwagę regulację dotyczącą sposobu wniesienia wadium w pieniądzu – zgodnie z punktem 13.5 SIWZ miało być ono wpłacone przelewem na rachunek bankowy spółki PIM. Wniesienie wadium w pieniądzu na rachunek spółki PIM zatem nie uniemożliwiało, ani nie utrudniało Zamawiającemu zaspokojenia ewentualnych roszczeń z tytułu wadium. W okolicznościach sprawy nie ma podstaw do odmiennego traktowania wadium wniesionego w pieniądzu i wniesionego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Dlatego Izba uznała, że skoro skuteczne w postępowaniu było wniesienie na rzecz spółki PIM wadium w pieniądzu to skuteczne też było wniesienie na rzecz spółki PIM wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W ocenie Izby przesłanki określone w powyższym przepisie nie zostały wypełnione, zatem czynność odrzucenia oferty Odwołującego była nieprawidłowa.

Zarzuty nr 2 i 3 zostały oddalone. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w ogóle nie wnikając w treść jego gwarancji wadialnej. Zamawiający kierował się przesłankami natury formalnej i uznał, że skoro beneficjentem przedmiotowej gwarancji był Inwestor zastępczy, a nie Zamawiający, to zaistniały przesłanki wskazane w art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Art. 65 § 1 i 2 Kc dotyczy interpretacji oświadczeń woli. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty nie interpretował treści gwarancji wadialnej Odwołującego, stąd nie sposób uznać, że błędna interpretacja gwarancji skutkowałą odrzuceniem oferty.

Brak jest również podstaw do wezwania Odwołującego do wyjaśnień. Zgodnie z treścią SIWZ wniesienie wadium było - de facto - możliwe zarówno na rzecz Zamawiającego, jak i na rzecz Inwestora zastępczego. Stąd – wobec treści gwarancji ubezpieczeniowej Nr 280000180650 z 24 sierpnia 2020 r. brak jest okoliczności, które Odwołujący powinien wyjaśnić.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. z 2018 r. poz. 972).

.....