

Warszawa dnia 15.10.2020 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
Warszawa

Odwołujący: **Tormel Sp. z o.o.**
ul. Przemyska 5
61-324 Poznań
e-mail biuro@tormel.pl

Zamawiający: **Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o.**
pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań,
e-mail: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl

działające w imieniu i na rzecz Miasta Poznań
Plac Kolegiacki 17, 61-841 Poznań

Dotyczy: **Postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn., BUDOWA ZINTEGROWANEGO WĘZŁA TRANSPORTOWEGO GRUNWALDZKA W MIEJSCU PRZEJAZDU PRZEZ LINIĘ KOLEJOWĄ E20”**

Nr referencyjny nadany sprawie przez Zamawiającego: postępowanie numer PIM/07/20/ZP37/2016-85.

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej DZ.U.U.E. 2020/S 131-320440 z dnia 09/07/2020

Wartość przedmiotu zamówienia – powyżej progów art. 11 ust 8 Pzp.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz **Tormel Sp. z o.o.** (dalej jako: Odwołujący), na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „Pzp”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania z naruszeniem art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp,

o czym Odwołujący dowiedział się z zawiadomienia o odrzuceniu oferty z postępowania z dnia **6.10.2020 r.** otrzymanym w formie zawiadomienia wiadomością email od Zamawiającego.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego **zarzucam:**

- **naruszenie art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp** poprzez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
- **naruszenie art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 65 § 1 i 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny (dalej KC) ,** przez jego niezastosowanie i błędne przyjęcie, że treść gwarancji pozbawia zamawiającego możliwości zrealizowania jej,
- **ewentualne naruszenie art. 87 ust 1 Pzp** poprzez zaniechanie zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści złożonego dokumentu wadliwego, 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 ustawy Pzp** poprzez wadliwy wybór jako najkorzystniejszej oferty w Postępowaniu.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o 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

co spowoduje **wybór oferty Odwołującego** jako najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania.

Zamawiający dokonał w sprawie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania w

dnia 6.10.2020r., wobec czego termin określony w Pzp dla wniesienia odwołania został zachowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Odwołujący wskazuje, że jego oferta zgodnie z rankingiem ofert wynikającym z danych udostępnionych po czynności otwarcia ofert, przy uwzględnieniu mających zastosowanie kryteriów oceny ofert, byłaby ofertą najkorzystniejszą.

Wskutek czynności odrzucenia oferty Odwołującego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym. W konsekwencji decyzja o dokonaniu w Postępowaniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty BUDIMEX S.A. ul. Siedmiogrodzka 9 01-204 Warszawa jest również wadliwa.

UZASADNIENIE

Jak wynika z przebiegu postępowania w zakresie dotyczącym podstawy odrzucenia z postępowania oferty Odwołującego.

I. Zamawiający w Postępowaniu w świetle Ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień SIWZ.

1. Zamawiający w Ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej - Dz.U./S S131 09/07/2020 320440-2020-PL - Sekcja 1 – identyfikacja Zamawiającego nastąpiła w następujący sposób:

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

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu - *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 2018r. 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 działa jako Pełnomocnik na podstawie art. 15 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W świetle ogłoszenia o zamówieniu nie ulega wątpliwości, że **status Zamawiającego dotyczy Inwestora Zastępczego – Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. z siedzibą w Poznaniu**. Podmiot ten jak wynika z ogłoszenia działa w imieniu i na rzecz Miasta Poznania.

2. Zamawiający w SIWZ.

Zgodnie z SIWZ - pkt 1, identyfikacja Zamawiającego została dokonana w następujący sposób:

1. ZAMAWIAJĄCY

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, zarejestrowaną pod numerem 0000503225 w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy Poznań - Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, kapitał zakładowy 4 100 000 zł

Dane kontaktowe/korespondencyjne:

- Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. adres: pl. Wiosny Ludów 2, 61-831 Poznań
- telefon: (61) 884 20 10, 61 884 20 11,
- e-mail do kontaktów Zamawiającego z Wykonawcami: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl
- strona internetowa: www.pim.poznan.pl

Zadanie inwestycyjne realizowane jest w ramach Partnerstwa: Miasta Poznania, Gminy Komorniki oraz Powiatu Poznańskiego.

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 2018r. 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.

Dokument potwierdza, że Inwestor Zastępczy – Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. działa w Postępowaniu w imieniu i na rzecz Miasta Poznania – ma więc w postępowaniu status Zamawiającego.

Potwierdza powyższe wprost SIWZ:

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.

Konsekwentnie SIWZ odnosząc się do Zamawiającego odnosi się do Spółki - Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. – tytułem przykładu:

e-mail do kontaktów Zamawiającego z Wykonawcami: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl

(...)

Wszystkie udzielane wyjaśnienia i/lub informacje o zmianach w treści SIWZ zostaną zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego www.pim.poznan.pl w zakładce dedykowanej prowadzonemu postępowaniu.

(...)

Zamawiający wyznacza następujące osoby do kontaktu z Wykonawcami: pracownicy Zamawiającego uprawnieni do bezpośredniego kontaktowania się z Wykonawcami: Zespół ds. Zamówień Publicznych, e-mail: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl tel. 61 884 20 16

(...)

Zamawiający może również komunikować się z Wykonawcami za pomocą poczty elektronicznej, email: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl (preferowany sposób komunikacji).

(...)

Wszelkie spory dotyczące gwarancji podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej i podlegają kompetencji sądu właściwego dla siedziby Zamawiającego.

(...)

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli 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.

(...)

Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli Wykonawca, którego oferta została wybrana:

Także ogłoszenie publikowane w MiniPortal UZP potwierdza, że Zamawiającym w postępowaniu jest Spółka - Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o.



miniPortal

(/ZamawiajacyGlowna.aspx)

Szczegóły postępowania

Status postępowania:	Opublikowane
Tryb	Przetarg nieograniczony
Numer ogłoszenia BZP/TED/Nr referencyjny	2020/S 131-320440
Identyfikator postępowania	3efd9609-cf20-4f18-b32d-2351e4ac5c1b
Tytuł/nazwa postępowania	BUDOWA ZINTEGROWANEGO WĘZŁA TRANSPORTOWEGO GRUNWALDZKA W MIEJSCU PRZEJAZDU PRZEZ LINIĘ KOLEJOWĄ E20
Nazwa zamawiającego	Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.
Adres zamawiającego	Plac Wiosny Ludów 2

Również SIWZ w zakresie odnoszącym się do wadium wnoszonego w postępowaniu w formie pieniężnej potwierdza, że Zamawiającym jest Spółka, a suma wadialna ma znaleźć się na rachunku bankowym tej Spółki:

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

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 zawartymi na jej oficjalnej stronie internetowej (adres dostępu: <https://pim.poznan.pl/cele-dzialalnosci>):

Spółka Poznańskie Inwestycje Miejskie została powołana zgodnie z Zarządzeniem nr 135/2014/P Prezydenta Miasta Poznania z dnia 13 marca 2014 r., w sprawie zasad zlecania i rozliczania z realizacji zadań powierzonych do wykonywania aktem założycielskim z dnia 27 lutego 2014 r. spółce Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Działając na podstawie uchwały nr LXII/960/VI/2014 Rady Miasta Poznania z dnia 28 stycznia 2014 r. w sprawie połączenia spółek Poznańskie Inwestycje Miejskie sp. z o.o. oraz Infrastruktura Euro Poznań 2012 Sp. z o.o. oraz uchwały LXIV/1011/VI/2014 Rady Miasta Poznania z dnia 18 marca 2014 r. w sprawie połączenia spółek Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. oraz „EURO Poznań 2012” Sp. z o.o., nastąpiło połączenie spółek wpisem do Krajowego Rejestru Sądowego w dniu 25 lipca 2014 r. w trybie art. 492 §1 pkt 1 ksh tj. połączenie przez przejęcie. W wyniku połączenia spółek w Spółce Przejmującej tj. Poznańskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością nastąpiło podwyższenie kapitału zakładowego do kwoty 4.100.000,00 PLN.

Spółka prowadzi obsługę inwestorską w imieniu i na rzecz Miasta Poznania, na zasadach inwestorstwa zastępczego. PIM wykonuje w ramach tego, 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.

Podkreślenia w sprawie wymaga, że zgodnie z art. 15 Pzp, na podstawie którego w imieniu i na rzecz Miasta Poznań wykonuje w postępowaniu czynności Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o.

2. Zamawiający może powierzyć pomocnicze działania zakupowe własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

3. Podmioty, o których mowa w ust. 2, działają jako pełnomocnicy zamawiającego.

II. Postanowienia SIWZ w zakresie dotyczącym wadium wnoszonego w postępowaniu.

Zgodnie z SIWZ w zakresie odnoszącym się do wymaganego w Postępowaniu wadium, Zamawiający wskazał:

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 wadium:
- 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.
- 13.6.** Wadium w formie poręczeń i gwarancji (bezwarunkowych, nieodwołalnych, na pierwsze pisemne żądanie, z ważnością na okres terminu związania ofertą) należy złożyć w formie elektronicznej podpisane elektronicznym podpisem kwalifikowanym przez wystawiającego poręczenie lub gwarancję.
- 13.7.** Wadium wniesione w pieniądzu przechowywane będzie na rachunku bankowym.
- 13.8.** Zamawiający zwraca wadium wszystkim Wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem pkt. 13.14.

III. Wadium wniesione w postępowaniu przez Odwołującego.

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

Zgodnie z treścią gwarancji została ona wystawiona w następujący sposób:

WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr 280000180650 z dnia 24.08.2020

Ponieważ TORMEL SP. Z O.O. z siedzibą: 61-324 POZNAŃ, UL. PRZEMYSKA 5 (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na: „Budowę zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20”, Numer referencyjny: PIM/07/20/ZP37/2016-85,

(dalej zwaną „Ofertą”), niniejszym podajemy do wiadomości, że Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000024812; NIP 585-000-16-90, o kapitale zakładowym 196.580.900,- zł, który został opłacony w całości, posiadające status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (zwane dalej „Gwarantem”) jest zobowiązane wobec POZNAŃSKICH INWESTYCJI MIEJSKICH SP. Z O.O. z siedzibą: 61-831 POZNAŃ, PL. WIOSNY LUDÓW 2 (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych zero groszy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym.

W ocenie Odwołującego Gwarancja wadialna złożona w postępowaniu identyfikuje Zamawiającego w sposób prawidłowy i zabezpiecza w pełni interes Zamawiającego w przypadkach powodujących podstawę zatrzymania wadium.

Zgodnie ze złożoną gwarancją wadialną, jest ona złożona:

- **w wyznaczonym terminie** – przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu,
- **we właściwej formie** (oryginał dokumentu elektronicznego podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym podpisanym przez osobę uprawnioną do reprezentacji gwaranta),
- **identyfikuje w sposób pełny, jednoznaczny i poprawny postępowanie o zamówienie publiczne** w którym zabezpiecza ofertę Wykonawcy,

Ponieważ TORMEL SP. Z O.O. z siedzibą: 61-324 POZNAŃ, UL. PRZEMYSKA 5 (dalej zwany „Wykonawcą”) składa Ofertę na: „Budowę zintegrowanego węzła transportowego Grunwaldzka w miejscu przejazdu przez linię kolejową E20”, Numer referencyjny: PIM/07/20/ZP37/2016-85,

- **identyfikuje w sposób prawidłowy Wykonawcę** ubiegającego się o zamówienie,

- **suma wadialna jest zgodna z wymaganiami** Zamawiającego zawartymi w SIWZ,

WIOSNY LUDÓW 2 (dalej zwanego „Zamawiającym”) w kwocie 1 000 000,00 zł (słownie: jeden milion złotych zero groszy), którą Gwarant zobowiązuje się wypłacić Zamawiającemu, co potwierdza niniejszym.

- **zawiera zgodny z Pzp oraz SIWZ i pełny katalog przesłanek** zatrzymania wadium

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
- 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.

- **termin ważności wadium jest zgodny z wymaganiami SIWZ** i zabezpiecza ofertę Wykonawcy w całym terminie związania ofertą,

Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 27.08.2020 r. do dnia 27.10.2020 r. włącznie (okres ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w okresie ważności gwarancji.

- ma charakter **gwarancji bezwarunkowej, nieodwoławalnej, na pierwsze żądanie** Zamawiającego,

Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwoławalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium,

W ocenie Odwołującego gwarancja, w której treści Gwarant wymienia i wskazuje Zamawiającego jako Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. nie jest nieprawidłowa i stanowi skuteczne i ważne wadium złożone w Postępowaniu.

Jak potwierdza to dokumentacja postępowania Spółka jest wprost wskazana jako Zamawiający. SIWZ potwierdza funkcję Spółki w postępowaniu jako pełnomocnika Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego w powyższych okolicznościach kwestia niewymienienia w treści gwarancji Miasta Poznań w żaden sposób nie podważa skuteczności wniesionego wadium.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, w przypadku wadium najistotniejsze znaczenia ma spełnianie jego celu, nie zaś sposób zakomunikowania zamawiającemu o jego ustanowieniu.

Orzecznictwo KIO wskazuje, że w celu ustalenia prawidłowości wniesienia wadium należy dokonać ustalenia, czy Zamawiający, na podstawie posiadanego dokumentu w formie w jakiej został on Zamawiającemu przekazany, był uprawniony do żądania od gwaranta kwoty z niej wynikającej, w razie ziszczenia się jednej z przesłanek stanowiących podstawę skorzystania z tego zabezpieczenia i mógł zrealizować swoje uprawnienia.

Tytułem przykładu można odwołać się do orzeczenia KIO Sygn. akt. KIO/UZP 703/09, KIO/UZO 709/09 z dnia 10 lipca 2009 r. w którym Izba oceniała skuteczność wniesienia wadium przetargowego w postaci gwarancji wadialnej wystawionego na rzecz pełnomocnika Zamawiającego. Orzeczenie zapadło w bardzo zbliżonym stanie faktycznym stąd powołanie poniżej jego obszernego fragmentu.

Izba uznała w nim, że:

Jednym z niezbędnych elementów gwarancji wadialnej jest wskazanie beneficjenta gwarancji. Przepisy prawa bankowego nie określają kto może być beneficjentem gwarancji, zatem należy przyjąć, że beneficjentem gwarancji może być każdy podmiot, posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, który został wskazany w treści gwarancji wystawionej na wniosek zleceńodawcy.

Przepisy art. 45 i 46 ustawy pzp określają, że podmiotem uprawnionym do żądania, zwrotu jak również zatrzymania wadium jest zamawiający. Jednocześnie ustawodawca dopuścił w art. 15 ust. 2 ustawy pzp możliwość powierzenia nie tylko przygotowania ale także przeprowadzenia całego postępowania o zamówienie publiczne własnej jednostce organizacyjnej lub osobie trzeciej.

Bezspornym jest, że Zamawiający - m. st. Warszawa powierzyło przygotowanie i przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej – Metru Warszawskiemu Sp. z o.o. W ocenie Izby, wskazane przepisy ustawy pzp należy czytać łącznie, a zatem uzasadnione jest przyjęcie że jeśli Zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 15 ust. 2 ustawy pzp, powierzył przeprowadzenie postępowania osobie trzeciej, jaką w rozpatrywanym stanie faktycznym jest Metro Warszawskie Sp. z o.o. to podmiot ten jest uprawniony do wykonania wszystkich czynności faktycznych i prawnych w trakcie trwania procedury o zamówienie publiczne, również do wykonania wszystkich czynności związanych z wniesieniem wadium przez wykonawców, w tym także do wykonania czynności zatrzymania wadium. Zatrzymanie wadium, jest bowiem czynnością wykonywaną w trakcie trwania postępowania o zamówienie publiczne, które kończy się z momentem podpisania umowy.

Podkreślić należy, że w sytuacji powierzenia przygotowania i przeprowadzenia postępowania osobie trzeciej, jaką w rozpatrywanej sprawie jest Metro Warszawskie Sp. z o.o. mamy do czynienia z klasycznym działaniem w cudzym imieniu. Metro Warszawskie działa więc w imieniu i bezpośrednio na rzecz Zamawiającego a podjęte przez niego działania są wiążące dla Zamawiającego i są traktowane jako działania samego Zamawiającego.

(...)

W ocenie składu orzekającego Izby, wskazanie jako beneficjenta gwarancji Metra Warszawskiego Sp. z o.o. nie czyni tej gwarancji nieważną, niemożliwą do zrealizowania i nie stwarza niebezpieczeństwa, jakie wskazywał Odwołujący COVEC, że gwarancja ta może zostać przez bank cofnięta bo została wystawiona pod wpływem błędu.

W tym zakresie Izba wskazuje, że istotą gwarancji bankowej jest realizacja zobowiązania gwaranta na pierwsze żądanie wskazanego w treści gwarancji beneficjenta – Metra Warszawskiego Sp. z o.o.,

bez możliwości sprawdzania czy beneficjent jest uprawniony oraz czy zachodzą przesłanki materialne do skorzystania z gwarancji. Zatem, w ocenie Izby, udzielona gwarancja jest ważna w świetle zarówno przepisów prawa bankowego jak również przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, a zatem gwarant nie będzie mógł, wbrew twierdzeniom Odwołującego uchylić się od spełnienia wynikającego z niej zobowiązania.

Nie ma zatem przeszkód, aby Metro Warszawskie Sp. z o.o., działające jako pełnomocnik Zamawiającego wystąpiło, w przypadku wystąpienia okoliczności wskazanych w treści gwarancji, do banku - gwaranta i uzyskało kwotę określoną w gwarancji a następnie przekazało te środki Zamawiającemu. Wskazać w tym miejscu należy, że również wadium w formie pieniężnej miało zostać wniesione na konto Metra Warszawskiego.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Izby, zgodnie z którym o skuteczności wniesienia wadium nie mogą przesądzać kwestie techniczne, tj. sposób przekazania dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium i nie mogą one dominować nad istotą tej instytucji, jaką jest – najogólniej rzecz ujmując – zabezpieczenie zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą – tak orzeczenie KIO Sygn. akt KIO 338/19 wyrok z dnia 14 marca 2019 r.

analogicznie:

Sygn. akt: KIO 531/17 wyrok z dnia 19 kwietnia 2017 r.

Prawidłowe zabezpieczenie wadium polega na istnieniu po stronie Zamawiającego pewności, że w przypadkach określonych w ustawie, kwota wadium rzeczywiście zostanie Zamawiającemu wypłacona.

Orzecznictwo KIO wielokrotnie podkreślało, że jakkolwiek postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest wysoce sformalizowane, to jednak ów formalizm nie jest istotą tej procedury.

Tak przykładowo orzeczenie:

Sygn. akt: KIO 412/18 wyrok z dnia 19 marca 2018 r.

Postępowanie takie jest przecież sformalizowane, przy czym formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie, ale służy przede wszystkim realizacji zasad udzielenia zamówień określonych w rozdziale II, dziale I Pzp. O nadmiernym formalizmie postępowania można mówić w sytuacji gdy co najmniej nie ma on wpływu na określone ww. przepisach zasady lub wpływ ten powoduje ich naruszenie.

Tak również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 kwietnia 2013 r., w sprawie o sygn. akt: KIO 746/13

W ocenie Wykonawcy przepis 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 w sprawie nie może być podstawą odrzucenia oferty Wykonawcy także niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie odnoszącym się do formy w jakiej wykonawca powinien wnieść w postępowaniu wadium. Analogicznie w odniesieniu do kwestii technicznych które pozostają bez wpływu na skuteczność wadium i zabezpieczenie interesów Zamawiającego.

Zatem przyczyny odrzucenia oferty należy upatrywać wyłącznie w takim wniesieniu wadium, które nie daje gwarancji zabezpieczenia interesu Zamawiającego i pewności wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium określonej w ustawie Pzp i mającej zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu. Jak wynika z treści dokumentu gwarancyjnego złożonego przez Wykonawcę wraz z ofertą, takiego zagrożenia faktycznie nie ma.

Nawet gdyby twierdzić, że mamy do czynienia z niepełną identyfikacją czy też ewentualnie nawet (z czym Odwołujący nie zgadza się) omyłkową, to jak wskazuje orzecznictwo KIO treść gwarancji wadialnej podlega wykładni (np. KIO 150/12, KIO 1645/12, KIO 1413/13). Przykładowo w wyroku w sprawie o sygn. akt 54/11, Izba wskazała, iż: *„omyłka poczyniona przez wystawcę gwarancji wadialnej (...) nie powoduje nieważności, czy też w ogóle braku zabezpieczenia oferty w wadium (...) Izba stwierdziła, że „w tym konkretnym stanie faktycznym, należy zastosować wykładnię z art. 65 KC, który to przepis wskazuje, iż oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. (...)”*.

Niewątpliwym dla Odwołującego jest, 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 Wykonawca chciał wziąć udział. Tym samym nie można interpretować wykładni oświadczeń w sposób oderwany od woli stron faktycznie wyrażonej w treści zawartej umowy.

W innym wyroku Izba wskazała, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą dopuszczalna i celowa jest wykładnia dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej stanowiącego wadium, przy czym wystarczającą podstawą dla dokonania takiej czynności są zasady ustawy i art. 65 KC. Izba nie podziela opinii jakoby powyższa wykładnia była niedopuszczalna (...) (por. wyrok KIO z dnia 22 kwietnia 2013 r., w sprawie 765/13, 784/13).

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

W doktrynie i orzecznictwie podkreśla się, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa nie są jednostronnymi czynnościami prawnymi, ale umowami, co powoduje, że do wykładni oświadczeń woli w nich zawartych znajduje zastosowanie nie tylko przepis art. 65 § 1, ale i 65 § 2 KC. Gwarancja jest bowiem umową pomiędzy bankiem- gwarantem a beneficjentem gwarancji, przy czym stroną jednostronnie zobowiązaną jest ubezpieczyciel wystawiający gwarancję. Jego zobowiązanie ma charakter pieniężny, czyli polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej, w razie wykonania przez uprawnionego (beneficjenta gwarancji) praw z gwarancji.

W wyroku KIO z dnia 8 października 2009 r. Izba podniosła z kolei, że: *„W odróżnieniu od czynności procesowych (w rozumieniu kpc, jak i ustawy oraz jej przepisów wykonawczych) regulowanych ściśle zarówno w zakresie zawartości, jak i formy wnoszenia niezbędnych dla wywołania określonych, procesowych skutków prawnych, oświadczenia woli wywołujące skutki zobowiązaniowe, takie jak oferty wykonania zamówienia publicznego czy gwarancje wadialne składane w postępowaniach o udzielenie zamówienia również podlegały będą tego rodzajowi wykładni w szerokim zakresie wpływu na ich znaczenie zasad współżycia społecznego czy ustalonych zwyczajów warunkujących ich interpretację w ramach regulujących przepisów. (vide. KIO/UZP 1401/09, LEX nr 533265).*

Zgodnie z argumentacją zawartą w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. wydanego w sprawie sygn. akt KIO 883/11 zwrócić należy uwagę na znaczenie jakie przypisuje się woli podmiotu składającego oświadczenie, z drugiej zaś strony na dążenie do ochrony interesów osoby, która działa w zaufaniu do ustalonego przez siebie sensu otrzymanego oświadczenia woli, jeżeli przy jego interpretacji dołożyła należytej staranności.

Jak słusznie wskazała Izba w wyroku Sygn. akt: KIO 632/17 z dnia 24 kwietnia 2017 r. - *powstaje pytanie, kiedy sens oświadczenia woli nadany mu przez odbiorcę będzie można uznać za właściwy i miarodajny dla oceny skutków prawnych oświadczenia. Przepis art. 65 § 1 k.c. nakazuje uwzględniać przy wykładni oświadczenia woli okoliczności, w których zostało ono złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Natomiast, w umowach należy przede wszystkim badać zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. W ocenie Izby zgodzić bowiem należy z poglądem, iż odkodowanie sensu gwarancji ubezpieczeniowej nie może opierać się wyłącznie na jej literalnym brzmieniu, a konieczne jest odwołanie się do metod wykładni oświadczeń woli.*

Uwzględnienie cel umowy, którym w istocie jest udzielenie zabezpieczenia Zamawiającemu i fakt jego wyartykułowania przez wystawcę gwarancji (gwaranta) w komparycji gwarancji, w sytuacji, gdy strony nie miały wątpliwości, jakiego podmiotu ma dotyczyć ochrona, tym bardziej, że istota i sens udzielenia gwarancji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jasny, nie może prowadzić do wniosku, iż w niniejszym postępowaniu wadium nie zostało wniesione. Nieuprawnionym jest pominięcie kontekstu sytuacyjnego, jak i tego, że przedmiotowa umowa została zawarta w celu udzielenia zabezpieczenia Zamawiającemu w konkretnym postępowaniu.

W ocenie Wykonawcy w sprawie nie można mówić o wadliwym wskazaniu Zamawiającego skoro dokumentacja postępowania potwierdza, że jest nim podmiot wskazany wprost w treści gwarancji.

W niniejszym stanie faktycznym oznacza to, iż z punktu widzenia zasad współżycia społecznego nie do przyjęcia byłaby taka interpretacja, która prowadziłaby do wniosku, iż strony dążyły do zawarcia umowy w istocie niewykonalnej. Taka interpretacja przeczy zarówno profesjonalnemu charakterowi działalności ubezpieczyciela, jak i racjonalnemu działaniu Wykonawcy i tym samym nie daje się pogodzić ze zgodnym zamiarem stron niniejszej umowy i jej celem.

Złożona w postępowaniu w charakterze wadium przetargowego gwarancja ubezpieczeniowa została wystawiona w określonym celu i w konkretnych okolicznościach, które znalazły odzwierciedlenie w jej treści, tj. Gwarant wystawiający gwarancję zobowiązał się do zapłaty sumy gwarantowanej na rzecz organizatora konkretnego przetargu w konkretnym i wskazanym postępowaniu (z przywołaniem przedmiotu zamówienia) w okolicznościach i na zasadach przewidzianych adekwatnymi przepisami ustawy, we właściwych dla wskazanego przetargu terminach związania ofertą. Powyższe pozwala na ustalenie, iż celem wystawianej w dobrej wierze gwarancji wadium jest zabezpieczenie interesów Zamawiającego, który rzeczywiście może być podmiotem praw i obowiązków z niej wynikających.

Podkreślić przy tym należy, że *„Prawidłowo wniesione wadium, to takie, które zostało wniesione zgodnie z przepisami ustawy i które de facto i de iure zabezpiecza w pełni opisane w ustawie interesy zamawiającego, niezależnie od nieznajdujących oparcia w przepisach ustawy szczegółowych wymagań zamawiającego w tym zakresie wyrażonych w siwz, które mogą zostać zakwalifikowane najwyżej jako instrukcyjne (KIO w wyroku z 9.5.2011 r., KIO 881/11).*

Wystawiając przedmiotową gwarancję, w dobrej wierze, której domniemanie należy przyjąć, towarzystwo ubezpieczeniowe zobowiązało się do wypłaty kwoty gwarantowanej na żądanie podmiotu zamawiającego, który prowadzi przedmiotowe postępowanie przetargowe.

Istotne, z punktu widzenia analizowanego stanu faktycznego jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy wadium zabezpiecza Zamawiającego w niniejszym postępowaniu. W ocenie Odwołującego, na tak zadane pytanie należy udzielić odpowiedzi twierdzącej.

Mając zatem na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniającego jego typowe funkcje i pozwalającego Zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp.

Dodatkowo Wykonawca wskazuje, na dopuszczalność, zastosowania w zakresie odnoszącym się do treści gwarancji wadialnej, przepisu art. 87 ust 1 Pzp.

Zasadność i dopuszczalność zastosowania w sprawie procedury wyjaśniającej potwierdza orzecznictwo KIO, tak przykładowo wyrok Izby sygn. KIO632/17 z dnia 24 kwietnia 2017 r. uwzględniający aktualne brzmienie przesłanki odrzucenia oferty:

Na marginesie należy jedynie zauważyć, iż jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do podmiotowej ochrony, wynikającej z treści spornej gwarancji, miał możliwość skorzystania z uprawnienia, o którym mowa w art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Zaniechanie w tym względzie w żadnym razie nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawcy. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż brak było podstaw do żądania wyjaśnień, bowiem treść gwarancji nie budziła wątpliwości i dodatkowo, że nie stanowi ona treści oferty. Konieczność wniesienia wadium staje się w tym wypadku warunkiem sine qua non ważności samej oferty – w szczególności przy uwzględnieniu okoliczności, że w wyniku ostatniej nowelizacji brak wadium skutkuje jej odrzuceniem, a nie wykluczeniem wykonawcy z postępowania. Zatem aby uchronić się przed takimi konsekwencjami (tj. wyeliminowaniem oferty z postępowania) Zamawiający winien podjąć kroki służące swego rodzaju konwalidacji czynności złożenia oferty – tak jak ma obowiązek tego dokonać w oparciu o treść art. 87 ust. 2 pkt 1 – 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy wskazać, że w tym samym Postępowaniu w odniesieniu do wadium wnoszonym w postaci pieniężnej nie ulega wątpliwości, że wpłata (czyli faktyczne wniesienie wadium) miało być dokonywane na rachunek bankowy Spółki nie zaś Miasta Poznań. Powyższe dowodzi, że powyższa kwestia może mieć co najwyżej znaczenie techniczne i pozostaje bez wpływu na skuteczność wniesienia wadium.

Nie bez znaczenia przy tym jest także kwestia bezpośredniego wpływu powyższej okoliczności na wynik postępowania i wybór oferty najkorzystniejszej w sytuacji gdy oferta kolejna wg rankingu ofert jest droższa od Wykonawcy o prawie 3 mln zł.

Odwołujący ponadto pismem z dnia 22.09.2020r. (sygn. TM: 201/2020/MW) potwierdził ponownie skuteczność wniesionego wadium załączając do oświadczenia własnego także oświadczenie samego Gwaranta adresowane bezpośrednio do Miasta Poznań.

Gwarant pismem z dnia 11.09.2020r. „reprezentowany analogicznie jak w przypadku samej gwarancji wadialnej złożonej w Postępowaniu, potwierdził dodatkowo, że:

Miasto Poznań
Pl. Kolegiacki 17
61-841 Poznań

Szanowni Państwo,

Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia Spółka Akcyjna z siedzibą w Sopocie, przy ul. Hestii 1, 81-731 Sopot, wpisana do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, prowadzonego przez Sąd Rejonowy Gdańsk-Północ w Gdańsku, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, pod numerem KRS 0000024812; NIP 585-000-16-90, o kapitale zakładowym 196.580.900,- zł, który został opłacony w całości, posiadające status dużego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, 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, zarejestrowaną pod numerem 0000503225 w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy Poznań - Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu, VIII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego, REGON 302689539, NIP 783 171 14 86, kapitał zakładowy 4 100 000 zł, będzie mógł na podstawie dokumentu Gwarancji skutecznie dochodzić wynikających z Gwarancji roszczeń.

W świetle prezentowanej powyżej argumentacji w zakresie charakteru gwarancji jako umowy i dopuszczalnego zakresu interpretacji uznać należy, że oświadczenie Gwaranta jedynie potwierdza pełne, bezwarunkowe i skuteczne zabezpieczenie wadium Zamawiającego.

IV. Odrzucenie oferty Odwołującego.

Jak wynika z treści uzasadnienia prawnego oraz faktycznego zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający uznał, że wadium nie zostało skutecznie wniesione i zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 7b Pzp oferta Odwołującego została z tego powodu odrzucona.

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty wskazuje na następujące argumenty:

- zgodnie z SIWZ (pkt 1) Zamawiającym w prowadzonym postępowaniu jest MIASTO POZNAŃ, a nie spółka Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Odnosząc się do powyższego argumentu Odwołujący wskazuje, że SIWZ potwierdza wprost:

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.

- identyfikacja Beneficjenta gwarancji jest inna niż Zamawiającego – pkt. 13.4. SIWZ

w ocenie Odwołującego ocena skuteczności wniesienia wadium musi być dokonywana przy uwzględnieniu faktu, że status i nomenklatura „Zamawiający” dotyczy w postępowaniu Inwestora Zastępczego. Działanie Inwestora Zastępczego wywołuje bezpośrednio skutki w materialnoprawnej sferze Zamawiającego, co dotyczy zarówno praw, jak i obowiązków Zamawiającego. Wystąpienie zatem przez Inwestora Zastępczego z roszczeniem z gwarancji wadialnej, a więc podjęcie czynności, do której Inwestor Zastępczy został upoważniony i jednocześnie zobowiązany w kontekście przeprowadzenia postępowania przetargowego ściśle w gwarancji określonego, odnosi bezpośredni skutek w sferze prawnej Zamawiającego, a nie w sferze prawnej Inwestora Zastępczego.

Dodatkowo należy wskazać, że przepisy ustawy Pzp nie różnicują pojęć Zamawiający od Beneficjenta gwarancji. Zgodnie z art. 46 Pzp zatrzymanie wadium następuje przez Zamawiającego:

4a. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

5. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana:

- 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;*
- 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;*
- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.*

Skoro zatem Zamawiającym jest w postępowaniu Spółka to wskazanie Zamawiającego w treści gwarancji nie jest wadliwe.

- Zamawiający wskazuje, że Spółka Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o. jest niezależnym podmiotem prawnym pełniącym funkcję Inwestora Zastępczego i posiadającym status pełnomocnika Zamawiającego - Miasta Poznań - w ramach prowadzonego postępowania

Odwołujący wskazuje, że zgodnie z treścią art. 15 ust. 2 Pzp Inwestor Zastępczy działa w imieniu i na rzecz Zamawiającego dokonując wszelkich czynności faktycznych oraz prawnych przez całe postępowanie. Oznacza to, iż w przypadku zaistnienia przesłanki do skorzystania z udzielonej gwarancji to Inwestor Zastępczy, a nie Miasto Poznań występuje do gwaranta z roszczeniem. Spółka w argumentacji podaje, że Beneficjentem gwarancji stał całkowicie inny od Zamawiającego podmiot, osoba prawna i w tym twierdzeniu upatruje zagrożenie dla interesu Zamawiającego i pośrednio wskazuje, że Zamawiający mógłby nie uzyskać zabezpieczenia swoich roszczeń w przypadku zaistnienia przesłanki zatrzymania wadium. Jednocześnie jednak ten sam Zamawiający nie widzi takiego zagrożenia w sytuacji gdyby wadium miało zostać wniesione w formie pieniężnej na konto Inwestora Zastępczego/Zamawiającego wskazane w SIWZ. Kierując się argumentacją Zamawiającego, w przypadku wadium w formie pieniężnej również trafia do odrębnego od Zamawiającego podmiotu i teoretycznie również w tym przypadku Zamawiający traci całkowitą kontrolę nad kwotą wadium. Skoro zatem SIWZ wprost wymaga, aby wadium przetargowe w formie pieniężnej było wpłacane bezpośrednio na rachunek bankowy Inwestora Zastępczego, istnieje pomiędzy tymi podmiotami zależność tego rodzaju, że skorzystanie z wadium - bez względu na formę jego wniesienia - jest czynnością dokonywaną wyłącznie przez Inwestora Zastępczego w imieniu i na rzecz Zamawiającego.

- Zamawiający wskazuje, że 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.

Odwołujący wskazuje, że gwarancja wymienia wyłącznie Zamawiającego i identyfikacja ta jest prawidłowa i zgodna z SIWZ. Nie mamy w postępowaniu do czynienia z oczywistą omyłką pisarską wymagającą poprawienia bowiem Zamawiający jest zidentyfikowany w sposób prawidłowy.

- Zamawiający wskazuje, że 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.

Jak wskazano to powyżej, identyfikacja Zamawiającego w treści gwarancji jest prawidłowa. Dodatkowo jak potwierdza to wprost oświadczenie Gwaranta złożone w trakcie postępowania złożona gwarancja zabezpieczenia w pełni interesy Zamawiającego i nie rodzi obaw, że w przypadku zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium wypłata sumy wadialnej byłaby w jakikolwiek sposób zagrożona.

- Zamawiający powołuje się na niespełnienie podstawowej, zabezpieczającej funkcji wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i powołuje się w tym zakresie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, dalej KIO, z dnia 26 maja 2020 r., sygnatura KIO 641/20).

Odwołujący wskazuje, że przywołane orzeczenie KIO zostało wydane w całkowicie odmiennym stanie faktycznym, mianowicie gwarancja wadialna złożona w przetargu była wystawiona na zlecenie Wykonawcy a jednocześnie beneficjentem tej gwarancji był sam zleceniodawca-Wykonawca.

- Zamawiający stwierdza, że nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśnić wątpliwości dotyczące treści dokumentu gwarancji a dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów.

Odwołujący podtrzymuje wyrażone na wstępie odwołania stanowisko, że charakter gwarancji wadialnej ubezpieczeniowej jako umowy, skutkuje stosowaniem do interpretacji jej postanowień (o ile jest faktycznie konieczna) kodeksowych zasad wykładni oświadczeń woli, a dodatkowo za powołanym orzecznictwem KIO przepisy Pzp nie stoją na przeszkodzie aby kwestie związane z gwarancją wyjaśniać z powołaniem art. 87 ust 1 Pzp. Zaznaczyć należy, że oświadczenie Gwaranta złożone w postępowaniu nie prowadzi do zmiany jej treści a wyłącznie potwierdza pełne zabezpieczenie interesów Zamawiającego i nie jest sprzeczne z treścią złożonej gwarancji.

Gwarant w pełni potwierdza, że w przypadku konieczności wypłaty sumy gwarancyjnej identyfikacja Zamawiającego nie spowoduje podstaw do odmowy wypłaty sumy wadialnej a **Gwarant w takiej sytuacji nie uchyli się od decyzji o wypłacie, co wprost znajduje potwierdzenie w treści oświadczenia Gwaranta.**

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

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

Tym samym **nie może być mowy o jakimkolwiek ryzyku czy też zagrożeniu braku zaspokojenia roszczenia Zamawiającego** do wypłaty sumy wadialnej w przypadku zaistnienia którejkolwiek z przesłanek zatrzymania wadium w tym postępowaniu o zamówienie publiczne.

Skoro zatem zasadniczą podstawą odrzucenia oferty w związku z złożonym wadium były obawy Zamawiającego o pewność zaspokojenia się w przypadku zmaterializowania się w postępowaniu przesłanki zatrzymania wadium, to jak wynika z powyższego, obawy te są całkowicie bezpodstawne.

Mając zatem na uwadze cel wniesienia wadium, przy uwzględnieniu celowościowej i funkcjonalnej wykładni treści art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie może dojść do odrzucenia oferty wykonawcy, który ustanowił na rzecz podmiotu zamawiającego wadium spełniającego jego typowe funkcje i pozwalającego Zamawiającemu na zaspokojenie swoich uzasadnionych roszczeń w przypadkach enumeratywnie wskazanych w treści art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp. Tym samym nie istnieje jakiegokolwiek zagrożenie dla uprawnienia Zamawiającego do realizacji gwarancji powiązane z treścią gwarancji jaką dysponuje beneficjent.

Odwołujący przywołuje dodatkowo fakt dokonania czynności zwrotu wadium w trybie art. 46 ust 1 Pzp, przez Zamawiającego – Spółkę, co potwierdza jedynie że Spółka faktycznie jest Zamawiającym w postępowaniu i była także uprawniona tak do przyjęcia wadium jak i jego zwrotu jako Zamawiający.

Zgodnie z otrzymaną korespondencją od Zamawiającego:

From: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl <zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl>
Sent: Thursday, October 8, 2020 9:28 AM
To: biuro@tormel.pl
Cc: zamowienia.publiczne@pim.poznan.pl
Subject: Zwrot gwarancji wadialnej w postępowaniu przetargowym PIM/07/20/ZP37/2016-85

Dzień dobry,

Na podstawie art.46 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający zwraca wadium wniesionego w formie gwarancji wadialnej w postępowaniu przetargowym pn. „BUDOWA

ZINTEGROWANEGO WĘZŁA TRANSPORTOWEGO GRUNWALDZKA W MIEJSCU PRZEJAZDU PRZEZ LINIĘ KOLEJOWĄ E20”.

Pozdrawiam

Marzena Kaczmarek

Specjalista ds. zamówień publicznych

M+ 48 512 954 882

T+ 48 61 884 20 16

F+ 48 61 866 60 04

marzena.kaczmarek@pim.poznan.pl

www.pim.poznan.pl



Poznańskie Inwestycje Miejskie Sp. z o.o.

Plac Wiosny Ludów 2; 61-831 Poznań

Podsumowując, jak wynika z powyższych ustaleń, w postępowaniu doszło, z naruszeniem Pzp, do czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania, która przełożyła się w sposób bezpośredni na wynik postępowania.

Mając powyższe na względzie, wnoszę o uwzględnienie odwołania.

Z poważaniem

Załączniki:

- Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- Odpis dokumentów rejestrowych Odwołującego
- Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.
- Pełnomocnictwo do wniesienia odwołania
- Dowód uiszczenia opłaty za pełnomocnictwo