Sygn. akt: KIO 1652/23

WYROK
z dnia 22 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz
Krzysztof Sroczyński
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Transition Technologies spółkę z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie przy ul. Pawiej 55 (01-030 Warszawa) w postępowaniu, w którym zamawiającym są Aplikacje Krytyczne spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą
w Warszawie, a prowadzącym postępowanie Centrum Informatyki Resortu Finansów
z siedzibą w Radomiu przy ul. Samorządowej 1 (26-601 Radom)

przy udziale:

A. wykonawcy Asseco Poland spółki akcyjnej z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Olchowej 14 (35-322 Rzeszów), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego;
B. wykonawcy Pentacomp Systemy Informatyczne spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 179, poziom +5 (02-222 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Transition Technologies spółkę
z ograniczona odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok –
w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:…….
…….
…….

Sygn. akt: KIO 1652/23

U z a s a d n i e n i e

Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu, działając w imieniu
i na rzecz podmiotu Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zwanej dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.
z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Świadczenie usług rozwoju i konsultacji dla Systemów opartych o technologię Oracle*
o numerze referencyjnym: PN/54/22/HYDB, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/S 243-703106.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.
W dniu 9 czerwca 2023 r. wykonawca Transition Technologies Sp. z o.o. z siedzibą
w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, iż wadium zostało wniesione przez odwołującego prawidłowo, tj. w sposób umożliwiający zabezpieczenie interesów zamawiającego i spełnienie funkcji przypisanej wadium w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu. Wskazał, że w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż prawidłowe działanie zamawiającego spowodowałoby wybór oferty odwołującego jako jednej z najkorzystniejszych. W związku z powyższym, nie może budzić wątpliwości fakt, że w wyniku niezgodnych z przepisami ustawy działań zamawiającego, odwołujący może ponieść szkodę polegającą na nieuzyskaniu zamówienia publicznego, a tym samym posiada interes we wniesieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący wyjaśnił, że zamawiający w dniu 29 maja 2023 r. przekazał mu informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, ze względu na fakt, iż w złożonej wraz z ofertą gwarancji wadialnej, jako Beneficjenta wpisano: „Centrum Informatyki Resortu Finansów", a nie „Aplikacje Krytyczne sp. z o.o." jak wskazał to zamawiający w zmienionej w toku postępowania treści SWZ (zmiana SWZ nr 8 poz. 3, opublikowana 14 lutego 2023 r.). Nie jest spornym, że Beneficjent został w złożonej gwarancji określony inaczej niż wskazany w przytoczonej przez zamawiającego zmianie pkt 17.3 i 17.4 SWZ, jednakże zamawiający nieprawidłowo ocenił, że powyższe oznacza, że gwarancja wadialna złożona przez odwołującego nie zabezpiecza zamawiającego i nie spełnia funkcji przypisanych do instytucji wadium, a w konsekwencji – błędnie uznał, że gwarancja została złożona przez odwołującego w sposób nieprawidłowy w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Nie każda omyłka w oznaczeniu Beneficjenta gwarancji wadialnej, będzie prowadzić do wskazywanych przez zamawiającego konsekwencji i oznaczać nieprawidłowość wniesienia wadium.

W ocenie odwołującego, zamawiający nieprawidłowo uznał, że złożona przez odwołującego gwarancja ubezpieczeniowa nie uprawnia Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. do skutecznego żądania wypłaty środków z tej gwarancji. Stanowisko zamawiającego błędnie opiera się wyłącznie na literalnej interpretacji treści dokumentu gwarancji, pomijając okoliczność, iż to zobowiązanie gwaranta jest czynnością kauzalną i oświadczeniem woli, które również podlega interpretacji zgodnie z przepisem art. 65 Kodeksu cywilnego. Skuteczności żądania wypłaty nie można oceniać w oderwaniu od przedmiotu, którego dotyczy złożona gwarancja wadialna. Jednoznacznie identyfikuje ona postępowanie i zobowiązania wykonawcy, które zabezpiecza. Jak potwierdza orzecznictwo, przy badaniu skuteczności żądania wypłaty z gwarancji (a więc także prawidłowości jej wniesienia), należy mieć na uwadze wszystkie okoliczności sprawy, w tym także świadomość gwaranta, co do tego, w jakich okolicznościach zgodnie z przepisami ustawy zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty kwoty wadium (sumy gwarancyjnej) i jakiego postępowania to dotyczy. Uwzględniając powyższe, nieuprawnione i niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie zamawiającego, że gwarant nie uzna roszczenia zgłoszonego na podstawie złożonej gwarancji wadialnej, jeśli z żądaniem wypłaty zwrócą się do niego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. Ponadto, zamawiający w argumentacji uzasadniającej odrzucenie oferty, pominął istotną okoliczność, tj., że pomimo poinformowania o zmianie podmiotu zamawiającego i zmianie ppkt 17.3 i 17.4 SWZ, pierwotny zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów (dalej również jako: „CIRF"), wskazany jako Beneficjent gwarancji wadialnej złożonej przez odwołującego, dalej pozostawał oficjalnie zamawiającym i podmiotem prowadzącym postępowanie, z tym, że w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. W stanie faktycznym postępowania jako Beneficjenta gwarancji złożonej przez Beneficjenta wskazano podmiot, który prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz podmiotu, który przejął prawa i obowiązki zamawiającego. Odmiennie zatem niż w przytoczonym przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia orzeczeniu KIO o sygn. KIO 2023/17, nie mamy do czynienia ze wskazaniem jako Beneficjenta gwarancji wadialnej podmiotu całkowicie niezwiązanego z prowadzonym postępowaniem. Wskazany jako Beneficjent podmiot jest zobowiązany i uprawniony do prowadzenia postępowania oraz do działania w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. Zawarte między CIRF a Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. porozumienie o współpracy z dnia 30 grudnia 2022 r. zakłada „kontynuowanie przez CIRF wszczętych i niezakończonych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego" (w tym, również przedmiotowego postepowania), co do zasady na koszt CIRF. Na podstawie porozumienia CIRF zobowiązuje się prowadzić postępowanie do czasu jego zakończenia, a także współdziałać z Aplikacjami Krytycznymi Sp. z o.o. Oznacza to, że jako podmiot prowadzący postępowanie, CIRF może występować w roli Beneficjenta gwarancji przetargowej, występując o wypłatę wadium w ramach złożonej gwarancji w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. Zachowana jest zatem możliwość zaspokojenia roszczeń zamawiającego w przypadku wystąpienia przesłanek ustawowych do zatrzymania wadium. Należy dodatkowo mieć na uwadze, że Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. jest spółką celową, wobec której uprawnienia właścicielskie (100% własności udziałów) realizuje w imieniu Skarbu Państwa – Minister właściwy do spraw finansów publicznych (Minister Finansów). Wobec tego, powiązania między CIRF a Aplikacjami Krytycznymi Sp. z o.o. występują nie tylko na poziomie zawartego porozumienia, ale także na poziomie własnościowym i organizacyjnym działania obu podmiotów. Oczywistym jest zatem, ze względu na charakter obu podmiotów, zabezpieczenie interesu Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. związanych z realizacją uprawnień zatrzymania wadium w przypadku wystąpienia ku temu przesłanek ustawowych. W istocie, to CIRF podejmuje czynności w postępowaniu, komunikuje się z wykonawcami i odpowiada za przebieg postępowania. CIRF działa w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o., zatem również w imieniu tej spółki, ma prawo do skutecznego wystąpienia do gwaranta z żądaniem wypłaty wadium, działając również w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. Oznacza to, że interes zamawiającego jest skutecznie zabezpieczony przez wniesione wadium, które spełnia swoją funkcję – w przypadku wystąpienia przesłanek do zatrzymania wadium określonych w ustawie, CIRF jako prowadzący postepowanie i Beneficjent gwarancji wadialnej, może złożyć skuteczne żądanie wypłaty sumy gwarancyjnej i skoro działa w postępowaniu w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o., zobowiązany i uprawniony jest przekazać uzyskane w ten sposób środki. Mając na uwadze powiązania i status obu podmiotów, brak jest jakichkolwiek obaw co do tego, że funkcja, jaką w postępowaniu pełni wadium została zachowana i zabezpieczona, gdyż:

- zabezpieczona jest możliwość żądania wypłaty kwot z gwarancji przetargowej przez Beneficjenta, tj. CIRF we wszystkich przypadkach przewidzianych w ustawie;
- CIRF działając w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. może zaspokoić roszczenia Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. w przypadku wystąpienia przesłanek uprawniających zamawiającego do zatrzymania wadium wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę, że jak wskazuje utrwalone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej,*najważniejszym dla oceny skuteczności wniesienia wadium jest możliwość skutecznego zaspokojenia roszczeń Zamawiającego w sposób bezwarunkowy* (wyrok z dnia 29 października 2020 sygn. KIO 2645/20) – taka skuteczna możliwość zaspokojenia roszczeń jest zapewniona przez gwarancję złożoną przez odwołującego, gdyż w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w treści gwarancji, żądanie wypłaty wadium będzie bezwarunkowo spełnione. Biorąc pod uwagę działanie CIRF w imieniu i na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o., nie występuje w postępowaniu sytuacja, w której omyłka w określeniu Beneficjenta gwarancji wadialnej, stałaby na przeszkodzie realizacji uprawnień zamawiającego i nie zabezpieczała w sposób odpowiedni złożonej oferty. Oznaczenie Beneficjenta w sposób inny niż wskazany w postanowieniu SWZ, nie prowadzi zatem do żadnych praktycznych negatywnych skutków z punktu widzenia skuteczności wniesienia wadium i spełnienia przypisanych mu funkcji. Uznanie wadium za wniesione prawidłowo, mimo oznaczenia Beneficjenta w sposób odmienny niż przewidziany w SWZ, potwierdzają także poglądy Krajowej Izby Odwoławczej odwołujące się do funkcji i celu instytucji wadium, gdyż to pod tym kątem oceniać należy prawidłowość jego wniesienia. W poniższych stanowiskach, skład orzekający Izby nie widział również przeszkód w uznaniu jako dopuszczalnej sytuacji, w której żądanie wypłaty wadium składane jest w imieniu i na rzecz zamawiającego przez inny

uprawniony podmiot – działanie takie jest wystarczające dla skutecznego zabezpieczenia interesu zamawiającego, a zatem – nie może być traktowane jako nieprawidłowość wniesienia wadium. W przedmiotowej sprawie, podobnie jak w przytoczonych poniżej orzeczeniach, zachowana zostaje w każdym razie skuteczna możliwość zabezpieczenia interesu zamawiającego i spełniona zostaje funkcja wadium przewidziana w ustawie – wyrok z dnia 7 marca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 463/22, wyrok z dnia 24 kwietnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 632/17 oraz wyrok z dnia 15 czerwca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 688/09.
Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę na dodatkową argumentację wskazującą na prawidłowość wniesienia wadium i brak możliwości wyciągania wobec odwołującego negatywnych konsekwencji oznaczenia Beneficjenta w sposób odmienny niż wskazano w pkt 17.3 i 17.4 SWZ. Zmiany dokonane przez zamawiającego - CIRF (jak wskazuje samo pismo z dnia 8 lutego 2023 r. – „Odpowiedzi na pytania oraz Zmiana SWZ nr 8" opublikowane w dniu 14 lutego 2023 r.), zostały ograniczone do części postanowień SWZ (np. pkt 17.3. i 17.4 dotyczące oznaczenia Beneficjenta wadium) i załączników, natomiast niezmiennie w ogłoszeniu o zamówieniu (i jego kolejnych sprostowaniach publikowanych w Dzienniku Urzędowym UE), jak również w tomie I SWZ – IDW pkt 1: jako „Zamawiający" wskazane jest tylko i wyłącznie Centrum Informatyki Resortu Finansów, również w brzmieniu po zmianie SWZ nr 5 z dnia 20 stycznia 2023 r. Dopiero w informacjach dodatkowych, wskazuje się na zarządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2022 r. i jego skutki dotyczące podziału obszarów działalności poszczególnych jednostek Resortu Finansów. Natomiast, mając na uwadze literalne jednoznaczne brzmienie pkt 1 IDW oraz Sekcji I Ogłoszenia o zamówieniu – zamawiającym w postępowaniu pozostawał podmiot, który wszczął postępowanie, tj. CIRF, nawet jeśli swoje obowiązki jako zamawiającego realizował na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. Zmiany zakresu działania w ramach Resortu Finansów doprowadziły do zmian warunków zamówienia w toku trwającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie został przewidziany w ramach Pzp i skutkował wystąpieniem niespójności w treści dokumentów zamówienia, których negatywne konsekwencje nie powinny jednakże obciążać wykonawców. W istocie, oznaczenie Beneficjenta w gwarancji złożonej przez odwołującego, choć niespójne z pkt 17.3 i 17.4 SWZ, jest najbardziej prawidłowe z punktu widzenia przepisów Pzp. Jak wskazano, mimo zmian poszczególnych postanowień dokumentów zamówienia, w toku postępowania zamawiającym w rozumieniu przepisów Pzp pozostawał CIRF – wskazują na to jednoznacznie treść ogłoszenia o zamówieniu i IDW. Zgodnie z przepisami ustawy, to zamawiający dokonuje czynności takich, jak zatrzymanie czy zwrot wadium. W tym kontekście, trudno czynić odwołującemu zarzut, że oznaczył Beneficjenta gwarancji w sposób zgodny z przepisami ustawy, tj. wskazując, że Beneficjentem jest CIRF oznaczony jako zamawiający w postępowaniu. Prowadziłoby to do wniosku, że nieprawidłowość wniesienia wadium przez odwołującego, polegała na tym, że jako Beneficjenta wskazał nie podmiot określony w pkt 17.3 SWZ, ale – samego zamawiającego, zgodnie z oznaczeniem zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i pkt 1 SWZ. Twierdzenie, iż tak wniesiona gwarancja wadialna nie zabezpiecza interesu zamawiającego i nie umożliwia skutecznej realizacji funkcji wadium jest co najmniej nieuprawnione. Mając na uwadze orzecznictwo Izby w zakresie niedopuszczalności ponoszenia przez wykonawcę negatywnych konsekwencji niejasności występujących w warunkach zamówienia, w powyżej opisanych okolicznościach sprawy, odrzucenie oferty odwołującego ze względu na odmienne niż wskazano w zmianie pkt 17.3 SWZ oznaczenie Beneficjenta gwarancji jest niedopuszczalne. Szczególnie, że jak wyżej wykazano, w każdym przypadku, wniesione wadium spełnia swoją funkcję i pozwala na zabezpieczenie interesów zamawiającego (którykolwiek z ww. podmiotów by nim nie był).
W związku z powyższym, odwołujący stwierdził, że nawet jeśli uznać, że „nieprawidłowy sposób wniesienia wadium" stanowiący przesłankę odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp, oznacza nie tylko wniesienie wadium, które nie pozwala na zabezpieczenie interesu zamawiającego i nie spełnia przypisanej mu funkcji, ale każdą niezgodność w stosunku do warunków zamówienia, to występująca w tej sprawie niezgodność w oznaczeniu Beneficjenta w stosunku do pkt 17.3 SWZ, podczas gdy jest ono prawidłowe z punktu widzenia treści ogłoszenia o zamówieniu i pkt 1 IDW, nie może powodować negatywnych skutków dla odwołującego i uzasadniać odrzucenia jego oferty.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy: Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 20 czerwca 2023 r. zamawiający oraz jeden z wykonawców zgłaszających przystąpienie tj. Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie, złożyli do akt sprawy odpowiednio odpowiedź na odwołanie oraz stanowisko procesowe, w których przestawili argumentację dla wniosków o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestników, Izba ustaliła
i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień przez wykonawców:
- Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie;
- Pentacomp Systemy Informatyczne S.A. z siedzibą w Warszawie;
do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawcy stali się uczestnikami postępowania odwoławczego.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, która została przesłana do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 16 czerwca 2023 r., w tym
w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej nadal jako: „SWZ") wraz z załącznikami;

- odpowiedzi na pytania oraz zmianę SWZ nr 8 opublikowaną w dniu 14 lutego 2023 r.;
- wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej nr 350-05808007, złożone przez odwołującego wraz z ofertą oraz aneksy nr 1 i 2 do tej gwarancji;
- pismo odwołującego z dnia 28 kwietnia 2023 r. skierowane do zamawiającego, które zawierało wyjaśnienia i stanowisko w związku z zauważoną omyłką w zakresie złożonej wraz z ofertą gwarancji przetargowej nr 350-05808007, w której jako beneficjenta wskazano: Centrum Informatyki Resortu Finansów;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 29 maja 2023 r., która zawierała także informację wraz z uzasadnieniem dla odrzucenia oferty odwołującego;
2) dokumenty załączone do odpowiedzi na odwołanie:
- zarządzenie Ministra Finansów z dnia 23 grudnia 2022 r. zmieniające zarządzenie
w sprawie nadania statutu Centrum Informatyki Resortu Finansów (Dz. U. Min. Fin. z 2022 r., poz. 122);
- porozumienie z dnia 30 grudnia 2022 r. jakie Centrum Informatyki Resortu Finansów zawarło z Aplikacjami Krytycznymi Sp. z o.o.;
3) wniosek dowodowy złożony przez odwołującego w dniu 21 czerwca 2023 r., który obejmował oświadczenie gwaranta wraz z pełnomocnictwami i odpisem pełnym z KRS dotyczące gwarancji przetargowej złożonej w postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje.

W dniu 14 lutego 2023 r. Centrum Informatyki Resortu Finansów opublikowało wyjaśnienia treści SWZ, w których poinformowano wykonawców o zmianie zamawiającego. Jednocześnie, poinformowało o modyfikacji ust. 17.3 SWZ, w którym wskazano wprost, że jako beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134, 00- 805 Warszawa.
Pytanie nr 3
Prosimy o potwierdzenie, że zmianie nie ulega podmiot, na którego rzecz ma być wniesione wadium, i w dalszym ciągu jest to Zamawiający, tj. Centrum Informatyki Resortu Finansów. Czy jako Beneficjenta wadium (dla wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej) należy prawidłowo wskazać: „Centrum Informatyki Resortu Finansów"?
Odpowiedź nr 3
Zamawiający zmienia SWZ - patrz zmiana nr 8, poz. 3
Zmiana nr 8 poz. 3:
otrzymuje treść:
17.3 Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium wniesione w takiej formie, musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.
Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – ***Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134, 00-805 Warszawa***
W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści ***nieodwołalne i bezwarunkowe*** *zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego. Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.*
Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, iż wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.
17.4 Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na rachunek bankowy ***Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. w Banku GospodarstwaKrajowego, nr konta: 73 1130 1017 0020 1494 9720 0001*** *(w tytule przelewu należy wpisać znak postępowania:* ***PN/54/22/HYDB****), najpóźniej przed upływem terminu składania ofert.*
W dniu 14 lutego 2023 r. Centrum Informatyki Resortu Finansów opublikowało też informację o sprostowaniu ogłoszenia o zamówieniu (Dz.U./S S32 14/02/2023 93218-2023-PL)
w którym przytoczono informację o zmianie podmiotu zamawiającego. Z uwagi na ograniczenia możliwości modyfikacji formularzy na stronie DUUE, tę treść zamieszczono
w sekcji „Informacje dodatkowe". Centrum Informatyki Resortu Finansów, po publikacji tych wyjaśnień, we wszystkich pismach publikowanych na platformie zakupowej, wskazywało wyraźnie, że prowadzi postępowanie w imieniu i na rzecz zamawiającego – Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. na podstawie art. 37 ust. 2 i nast. Pzp.
Odwołujący załączył do swojej oferty wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wydanej przez TUiR Allianz Polska S.A., w której jako beneficjenta gwarancji wskazano Centrum Informatyki Resortu Finansów, a nie Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. Podobnie
w kolejnych dwóch aneksach do przedmiotowej gwarancji jako beneficjenta wskazano Centrum Informatyki Resortu Finansów.
Odwołujący przekazał zamawiającemu pismo z dnia 28 kwietnia 2023 r., które zawierało wyjaśnienia i stanowisko w związku z zauważoną omyłką w zakresie złożonej wraz z ofertą gwarancji przetargowej nr 350-05808007, w której jako beneficjenta wskazano: Centrum Informatyki Resortu Finansów.
W dniu 29 maja 2023 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert
w postępowaniu. W zawiadomieniu tym zamawiający poinformował również o odrzuceniu oferty odwołującego na postawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp i podał uzasadnienie dla tej czynności. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że:
Jak wynika z treści Tomu I SWZ – IDW pkt 17: WYMAGANIA DOTYCZĄCE WADIUM, pkt 17.3. i 17.4, w brzmieniu nadanym zmianą SWZ nr 8, poz. 3 (pismo z dnia 8.02.2023 r., znak: CIRF.DZ1.272.79.2022.HYDB.14, zamieszczone na Platformie w dniu 14.02.2023 r.), Zamawiający wymagał aby:
- „Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134, 00-805 Warszawa"
- „Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy musi wpłynąć na rachunek bankowy Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. w Banku Gospodarstwa Krajowego, nr konta: 73 1130 1017 0020 1494 9720 0001".
Powyższe postanowienie zostało zmienione w konsekwencji zmiany Zamawiającego
w Postępowaniu, o której to zmianie Zamawiający informował Wykonawców w toku Postępowania.
SWZ zawierała jasne i precyzyjne brzmienie postanowienia odnoszące się do określenia jako beneficjenta gwarancji spółki Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. (zarówno przy niepieniężnej, jak i pieniężnej formie wadium). Wykonawca

zobowiązany był do zabezpieczenia oferty zgodnie z wymaganiami zmodyfikowanych dokumentów zamówienia.
Załączona do oferty Transition Technologies S.A. gwarancja ubezpieczeniowa Nr 350-05808007 wystawiona przez TUiR Allianz Polska S.A. w Warszawie wskazuje jako Beneficjenta gwarancji Centrum Informatyki Resortu Finansów, a więc podmiot inny, niż wskazany w warunkach zamówienia tj. pkt 17.3. SWZ (w brzmieniu obowiązującym od dnia 14.02.2023 r.).
Bezsporne w sprawie jest, iż gwarancja wadialna została wystawiona na inny podmiot niż wskazany w SWZ. Złożona przez Transition Technologies S.A. gwarancja ubezpieczeniowa nie uprawnia Zamawiającego Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., do skutecznego żądania wypłaty środków z tej gwarancji. Tym samym gwarancja złożona przez Wykonawcę nie zabezpiecza Zamawiającego, a więc nie spełnia funkcji jakie przypisane są do instytucji wadium. Wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium najpóźniej w dniu składania ofert,
Stanowisko Zamawiającego potwierdza orzecznictwo krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku z dnia 13 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2023/17 KIO stwierdziła, że:„Zamawiający prawidłowo uznał, że gwarancja ubezpieczeniowa nie spełnia wymagań wynikających
z obowiązujących przepisów oraz treści SIWZ. Wskazanie w treści gwarancjijako jej beneficjenta, czyli podmiot, na rzecz którego zostanie spełnione świadczenie z gwarancji, innego podmiotu niż Zamawiający, czyni wątpliwym uzyskanie środków z gwarancji przez Zamawiającego. Taka treść gwarancji stwarza ryzyko, że gwarant odmówi wypłaty środków
z gwarancji na rzecz Zamawiającego ze względu na złożenie wniosku o wypłatę przez inny podmiot niż beneficjent wskazany w treści gwarancji. Podkreślić należy, że Zamawiający powinien opierać się na treści dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, w którym jasno wyrażony został zakres odpowiedzialności gwaranta i jej warunki, a wszelkie inne dokumenty i wyjaśnienia składane po upływie terminu składania ofert nie mogę mieć znaczenia ani dla decyzji Zamawiającego".
W tej sytuacji zasadne i konieczne jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W przedmiotowej sprawie Izba w znacznej mierze oparła się na stanowisku Centrum Informatyki Resortu Finansów (zwanego dalej jako: „CIRF") i przystępującego Pentacomp uznając je za słuszne i zasadne.

Za punkt wyjścia skład orzekający przyjął modyfikację nr 8 treści SWZ, która została opublikowana w dniu 14 lutego 2023 r. Modyfikacja ta obejmowała m. in. pkt 17.3 SWZ,
w którym wskazano, że *Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać* – ***Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., ul. Chmielna 132/134,***
00-805 Warszawa. Izba stwierdziła, że wskazana zmiana SWZ miała charakter jednoznaczny i nie mogła budzić żadnych wątpliwości, co do tego kogo należy wskazać jako beneficjenta gwarancji. Ponadto w dniu 14 lutego 2023 r. doszło także do zmiany ogłoszenia
o zamówieniu przez wyraźne wskazanie zmiany zamawiającego. W ocenie Izby obiektywnie irrelewantnym dla możliwości zapoznania się z tą treścią był fakt, że informacja o tym zamieszczona została w pozycji „Informacje dodatkowe" ogłoszenia o sportowaniu ogłoszenia, co wynikało tylko i wyłącznie z kwestii technicznych. Skoro treść ww. dokumentów przedstawiała jednoznaczną, opublikowaną w dniu 14 lutego 2023 r. instrukcję dotyczącą wniesienia wadium w formie gwarancji, to brak zastosowania się do niej był tylko
i wyłącznie efektem niedochowania przez odwołującego należytej staranności. Zdaniem składu orzekającego konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, że wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla odrzucenia oferty, wykonawca powinien dbać
o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. sygn. akt X Ga 189/13). Ponadto Pzp w art. 97 ust. 7 określa dopuszczalne formy wadium,
z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej.

Jak słusznie wyjaśniło CIRF – Pzp, w szczególności przepis art. 97 nie rozstrzyga wprost, kto (jaki podmiot) powinien być wskazany jako uprawniony do uruchomienia gwarancji wadialnej, jednak ta okoliczność wynika z charakteru stosunku prawnego jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa i bankowa w powiązaniu z regulacjami w zakresie zatrzymania wadium. Czynności prawne w postaci ustanowienia gwarancji mają charakter abstrakcyjny, a zakres zobowiązania który z nich wynika reguluje wyłącznie treść dokumentów gwarancyjnych. Z tego też względu – mając na uwadze, że podmiotem uprawnionym do otrzymania zatrzymanego wadium jest zamawiający, tylko on może być prawidłowym beneficjentem gwarancji, gdyż tylko zamawiający w świetle przepisu art. 98 Pzp może zatrzymać wadium w określonych tam przypadkach. Ta kwestia podnoszona jest w doktrynie – *Umowa gwarancji bankowej jest zawierana pomiędzy bankiem a beneficjentem (zamawiającym). Podstawą zawarcia umowy gwarancji bankowej jest umowa zlecenia udzielenia gwarancji bankowej, zawierana pomiędzy bankiem a zleceniodawcą (wykonawcą) […] Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową nienazwaną o konstrukcji zbliżonej do umowy gwarancji bankowej, do której stosuje się co do zasady odpowiednio przepisy dotyczące gwarancji bankowej. Stanowi pisemne zobowiązanie zakładu ubezpieczeń (gwaranta) do wypłaty na rzecz drugiej strony (beneficjenta gwarancji) określonej sumy pieniężnej, na jego żądanie, w sytuacji, w której dłużnik (wnioskodawca gwarancji) nie realizuje swoich zobowiązań (określonych w gwarancji) wobec beneficjenta. Umowa gwarancji ubezpieczeniowej jest zasadniczo zawierana pomiędzy gwarantem (zakładem ubezpieczeń) a beneficjentem (zamawiającym). Pomiędzy gwarantem (zakładem ubezpieczeń)*

a zleceniodawcą (wykonawcą) jest zawierana dodatkowa umowa o udzielenie gwarancji. (H. Nowak i M. Winiarz [red.], Prawo zamówień publicznych. Komentarz, UZP, Warszawa 2021 r.).

Tym samym niezależnie od oczywistej, wywodzonej z przepisów Pzp normy, zgodnie z którą wadium w postaci gwarancji ustanawia się na rzecz zamawiającego (a nie jakiegokolwiek innego podmiotu), tę kwestię w postępowaniu jednoznacznie rozstrzygała także treść pkt 17.3 SWZ po zmianie z dnia 14 lutego 2023 r. wskazując jako beneficjenta gwarancji lub poręczenia Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. Wobec powyższego, zasadnym jest stwierdzenie, że wskazanie w treści gwarancji wadialnej jako beneficjanta pełnomocnika zamawiającego (tj. CIRF), a nie zamawiającego (tj. Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o.), stanowiło o nieprawidłowym wniesieniu wadium jako przesłance odrzucenia oferty wykonawcy, a owa nieprawidłowość przejawia się w dwóch aspektach:

- niezgodności z Pzp, której wykładnia jasno wskazuje, że wadium wnoszone jest na rzecz zamawiającego, bowiem to wyłącznie zamawiający może zatrzymać wadium;
- niezgodności z pkt 17.3 SWZ, który wyraźnie i wprost wskazywał, że beneficjentem gwarancji powinny być Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o.

Stanowisko odwołującego sprowadzało się do stwierdzenia, że określenie w treści gwarancji CIRF jako beneficjenta nie pozbawiało Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. możliwości skutecznego żądania wypłaty wadium od gwaranta. Stanowisko takie nie było w żaden sposób umotywowane, zwłaszcza mając na względzie charakter zobowiązania jakim jest ustanowienie gwarancji zapłaty (tak ubezpieczeniowej jak bankowej). W tym miejscu należy wspomnieć o abstrakcyjnym i nieakcesoryjnym charakterze zobowiązania gwaranta z tytułu udzielonej gwarancji. Cechy te determinują konieczność literalnej wykładni tego zobowiązania. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Katowicach – *Zobowiązanie gwaranta z umowy gwarancji ubezpieczeniowej nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym (por. wyroki Sądu Najwyższego z 25 czerwca 1999 r., sygn. akt II CKN 402/98 oraz z 14 stycznia 2004 r., sygn. akt I CSK 102/03); ma charakter zobowiązania samodzielnego, którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania, w szczególności zobowiązania dłużnika ze stosunku podstawowego. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej; gwarant płaci własny, a nie cudzy dług (por. wyroki Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2006 r., III CSK 25/06 oraz z 14 stycznia 2004 r., sygn. akt I CSK 102/03)* [wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 maja 2016 r. V ACa 747/15]. Skoro gwarant spłaca swój własny dług wobec beneficjanta gwarancji, który to dług tworzy tylko i wyłącznie treść samego dokumentu gwarancji, wykluczone jest odwoływanie się do stosunku łączącego beneficjenta ze zleceniodawcą gwarancji przy wykładni treści tej gwarancji lub przy ustalaniu osób uprawnionych z niej, które nie zostały tam wprost wymienione.

W świetle powyższego, chybione były twierdzenia odwołującego, że na zobowiązanie gwaranta z ustanowionej przez niego gwarancji wpływ ma odwołanie się do postępowania (w szczególności do jego nazwy przytoczonej w treści gwarancji), które kreuje właśnie stosunek łączący zleceniodawcę (odwołującego) z beneficjentem (który w treści gwarancji został nieprawidłowo wskazany – zamiast zamawiającego, przywołano tam jego pełnomocnika). Innymi słowy, odwołanie się w treści gwarancji do nazwy postępowania, w świetle treści zobowiązania gwaranta wobec beneficjenta gwarancji jakim jest CIRF, nie tworzy żadnego uprawnienia Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. do żądania zapłaty jakiejkolwiek należności z tego tytułu, nawet w sytuacji ziszczenia się przesłanek do zatrzymania wadium odwołującemu. W gwarancji wskazano bowiem jednoznacznie (pkt 5.) – *Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta*. Skoro beneficjentem w treści gwarancji określono CIRF, Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. – jako zamawiający – nie mogą dochodzić zapłaty z niej żadnych należności. Uprawnienia Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o. w dochodzeniu roszczeń z gwarancji nie można upatrywać też w przepisie art. 65 k.c. Odwołując się ponownie do przytoczonego już wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach – *Wobec faktu, że zakres odpowiedzialności gwaranta określa dokument gwarancyjny przedkładany beneficjentowi, interpretacja jego dosłownych zapisów poprzez wykładnię oświadczeń woli dokonywaną w myśl art. 65 k.c. napotyka ograniczenia. Beneficjent nie bierze udziału w formułowaniu treści gwarancji, istotne zatem znaczenie nabiera pisemna treść dokumentu. Potrzeba ścisłego wykładania postanowień gwarancji wynika przede wszystkim z charakteru tej instytucji, ale także z celu gwarancji i interesu stron* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 maja 2016 r. V ACa 747/15). Izba nie zgodziła się też z odwołującym, że w tym kontekście należy wziąć pod uwagę świadomość gwaranta, co do tego, w jakich okolicznościach zgodnie z przepisami ustawy zamawiający jest uprawniony do żądania zapłaty kwoty wadium (sumy gwarancyjnej) i jakiego postępowania to dotyczy. Fakt, iż gwarant – mimo przytoczenia w treści gwarancji nazwy postępowania – wystawiając gwarancję już po dniu 14 lutego 2023 r. a więc zmianie treści SWZ opisanej wyżej (oraz kolejne dwa aneksy do tej gwarancji jeszcze później), wskazał w nich wszystkich CIRF jako beneficjenta, świadczy o tym, iż nie miał on wiedzy o tym w jakich okolicznościach, jeśli chodzi o zmianę zamawiającego, udziela tej gwarancji. Tym samym, trudno wywodzić, że zaaprobowałby i uwzględnił żądanie zapłaty skierowane do niego nie przez CIRF, a przez Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o.

Podkreślić przy tym należy, że to właśnie do zamawiającego należy ostateczna decyzja o zatrzymaniu wadium, a jakiekolwiek zaniechania w tym zakresie, obciążają nikogo innego jak właśnie zamawiającego. Tym samym uprawnionym i zobowiązanym do podejmowania czynności związanych z zatrzymaniem wadium, żądaniem zapłaty przez ubezpieczyciela, a w konsekwencji odpowiedzialnym za zaniechania w tym zakresie jest tylko i wyłącznie zamawiający – Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. Wobec tego nie sposób przyjąć, że wskazanie jako beneficjenta gwarancji innego podmiotu niż zamawiający w odpowiedni sposób zabezpiecza jego interesy. Zwrócić bowiem należy uwagę, że CIRF i Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. to dwa różne, niezależne od siebie, niepozostające w stosunku zależności podmioty. Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o., to spółka prawa handlowego posiadająca osobowość prawną, a CIRF stanowi jednostkę budżetową Skarbu Państwa (a więc również osoby prawnej) i nie można ich ze sobą utożsamiać nawet biorąc pod uwagę kapitał właścicielski zamawiającego. Z całą pewnością, relacje organizacyjne na które próbował powołać się odwołujący są irrelewantne dla cywilnoprawnego umocowania do działania przez CIRF na rzecz Aplikacji Krytycznych Sp. z o.o., wobec gwaranta.

Izba uznała również za zasadne wskazać, że orzecznictwo przedstawione przez odwołującego w celu poparcia swojego stanowiska należy uznać za nieadekwatne. Po pierwsze wyrok w sprawie o sygn. akt KIO 883/11, na który powołał się odwołujący w pkt VIII uzasadnienia odwołania jest nieadekwatny do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, wskazać bowiem należy, że Izba rozpatrywała w nim kwestie wskazania jako beneficjenta Starostwa Powiatowego, zamiast określonego powiatu, co w tamtym stanie faktycznym nie prowadziło do wątpliwości w zakresie możliwości żądania wypłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją wadialną. Po drugie w stanie faktycznym sprawy o sygn. akt. KIO 463/22 gwarancja wadialna została wystawiona na jednostkę budżetową miasta, a nie na samo miasto jako

zamawiającego. Oczywistym jest przy tym, że samorządowa jednostka budżetowa nie posiada samodzielnej i odrębnej osobowości prawnej od jednostki samorządu terytorialnego miasta (art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych [Dz. U. z 2022 r. poz. 1634 ze zm.]). W tym więc przypadku, wskazanie jednostki budżetowej zamiast miasta było w zasadzie odmiennym wskazaniem tego samego podmiotu prawa. Po trzecie w stanie faktycznym sprawy o sygn. akt KIO 632/17, w treści gwarancji wadialnej wskazano oddział spółki zamiast „samą" spółkę. Oddział nie posiada odrębnej od spółki osobowości prawnej, a stanowi jedynie wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część danej spółki. Podobnie więc i w tym przypadku, wskazanie w gwarancji oddziału spółki było wskazaniem *de facto* samej spółki.

W przedmiotowej sprawie, sytuacja była odmienna, bowiem gwarancja wadialna została wystawiona na inny podmiot prawa niż zamawiający. Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. to osoba prawna odrębna od CIRF, które jest z kolei jednostką budżetową Skarbu Państwa, a więc innej osoby prawnej. Nie zmienia tego relacja umowna jaka łączy te dwa podmioty
w postaci powierzenia CIRF przez zamawiającego pomocniczych działań zakupowych. Wskazać należy, że w bardzo zbliżonym stanie faktycznym, gdzie wadium zostało wystawione na pełnomocnika zamawiającego (spółkę komunalną, prowadzącą postępowanie w imieniu miasta) zamiast na zamawiającego i przy analogicznych postanowieniach dokumentów zamówienia w zakresie wnoszenia wadium jak w tej sprawie, Izba uznała ustanowienie wadium w ten sposób jako nieprawidłowe, uznając za konieczne odrzucenie oferty wykonawcy (zob. wyrok z dnia 17 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1013/20 – zarzut dotyczący konsorcjum Roverpol).

Izba nie wzięła pod uwagę dowodu złożonego przez odwołującego, który obejmował oświadczenie gwaranta wraz z pełnomocnictwami i odpisem pełnym z KRS. Jak wskazano powyżejza niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Złożone przez odwołującego oświadczenie stanowiło interpretację gwarancji przez gwaranta wbrew jej treści, zatem nie mogło doprowadzić do uznania stanowiska odwołującego. Ponadto oświadczenie gwaranta, stanowiło *de facto* zmianę treści gwarancji. Skoro treść gwarancji określała CIRF jako beneficjenta, to poszerzenie grupy podmiotów uprawnionych do dochodzenia lub otrzymania należności
z tytułu gwarancji, należy traktować jako faktyczną zmianę beneficjenta gwarancji. Jak wskazuje się w bogatym i niekwestionowanym orzecznictwie Izby, zmiana treści gwarancji wadialnej po upływie terminu składania ofert jest niemożliwa. Dodatkowo Izba zwróciła uwagę na pismo odwołującego z dnia 28 kwietnia 2023 r., skierowane do zamawiającego, które zawierało wyjaśnienia i stanowisko w związku z zauważoną omyłką w zakresie złożonej wraz z ofertą gwarancji przetargowej nr 350-05808007, w której jako beneficjenta wskazano: CIRF. Do pisma tego nie załączono oświadczenia gwaranta, a także odwołujący w tym piśmie nie wskazał, że Aplikacje Krytyczne Sp. z o.o. mogą być beneficjentem gwarancji. W związku z tym przedmiotowy dowód Izba potraktowała również jako sporządzony wyłącznie na potrzeby toczącego się postępowania odwoławczego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:…….

…….

…….