

WYROK

z dnia 24 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie **19 maja 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **9 maja 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **Novum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczytnie**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Budowa Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie na terenie działek nr ew. 72, 83, 40, 82 z obrębu 27 w Wołominie, przy ul. Nałkowskiego 17 wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego decyzji pozwolenia na użytkowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie* (nr postępowania ZP.271.4.2017)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Wołomin**

przy udziale wykonawcy: **Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Novum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczytnie,** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga Warszawa**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Wołomin – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane *Budowa Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie na terenie działek nr ew. 72, 83, 40, 82 z obrębu 27 w Wołominie, przy ul. Nałkowskiego 17 wraz z uzyskaniem w imieniu Zamawiającego decyzji pozwolenia na użytkowanie w ramach zadania inwestycyjnego pn. Budowa Parku przy Muzeum im. Zofii i Wacława Nałkowskich w Wołominie* (nr postępowania ZP.271.4.2017).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 14 lipca 2017 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 24697-2017.

Wartość przedmiotowego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 maja 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu – Novum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczytnie {dalej również: „Novum”} – zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Remondis”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego.

9 maja 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego, któremu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego.
2. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Ponadto Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych dla uzasadnienia wniesienia odwołania.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

- Odwołujący złożył ofertę, którą zabezpieczył wadium w postaci gwarancji bankowej o nr 86200-02-0232470, z terminem ważności do 17 kwietnia 2017 r., wystawioną przez Bank Millennium z siedzibą w Warszawie.

- 14 marca 2017 r. Zamawiający na swojej stronie internetowej umieścił informację z otwarcia ofert, z której wynikało, że najkorzystniejszą ofertę pod względem kryterium oceny ofert złożył Odwołujący.
- 17 marca 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 24 aa ust. 1 oraz art. 26 ust. 2 pzp do złożenia aktualnych na dzień złożenia oferty dokumentów i oświadczeń. z terminem ich uzupełnienia do 23.03.2017 r. W zakreślonym terminie Odwołujący złożył wymagane dokumenty i oświadczenia.
- 10 kwietnia 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego na podstawie art. 85 ust. 2 oraz art. 85 ust 4 pzp z wnioskiem o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium na czas niezbędny do zawarcia umowy w przedmiotowym postępowaniu, tj. do 14 maja 2017 r.
- W odpowiedzi Odwołujący przekazał Zamawiającemu oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wraz z gwarancją bankową o nr 86200-02-0235155, z terminem ważności do 15.05.2017 r., wystawionej na rzecz Novum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczytnie przez Bank Millennium z siedzibą w Warszawie.
- Zamawiający wskazał jako uzasadnienie decyzji o odrzuceniu z 4 maja 2017 r. art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy pzp – wniesienie wadium przez podmiot nieuprawniony, gdyż Novum sp. z o.o. sp. k. wraz z ofertą złożyła wadium w formie gwarancji bankowej nr 86200-02-0232470 z 23 lutego 2017 r., w której „Wykonawcą” jest pan S.Ch. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch., Grom 36, 12-130 Pasym, co stanowi o wniesieniu wadium w sposób błędny, bo na wykonawcę niebiorącego udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że odrzucenie jego oferty w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło dopiero w okresie wydłużonego okresu związania ofertą, a nie bezpośrednio po analizie złożonej oferty.

Odwołujący zacytował, że w wyroku z 15 kwietnia 2016 r. (sygn. akt KIO 466/16) Izba stwierdziła: (...) *Nie jest prawidłowym dokonywanie na podstawie wystawionego dokumentu gwarancji wadialnej ustaleń związanych ze stosunkiem podstawowym, jaki powstaje na skutek złożenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Niewątpliwie czynność złożenia oferty stanowi inną czynność prawną, niezależną od wniesienia wadium, dlatego też ustalenie treści zakresu zobowiązania, jak i stron czynności prawnej wynikać może wyłącznie z treści oferty złożonej Zamawiającemu. (...) W ocenie Izby, brak jest podstaw do wywodzenia ze sposobu oznaczenia Zlecającego, iż nie zabezpiecza ona jego oferty złożonej wspólnie z innym podmiotem. Takiego ograniczenia odpowiedzialności gwaranta nie zawiera dokument wadialny. Przeciwnie, gwarant zrzekł się wszystkich praw*

sprzeciwu i obrony wynikających z długu podstawowego, przyjmując na siebie zobowiązanie do zapłaty sumy gwarancyjnej na pierwsze żądanie Zamawiającego. W ocenie Izby istotnym jest, aby wadium prawidłowo wskazywało Zamawiającego oraz postępowanie w jakim jest wnoszone w celu zabezpieczenia roszczeń o wypłatę sumy gwarancyjnej. Należy zauważyć, iż w treści gwarancji wskazuje się na podstawę wypłaty należnej kwoty na pisemne wezwanie do zapłaty zawierające oświadczenie wskazujące okoliczność spośród wymienionych w pkt 4, stanowiącą podstawę wezwania do zapłaty, bez wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń co do przyczyn uchybienia tym zobowiązaniom. W ocenie Izby, nie można skutecznie podważyć ustalenia, iż wadium zabezpiecza konkretną ofertę, złożoną Zamawiającemu w tym przetargu, sporządzoną wspólnie również przez podmiot wskazany w treści gwarancji. Należy zauważyć, iż gwarancja bankowa została wystawiona przed sporządzeniem i złożeniem oferty, co pozwala przyjąć, że dla skuteczności zobowiązania gwaranta do spełnienia świadczenia nie ma znaczenia treść oferty i jej zakres (...).

Ponadto według Odwołującego istotna jest okoliczność, że 30 grudnia 2016 r. nastąpiło wniesienie przez przedsiębiorcę S.Ch. wkładu niepieniężnego (aportu) w postaci przedsiębiorstwa działającego pod firmą Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch. (główne miejsce wykonywania działalności: Grom 36, 12-130 Pasym, NIP: 7451359907, REGON: 510879339) do spółki Novum sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Szczytnie. Wskutek tego ta ostatnia spółka od 30 grudnia 2016 r. weszła w posiadanie wszystkich aktywów powyżej wymienionego przedsiębiorstwa, przejęła w trybie art. 23¹ Kodeksu pracy jego pracowników oraz przejęła jego zobowiązania (długi) w trybie art. 519 § 2 Kodeksu cywilnego, a także na mocy art. 93a Ordynacji podatkowej wstąpiła we wszelkie przewidziane w przepisach prawa podatkowego prawa i obowiązki tego przedsiębiorstwa. Od 30 grudnia 2016 r. Novum sp. z o.o. sp. k. kontynuuje działalność otrzymanego w formie aportu przedsiębiorstwa.

W związku z powyższym Odwołujący oświadczył, że Novum sp. z o.o. sp. k. w Szczytnie potwierdza, że gwarancja złożona 14 marca 2017 r. jest ważna, jako złożona przez wykonawcę biorącego udział w postępowaniu. Powołał się także na potwierdzenie przez wystawiający gwarancję Bank Millennium S.A. 4 kwietnia 2017 r., na wniosek Odwołującego, ważności złożonej gwarancji bankowej (dokument załączono do odwołania).

Według Odwołującego złożenie prawidłowego wadium wynika z przepisów art. 55² oraz 55⁴ Kodeksu cywilnego regulujących kwestie związane ze sprzedażą przedsiębiorstwa i przystąpieniem do długu (dopuszczalnym na gruncie przepisów ustawy pzp). Stosownie do art. 55² kc czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo, obejmuje wszystko co wchodzi w jego skład, chyba że co innego wynika z treści konkretnej czynności prawnej. Zgodnie z art. 55¹ kc poza zakresem pojęcia przedsiębiorstwa pozostają jednak zobowiązania związane z jego prowadzeniem. Natomiast konsekwencje prawne zawarcia

umowy zbycia przedsiębiorstwa w odniesieniu do wchodzących w jego skład pasywów, rozumianych jako zobowiązania związane z jego prowadzeniem, uregulowane zostały w art. 55⁴. Zgodnie z tym przepisem nabywca tego przedsiębiorstwa jest odpowiedzialny solidarnie ze zbywcą za jego zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa. W art. 55⁴ kc przewidziany został przypadek przystąpienia do długu nabywcy określonych w tym przepisie dóbr majątkowych z mocy samego prawa. Nabycie przedsiębiorstwa stanowi źródło solidarnej odpowiedzialności zbywcy i nabywcy i jest równoznaczne z przystąpieniem nabywcy do długów wynikających z zobowiązań związanych z prowadzeniem przedsiębiorstwa. Stanowi takie przekształcenie podmiotowe stosunku zobowiązaniowego po stronie dłużnika, że do dotychczasowego zobowiązania dłużnika przystępuje osoba trzecia w charakterze dłużnika solidarnego, przy czym nie powoduje to zwolnienia dotychczasowego dłużnika z długu. W wyniku nabycia przedsiębiorstwa w stosunku zobowiązaniowym pojawiają się dwaj dłużnicy, z których jeden odpowiada osobiście bez ograniczenia (zbywca), a drugi również odpowiada osobiście, ale jego odpowiedzialność jest ograniczona do wartości nabytego przedsiębiorstwa.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że wniesienie do spółki osobowej przedsiębiorstwa, z którym związane są zobowiązania dotychczasowego właściciela odnoszące się do umów z bankiem dotyczących udzielonych przez bank gwarancji, pociąga za sobą zmianę stron umowy. Przystępujący do długu nabywca przedsiębiorstwa tj. Novum sp. z o.o. sp. k. w Szczytnie staje się obok S.Ch. stroną umowy z bankiem o udzielenie gwarancji już od 30 grudnia 2016 r. – dotychczasowy beneficjent umowy z bankiem nie zostaje zwolniony z długu, a obok niego pojawia się dodatkowy podmiot, solidarnie odpowiedzialny za umowę o udzielenie gwarancji (tzw. kumulatywne przystąpienie do długu). Ten rodzaj przekształcenia podmiotowego stosunku zobowiązaniowego nie narusza art. 45 ust. 6 pkt 3 ustawy pzp, zgodnie z którym wadium może być wniesione w postaci gwarancji bankowej, gdyż pomimo złożenia gwarancji przez Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch., stroną umowy gwarancyjnej z Bankiem Millennium z mocy przepisów prawa było już przedsiębiorstwo Novum sp. z o.o. sp. k.

Wreszcie Odwołujący podniósł jako istotną okoliczność, że w innym postępowaniu w analogicznej sytuacji, ten sam gwarant z tytułu wystawionej 24 stycznia 2017 r. gwarancji wadialnej, 8 marca 2017 r. wypłacona została na rzecz Gminy Miejskiej Chojnice kwota 6.500 zł, z tytułu odstąpienia od podpisania umowy (do odwołania załączono informację Banku Millenium S.A. z 27 lutego 2017 r. o wypłacie z tytułu powyższego roszczenia środków na rzecz Gminy Chojnice. Odwołujący stwierdził, że taka sytuacja, nie miałaby miejsca, gdyby gwarancja zabezpieczająca ofertę wniesiona w przedmiotowym postępowaniu przetargowym była nieważna.

Pismem z 12 maja 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 9 maja 2017 r. przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu

12 maja 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający nie uznał zarzutów odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania w całości lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska, a Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, , zgłoszeniu przystąpienia, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył w nim ofertę, która spośród złożonych ofert prezentuje najkorzystniejszy bilans kryteriów oceny ofert obowiązujących w postępowaniu. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniem przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla rozpoznania sprawy:

Izba stwierdziła, że nie ma potrzeby powtarzania okoliczności dotyczących przebiegu postępowania, które zostały powyżej zrelacjonowane za odwołaniem i odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy z tym zastrzeżeniem, że załączona do oferty gwarancja bankowa została wystawiona zarówno na zlecenie przedsiębiorcy S.Ch., jak i wskazywała Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch. jako wykonawcę, którego oferta jest przedmiotem udzielonego zabezpieczenia. Odmiennie niż gwarancja wystawiona przez tego gwaranta 11 kwietnia 2017 r., która jako zleceniodawcę i wykonawcę wskazywała już Novum sp. z o.o. sp. k.

Uzupełniająco ustalono, że:

- w rozdziale 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia określono wymagania dotyczące wadium;
- Novum sp. z o.o. została wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS 11 lipca 2016 r., a Novum sp. z o.o. sp. k. – 4 sierpnia 2016 r.;
- uchwałą z 30 grudnia 2017 r. wspólnicy Novum sp. z o.o. sp. k. wyrazili zgodę na podwyższenie wartości wkładu wniesionego przez komandytariusza – S.Ch. oraz na wniesienie na jego pokrycie aportu w postaci prowadzonego przez niego {pod powyżej wskazaną firmą} przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego, stanowiącego zespół składników materialnych i niematerialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej;
- gwarancja załączona do oferty została wystawiona 23 lutego 2017 r., a jej zmiana (załącznik nr 1) – dotycząca wyłącznie przedłużenia jej terminu ważności – 28 lutego 2017 r.
- do złożonych 23 kwietnia 2017 r. na wezwanie Zamawiającego dokumentów załączono również „Zawiadomienie o wniesieniu aportem przez S.Ch. przedsiębiorstwa Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch.”, zawierające informację o tym, że nastąpiło to 30 grudnia 2016 r. oraz powoduje m.in. przejście przez Novum sp. z o.o. sp. k. zobowiązań (długów) w trybie art. 519 § 2 kc.

Reasumując, Izba ustaliła, że wystawienie gwarancji miało miejsce blisko 3 miesiące

po tym jak nastąpiło wniesienie przez S.Ch. prowadzonego przedsiębiorstwa jako aportu do Novum sp. z o.o. sp. k.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. Powyższy przepis zastąpił uprzednio obowiązujący art. 24 ust. 2 pkt 2 pzp, który przewidywał wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert lub na przedłużony okres związania ofertą. Przy czym już w poprzednim stanie prawnym nieprawidłowe wniesienie wadium uznawano za mieszczące się w zakresie hipotezy tej normy prawnej, czyli a ramach niewniesienia wadium.

Charakter prawny gwarancji bankowej nie wynika z ustawy pzp, gdyż jest to domena ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.) {dalej również: „Prawo bankowe”}. Art. 82 ust. 1 definiuje istotę gwarancji bankowej, wskazując, że jest ona jednostronnym zobowiązaniem 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. Z przepisu art. 82 ust. 2 wynika, że dla udzielenia i potwierdzenia gwarancji wymagana jest forma pisemna pod rygorem nieważności. Natomiast przepis art. 84 Prawa bankowego wskazuje, iż do gwarancji bankowych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, zastrzegając, że zobowiązanie banku ma zawsze charakter pieniężny.

Zaznaczyć już w tym miejscu należy, że choć w doktrynie przeważa stanowisko, według którego gwarancja bankowa jest odrębną umową Prawa bankowego, zalicza się ją do umów jednostronnie zobowiązujących, w tym przypadku bank czyli gwaranta.

Szczupła regulacja Prawa bankowego dotyczącej gwarancji powoduje, że precyzyjne ukształtowanie tego stosunku prawnego zależy od woli stron, w szczególności od gwaranta, który działa na polecenie zleceniodawcy (zwykle wykonawcy zainteresowanego udziałem w postępowaniu). Ten z kolei powinien działać według wskazówek Zamawiającego, który ma być beneficjentem świadczenia pieniężnego z gwarancji. Zatem treść dokumentu gwarancji powinna w sposób kompletny zakres obowiązków i uprawnień stron tego stosunku prawnego. Jednocześnie odesłanie do stosowania przepisów kodeksu cywilnego co do

zasady nie wyklucza jednak możliwości stosowania reguł wykładni oświadczeń woli i umów wskazanych w art. 65 § 1 i 2 kodeksu cywilnego w odniesieniu do tej czynności prawnej.

Gwarancja wadialna oznacza podjęcie przez bank gwaranta (zwykle) na zlecenie podmiotu przystępującego do przetargu (wykonawcy), w przypadku naruszenia przez niego zobowiązań wynikających z udziału w tym przetargu (tzw. zobowiązanie podstawowe), zobowiązania do dokonania na rzecz organizatora przetargu (zamawiającego) jako beneficjenta zapłaty w granicach określonej sumy pieniężnej. Celem gwarancji wadialnej jest zatem ochrona interesów zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu przetargowym (których zakres w przypadku zamówień publicznych określa w art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 1-3 ustawy pzp).

Kluczowe znaczenie ma abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta, czyli jego niezależność od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego wykonawcy względem zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady wyłączona jest możliwość podnoszenia przez gwaranta zarzutów, zarówno ze stosunku podstawowego (pomiędzy wykonawcą a zamawiającym), jak i ze stosunku zlecenia gwarancji (pomiędzy zleceniodawcą a gwarantem). Zakres zarzutów przysługujących gwarantowi ograniczony jest zasadniczo do ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji oraz zarzutów z treści gwarancji. Te ostatnie polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w gwarancji (liście gwarancyjnym).

W rezultacie o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść listu gwarancyjnego, która powinna formułowana w sposób precyzyjny i jasny, a następnie interpretowana w sposób ścisły. Jak to wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96, opubl. OSP 1997, Nr 5, poz. 97): (...) *istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji.*

Kluczowe znaczenie ma abstrakcyjny i samoistny charakter zobowiązania gwaranta, czyli jego niezależność od istnienia, zakresu i ważności innego zobowiązania, w tym będącego przedmiotem zabezpieczenia zobowiązania podstawowego wykonawcy względem zamawiającego. Oznacza to, że co do zasady wyłączona jest możliwość podnoszenia przez gwaranta zarzutów zarówno ze stosunku podstawowego, jak i stosunku zlecenia gwarancji. Zakres zarzutów przysługujących gwarantowi ograniczony jest zasadniczo do ważności i istnienia stosunku prawnego gwarancji oraz zarzutów z treści gwarancji. Te ostatnie polegają na powołaniu się przez gwaranta na niespełnienie przesłanek zapłaty określonych w

gwarancji (liście gwarancyjnym).

W rezultacie o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść listu gwarancyjnego, która powinna być zatem formułowana w sposób precyzyjny i jasny, a następnie interpretowana w sposób ścisły. Jak to wskazał Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96, opubl. OSP 1997, Nr 5, poz. 97): (...) istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłączenie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji.

Z uwagi na szeroki zakres ponoszonej odpowiedzialności gwarant przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, weryfikuje szczegółowo kondycję ekonomiczną oraz zdolność do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony. Z kolei wynik tego badania przesądza o akceptacji gwarancji, a także o wysokości wynagrodzenia, jakie z tego tytułu pobierze gwarant. Stąd gwarant w treści listu gwarancyjnego precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania jakiego podmiotu odpowiada. W ten sposób w treści gwarancji znajduje odzwierciedlenie zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta.

Konieczność oceny prawidłowości wniesienia wadium na podstawie złożonego, a niepodlegającego uzupełnieniom, dokumentu gwarancyjnego, wynika z tego, że pewność co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być uzależniona od stanowiska samego gwaranta, który – po terminie składania ofert – korzystnie lub nie dla zamawiającego zinterpretuje okoliczności obligujące go do zapłaty wadium. Gwarancja wadium jako zobowiązanie abstrakcyjne nie może budzić zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych, musi być czytelna i jasna. Treść gwarancji wadium składanej w związku ze złożeniem oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelowo powinna obejmować nie tylko wszystkie przypadki, w których zamawiający ma prawo zatrzymać wadium określone w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy pzp, ale również precyzyjnie wskazywać wykonawcę lub wykonawców, których obowiązki związane z udziałem w tym postępowaniu są przedmiotem udzielonego zabezpieczenia.

W przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji znaczenie ma wyłącznie stosunek pomiędzy gwarantem a zamawiającym jako beneficjentem, którego treść w wyczerpujący sposób wynika z listu gwarancyjnego. Obiektywnie zamawiający nie może być pewny, czy gwarant nie odmówi wypłaty wadium, jeżeli zaistnienie przesłanek zatrzymania wadium związane będzie z okolicznościami dotyczącymi innego wykonawcy niż podmiot oznaczony w liście gwarancyjnym, nawet jeżeli istnieją pomiędzy nimi powiązania kapitałowe lub osobowe. Innymi słowy, jeżeli odmowa podpisania lub niemożność zawarcia

umowy, niewniesienie wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nieuzupełnienie wymaganych dokumentów lub niewyrażenie zgody na poprawienie omyłki wynikły z przyczyn dotyczących innego podmiotu niż wskazany w liście gwarancyjnym jako ten, którego działania lub zaniechania są przedmiotem udzielonego zabezpieczenia, gwarant może uznać, że wykracza to poza zakres zobowiązań, które na siebie przyjął względem beneficjenta.

Z powyższych względów w rozpoznawanej sprawie, z uwagi na ustalone powyżej okoliczności, nie ma podstaw, aby twierdzić, że zakres podmiotowy ww. gwarancji ubezpieczeniowej obejmował Novum sp. z o.o. sp. k., skoro na wstępie listu gwarancyjnego gwarant zdefiniował, że przez wykonawcę, którego udział w przetargu zabezpiecza, rozumie Novum Wyposażenie Placów Zabaw S.Ch., a nie Novum sp. z o.o. sp. k. Ponieważ wniesienie do spółki tytułem aportu przedsiębiorstwa prowadzonego dotychczas w ramach tzw. jednoosobowej działalności gospodarczej miało miejsce 30 grudnia 2017 r. nie było żadnej obiektywnej przeszkody, aby w gwarancji wskazać spółkę jako wykonawcę, który będzie składał ofertę w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego. Sprecyzowany dalej przedmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta, choć odzwierciedla przesłanki opisane w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp, odnosi się do zdefiniowanego na wstępie zakresu podmiotowego.

Bez znaczenia dla sprawy jest okoliczność, że w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia w analogicznej sytuacji ten sam gwarant nie odmówił wypłaty z tytułu udzielonego zabezpieczenia udziału w przetargu S.Ch., choć ofertę złożyła, a następnie odmówiła podpisania umowy Novum sp. z o.o. sp. k. Podobnie jak spóźnione złożenie przez gwaranta 4 kwietnia 2017 r. oświadczenie, że w związku z opisanym powyżej wniesieniem aportu w postaci przedsiębiorstwa, potwierdzenie ważności gwarancji złożonej Zamawiającemu półtora miesiąca wcześniej. Wadium musi stanowić dla Zamawiającego pewne zabezpieczenie już od chwili jego wniesienia, a jego skuteczność nie może zależeć od późniejszego stanowiska gwaranta, nawet jeżeli wyprzedza ono zaistnienie zdarzenia, które jest podstawą do jego uruchomienia.

Odwołujący błędnie również przywiązuje wagę do faktu, że w chwili podejmowania przez Zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty, jego interes nie mógł doznać uszczerbku, gdyż dysponował już prawidłową gwarancją na przedłużony okres związania ofertą. Nie zmienia to faktu, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo, a zatem została spełniona przesłanka zawarta w hipotezie normy art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp. Przy czym żaden przepis nie zakazuje Zamawiającemu dalszego badania oferty, nawet jeżeli jest to zbędne. Prowadzenie takich czynności nie tworzy żadnego prawnie wiążącego domniemania, że wadium zostało ocenione jako prawidłowe i nie może zostać już zakwestionowane.

Wreszcie zauważyć należy, że z uwagi na opisany powyżej samoistny i abstrakcyjny charakter prawny zobowiązania z gwarancji bankowej nie ma znaczenia, czy w ramach stosunku jej zlecenia i nastąpiło kumulatywne przystąpienie do długu przez Novum sp. z o.o. sp. k. obok S.Ch., gdyż jest to podstawą solidarnej odpowiedzialności tych podmiotów względem banku gwaranta, bez wpływu na jego zobowiązanie własne względem beneficjenta, którym jest Zamawiający, w ramach stosunku gwarancji.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 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.) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby według wyliczenia załączonego do odpowiedzi na odwołanie, wobec nieprzedstawienia w tym zakresie do zamknięcia rozprawy rachunku, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: