Sygn. akt: KIO 3725/21

WYROK

z dnia 12 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2021 r. przez wykonawcę: R.H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H., Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Nadleśnictwo Osie, ul. Rynek 11, 86-150 Osie,

przy udziale wykonawcy: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Zalesie 19, 89-511 Celcyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3725/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 16 Pzp, art. 223 ust. 1 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. z siedzibą w Zdrojach w zakresie pakietu nr XII oraz art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór ww. oferty jako najkorzystniejszej w pakiecie nr XII i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr XII oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. z siedzibą w Zdrojach i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr XII;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie zarzutów;

3. kosztami postępowania obciąża w części % zamawiającego: Skarb Państwa - Nadleśnictwo Osie, ul. Rynek 11, 86-150 Osie i w części % wykonawcę: R. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H., Buszkowo

75/2, 86-010 Koronowo, i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

R.H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H., Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,

3.2. zasądza od zamawiającego: Skarb Państwa - Nadleśnictwo Osie, ul. Rynek 11, 86-150 Osie na rzecz wykonawcy: R. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R.H., Buszkowo 75/2, 86-010 Koronowo kwotę 5 700 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy siedemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 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 3725/21

Uzasadnienie

Zamawiający, Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Osie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Osie w roku 2022". Ogłoszone o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2021 r. pod nr ogłoszenie nr 2021/S 209-547673.

W dniu 17 grudnia 2021r. Zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty m.in. w pakiecie nr IV i XII.

Wykonawca R. H. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne R. H. z siedzibą w Buszkowie, na podstawie art. 513, art. 515 ust. 1 w zw. z art. 514 ust. 1 w zw. z

art. 505 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp", wniósł odwołanie na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w pakiecie nr IV oraz w pakiecie nr XII zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez firmę M. K. Handel i Usługi z siedzibą w Zalesiu, która nie jest zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium (w zakresie pakietu nr IV),

2. art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez firmę Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. z siedzibą w Zdrojach, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia (w

zakresie pakietu nr XII),

3. art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą, zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie

pakietu nr IV oraz pakietu nr XII).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr IV oraz pakietu nr XII zamówienia,

2. powtórzenia oceny ofert, w tym odrzucenia w zakresie pakietu nr IV oferty złożonej przez firmę M. K. Handel i Usługi,

3. powtórzenia oceny ofert, w tym odrzucenia w zakresie pakietu nr XII oferty złożonej przez firmę Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M.,

4. powtórzenia oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w

pakiecie nr IV oraz pakiecie nr XII,

5. zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert, odrzucił oferty nieważne, wówczas oferta Odwołującego mogłaby zająć wyższą pozycję w rankingu i tym samym uzyskać zamówienie publiczne.

Odnośnie zarzutu sformułowanego wobec oferty złożonej przez firmę M. K. Handel i Usługi (pakiet nr IV), która winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp, ponieważ oferta nie została zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści dokumentów zamówienia (rozdział 11 SWZ) określił wymagania dotyczące wadium w pkt. 11.5.:

„(...) Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie będzie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP. I dalej w pkt. 11.6. specyfikacji - Treść gwarancji wadialnej musi zawierać następujące elementy:

1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,

2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem - określenie przedmiotu zamówienia

3) kwotę gwarancji/poręczenia,

4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP."

Wskazany w pkt. 11.6 ppkt. 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia art. 98 ust. 6 Pzp stanowi, iż Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium

wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Wykonawca, M. K. Handel i Usługi wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 19 listopada 2021r. Z treści gwarancji wynika jednoznacznie, iż gwarant tj. Bank Spółdzielczy w Koronowie zobowiązuje się do zapłaty wadium określonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Osie w roku 2022" ogłoszonego przez: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Osie. Gwarancja zabezpiecza wypłatę wadium, we wszystkich przypadkach powodujących utratę wadium przez Wykonawcę, określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy PZP na następujące części zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Osie w roku 2022"

Tym samym, gwarancja bankowa zagwarantowała zapłatę wadium tylko i wyłącznie w sytuacjach określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy PZP. Warto podkreślić, iż wskazane artykuły: art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 nie występują w ustawie z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych.

Ponadto, z treści gwarancji nie wynika do jakiego stanu prawnego się ona odwołuje. Nie sposób wywieść z zapisu „ustawy PZP" faktu odniesienia się do nieobowiązującego już stanu prawnego. Gwarancja wystawiona ponad 11 miesięcy po wejściu w życie przepisów ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych nie odwołuje się do nieobowiązującej już od prawie roku ustawy.

Odwołujący powołał się na orzeczenie KIO z dnia 27 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1003/21, w którym oceniana przez Izbę sytuacja była odwrotna, bowiem wykonawca złożył gwarancję odwołującą się do przepisów ustawy z 11 września 2019r. w postępowaniu prowadzonym jeszcze na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004r., jednakże Izba bardzo wyraźnie podkreśliła, iż treść gwarancji musi wyraźnie, jasno i konkretnie określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. Dopiero wówczas można mówić o wadium, które skutecznie zabezpiecza ofertę.

Reasumując gwarancja wadialna wniesiona przez wykonawcę M. K. Handel i Usługi pozwalałaby na wystąpienie o zwrot wadium jedynie w sytuacji określonej w pkt. 1 gwarancji odnoszącej się do przepisów, których w ustawie nie ma. Wskutek powyższego oferta jest nieważna.

Odnośnie zarzutu dotyczącego oferty złożonej przez firmę Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. (pakiet nr XII), która winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp jako oferta, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia, Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią w pkt. 3.1 ppkt. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia (rozdział 3 SWZ pn. Opis przedmiotu zamówienia), zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz gospodarki szkółkarskiej, nasiennictwa i utrzymania infrastruktury leśnej wynikające z Załącznika nr 3 do SWZ, na który składają się: Załącznik nr 3.1. - rozmiar prac według grup czynności, czynności i lokalizacji; Załącznik nr 3.2. - układ sortymentowy pozyskania drewna; Załącznik nr 3.3. - zestawienie odległości i warunków zrywki drewna; Załącznik nr 3.4. - zestawienie pozycji nieudostępnionych dla pozyskania maszynowego; Załącznik nr 3.5. - informacja o stosowaniu możliwych technologii pozyskania drewna; Załącznik nr 3.6. - lokalizacja dołów na sadzonki; Załącznik nr 3.7. - przewidywana ilość szyszek i miejsca ich zbioru. Tym samym przedmiot zamówienia został określony bardzo szczegółowo.

Zamawiający wskazał w pkt. 15 ppkt. 1 oraz 15 ppkt. 6 SWZ (rozdział 15 SWZ pn. Sposób obliczenia ceny), iż wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ) dla Pakietu, na który składa swoją ofertę. Określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ (Załącznik nr 12 do SWZ) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty. Jednocześnie pkt. 15 ppkt 2 stanowi - „Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ)."

Wykonawca, Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. złożył ofertę na pakiet nr XII, w której został załączony Kosztorys ofertowy, w którym winny zostać uwzględnione wszystkie wyceny stanowiące podstawę obliczenia ceny ofertowej. W treści kosztorysu ofertowego nie ujęto pozycji o nazwie „Żelowanie sadzonek pozostałych", numer pozycji w STWPL 283, kod czynności ŻEL-IL. Nie ulega zatem wątpliwości, iż wykonawca Zakład Usług Leśnych

DRWAL realizacji tej właśnie czynności nie zaoferował. Powyższe skutkuje złożeniem oferty niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Odwołujący podniósł, że niezgodność treści oferty z treścią dokumentów zamówienia (w tym Specyfikacji Warunków Zamówienia) w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji i

którego przyjęcia oczekuje. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniania z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty" należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia. „Treść oferty" to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym, w tym również Kosztorys ofertowy. W przypadku formy wynagrodzenia obliczanego właśnie na podstawie kosztorysu, za treść oferty uznaje się formularz ofertowy oraz składany z tym formularzem kosztorys ofertowy.

Wskazując na orzeczenie KIO z dnia 12 marca 2021r., sygn. KIO 503/21, Odwołujący podkreślił, że niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak określenia elementów ceny jednostkowej czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta danego wykonawcy w warstwie merytorycznej nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z jego elementów. Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty wykonawcy, której zamawiający nie może samodzielnie poprawić, jeżeli brak jest możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego.

Należyta staranność określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej (vide: wyrok SA w Poznaniu z dnia 08.03.2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego precyzuje, że należytą staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający nie tylko naruszył przepisy ustawy Pzp w zakresie nieprawidłowej oceny oferty wykonawcy w zakresie pakietu nr XII, ale również doprowadził do renegocjacji treści oferty wskutek wezwania firmy Zakład Usług Leśnych DRWAL do wyjaśnienia treści oferty w zakresie brakującej pozycji, pismem z dnia 9 grudnia 2021r.

Odwołujący podniósł, że instytucja wyjaśnienia treści oferty stanowi swoiste ,,narzędzie" Zamawiającego, dzięki któremu może on pozyskać dodatkowe informacje, co w przypadkach wątpliwości pozwala na należytą ocenę sytuacji (oferty). Uprawnienie Zamawiającego żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą i zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Jednakże w prowadzonym postępowaniu do takich renegocjacji doszło, bowiem wskutek wezwania do wyjaśnień Zakład Usług Leśnych DRWAL nie tylko zaoferował w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2021r. realizację pozycji, ale jeszcze nieodpłatnie.

Odwołujący zwrócił uwagę na zawarte w treści wyjaśnień oświadczenie wykonawcy Zakład Usług Leśnych DRWAL, że w zał. Nr 2 do SWZ dla Pakietu nr 1 oraz Pakietu nr 12 nie wypełnił kolumn dotyczących czynności ŻEL-IL, ponieważ były one niewidoczne w w/w załączniku. Oświadczenie to nie pozostawia wątpliwości, iż intencją wykonawcy na etapie składania oferty było złożenie oferty bez wypełnienia tej pozycji.

Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywołał wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 1049/18 wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (wyrok z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 Slovensko a.s., orzeczenie z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu; orzeczenie z

dnia 11 maja 2017 roku w sprawie C-131/16 Archus sp. z o.o. i Gama J. L. przeciwko

Polskiemu Górnictwu Naftowemu i Gazownictwu S.A.; orzeczenie z dnia 29 marca 2012 roku

w sprawie C-599/10 ELV Slovensko a.s. i in. Przeciwko Urad pre verejne obstaravanie; orzeczenie z dnia 10 października 2013 roku w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning,

Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S). Odwołujący podkreślił, że nie są dopuszczalne wyjaśnienia wykonawcy, które prowadzą do zmiany treści oferty, poprzez uzupełnienie oświadczenia, którego brak jest w ofercie pierwotnej. Wyjaśnienie Zakładu Usług Leśnych DRWAL w tym przypadku doprowadziło do zaoferowania realizacji brakującej pozycji - czynności ŻEL-IL - doprowadzając de facto do negocjacji treści oferty pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą. Wyjaśnienia wykonawcy zawierają dodatkowe oświadczenie co do treści oferty, której nie było w złożonej ofercie pierwotnie. Uzupełnienie przez Zamawiającego brakującej pozycji w ofercie powoduje dopisanie czynności ŻEL-IL, i żadna część oferty nie pozwala Zamawiającemu na ustalenie kosztów realizacji tej czynności. Całkowicie irracjonalne jest również wezwanie Zamawiającego do potwierdzenia, iż dana czynność ma być wykonywania nieodpłatnie. Zamawiającemu nie wolno wymuszać na wykonawcach świadczenia usług nieodpłatnie, zwłaszcza, iż wskazany pkt. 15 ppkt. 2 SWZ stanowi - Ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności.

Reasumując oferta wniesiona na pakiet nr XII przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych DRWAL jest ofertą nieważną, gdyż brak prawidłowej wyceny wymaganych pozycji - czynności ZEL-IL - uniemożliwia prawidłowe rozliczenie wykonanych usług, zgodnie z wymogami dokumentów zamówienia.

Wykonawca: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3725/21 po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący podniósł, że argumentacja Odwołującego jest niespójna i nielogiczna oraz niezgodna z wymaganiami określonymi w SWZ i z przepisami, na które się Odwołujący powołuje. Przystępujący wskazał, że ani z przepisów Pzp, ani z SWZ nie wynika, że treść gwarancji musi zawierać przywołanie aktu prawnego, czy numeru we właściwym publikatorze. Z drugiej strony nie jest także wymagane enumeratywne wymienienie przesłanek, których wystąpienie powoduje możliwość utraty wadium. Zgodnie z treścią SWZ (rozdział II .6 ppkt 4) wymaga się, aby treść gwarancji zawierała zobowiązanie gwaranta do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy PZP. Pogrubiony fragment w zdaniu poprzedzającym świadczy o miejscu, gdzie występuje zestawienie okoliczności zatrzymania wadium, nie zaś o konieczności wymienienia tego przepisu w treści gwarancji. Przystępujący stoi na stanowisku, że odwoływanie się w treści gwarancji do konkretnych przepisów aktu prawnego regulującego zamówienia publiczne ma na celu odwołanie się do opisanych w tych przepisach przesłanek zatrzymania wadium (stanów faktycznych, nie zaś prawnych — np. odmowa zawarcia umowy). Gdyby intencja była inna — taka jak zdaje się chciałby Odwołujący — wówczas ten wymóg skonstruowany byłby odmiennie (np. „treść gwarancji musi zawierać wskazanie art. 98 ust 6 ustawy z dnia 11 września PrZamPubl"), Zdaniem Przystępującego, istotnym jest, aby z gwarancji wynikała możliwość jest uruchomienia jeśli zajdą takie stany faktyczne, które wymienione są w art. 98 ust. 6 Pzp. Jeśli identyczne stany faktyczne są wymienione w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy poprzednio obowiązującej, to gwarancja zabezpiecza wypłatę wadium dokładnie w tych samych okolicznościach. Dla oceny tej sytuacji niezbędna jest analiza przesłanek zatrzymania wadium opisanych w obu aktach prawnych, tj. w ustawie obowiązującej do 31.12.2020 r. oraz obowiązującej po tej dacie. Przystępujący powołał się na orzeczenie KIO 530/21 na poparcie swoich twierdzeń. Jeśli zatem przesłanki zatrzymania wadium w obu aktach prawnych są tożsame, to dla skuteczności gwarancji wadialnej nie ma znaczenia, że powołano się w niej na akt prawny poprzednio obowiązujący. Oczywiście występuje nieścisłość o charakterze formalnym, której należy unikać, ale w żaden sposób nie czyni ona gwarancji dokumentem, na podstawie którego Zamawiający nie mógłby dochodzić swoich roszczeń. Przystępujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej (w sprawie z odwołania przeciwko innej jednostce Lasów Państwowych) zawarte w uzasadnieniu wyroku z 15 marca 2021 r. sygn. akt KIO 623/21. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący poza podnoszeniem faktu wpisania przepisów nieobowiązującego aktu prawnego do treści gwarancji - nie wykazał żadnych innych argumentów świadczących o tym, że na podstawie złożonych gwarancji Zamawiający nie będzie mógł w przyszłości zaspokoić swoich roszczeń.

Pismem z dnia 5 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:

a) pisma Banku Spółdzielczego w Koronowie z dnia 8 2021 r. na wykazanie faktu potwierdzenia zabezpieczenia wypłaty wadium przez Bank Spółdzielczy w Koronowie,

b) potwierdzenia realizacji umów wykonywanych przez M. K., prowadzącego działalność pod firmą Handel i Usługi M. K. na wykazanie faktu wiarygodności wykonawcy, wykonywania umów na usługi leśne w sposób prawidłowy i dokonania wykładni oświadczenia woli Banku Spółdzielczego w Koronowie o udzieleniu gwarancji wadialnej w trybie art. 65 par. 1 k.c., to jest wykazania jaki był zgodny zamiar stron i cel oświadczenia Banku,

c) pisma Zamawiającego z dnia 9 grudnia 2021 r. oraz pisma Zakładu Usług Leśnych DRWAL N. M. z dnia 13 grudnia 2021 r. na wykazanie faktu, że wyjaśnienie niezgodności treści oferty z treścią SWZ nie wpłynęło w żaden sposób na treść oferty i cenę ofertową Zakładu Usług Leśnych DRWAL N. M.,

oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że jak wynika z orzecznictwa, konieczne jest, aby gwarancja zapewniała możliwość skorzystania z niej przez Zamawiającego, jeżeli ziszczą się przesłanki określone w art. 98 ust. 6 Pzp. Gwarancja bankowa złożona przez wykonawcę, na nieważność której powołuje się Odwołujący, spełnia ten podstawowy wymóg, bowiem do uznania wadium za wniesione prawidłowo nie jest konieczne zamieszczenie w treści gwarancji art. 98 ust. 6 Pzp (KIO 2227/13, KIO 229/13). Określenie warunków zapłaty z tytułu gwarancji jest możliwe przez opisanie sytuacji, w których gwarant będzie zobowiązany do zapłaty, a także przez lakoniczne wskazanie, że gwarant zapłaci na zasadach określonych w Pzp (wyrok z dnia 14.10.2014 r. o sygn. akt. KIO 2016/14).

Zamawiający wskazał, że z gwarancji bankowej wystawionej przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w żaden sposób nie wynika, aby Zamawiający w sytuacjach określonych w art. 98 ust 6 Pzp nie mógł się z gwarancji zaspokoić. Co więcej wystawca gwarancji, czyli Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 8 grudnia 2021 r. potwierdził, że udzielając gwarancji Bank faktycznie zobowiązał się do jej wykonania na warunkach w gwarancji określonych w zakresie wynikającym z art. 98 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

Z gwarancji literalnie wynika, że zabezpiecza ona spłatę wadium. Pojęcie wadium w tym przypadku ma jednoznacznie nadane znaczenie na płaszczyźnie specyfikacji warunków zamówienia oraz ustawy Pzp. Art. 98 ust. 6 Pzp jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, który ma zastosowanie również do udzielonej wykonawcy gwarancji bankowej, Jak wskazuje orzecznictwo, treść gwarancji bankowej również podlega wykładni (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt VII Aga 127/12, postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 czerwca 2020 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 726/19).

Mając na uwadze tezy w cytowanych wyżej wyrokach oraz pismo Banku Spółdzielczego w Koronowie z dnia 8 grudnia 2021 r. należy stwierdzić, że oświadczenie złożone przez Bank, zabezpiecza spłatę przez wykonawcę wadium na rzecz Zamawiającego. Oznacza to, że w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp bank będzie miał obowiązek wypłacić Zamawiającemu kwotę wadium. Błąd występujący w gwarancji banku poprzez przywołanie art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 Pzp czyli artykułu ustawy pzp z dnia 29 stycznia 2004 r., która w chwili wystawienia gwarancji nie obowiązywała, nie powinien skutkować jej nieważnością, bowiem w nowej ustawie Pzp z dnia 11 września 2019 r. kwestia zwrotu lub zatrzymania wadium została uregulowana w art. 98 Pzp. Zamawiający zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego, j.w., dokonał wykładni oświadczenia woli Banku Spółdzielczego w Koronowie na trzech poziomach, to jest ustalił literalne brzmienie treści gwarancji, ustalił treść oświadczenia woli przy zastosowaniu reguł określonych w art. 65 § 1 k.c. oraz ustalił sens złożonego oświadczenia woli przez bank, przez odwołanie się do zgodnego zamiaru stron i celu, któremu miało służyć oświadczenie banku, to jest zagwarantować zapłatę przez wykonawców wadium.

Zamawiający dodatkowo podniósł, że wykonawca M. K., prowadzący działalność pod firmą Handel i Usługi M. K. realizował usługi leśne dla Nadleśnictwa zarówno osobiście jak i w konsorcjum firm w latach 2017 — 2021 r., czyli przez okres pięciu lat. Jak wynika z potwierdzenia realizacji umów z dnia 3 stycznia 2022 r. wszystkie usługi wykonał prawidłowo i zgodnie z umową. Zamawiający miał na uwadze tą okoliczność dokonując analizy treści gwarancji zgodnie z wytycznymi wynikającymi z tez orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 23 maja 2019 r.

Zamawiający podniósł, iż podejmując decyzję o nieodrzuceniu oferty wykonawcy M.

K., prowadzący działalność pod firmą Handel i Usługi M. K. kierował się również zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt. 3 Pzp. Zamawiający uważa (podobnie jak autor

tezy XIII komentarza do PZP, A. G.-B., E. W., A. W., P. W., wyd. W. K., Warszawa 2021 r. teza XIII do art. 16 str. 132), że nie powinno się odrzucać wartościowych ofert w przypadku wystąpienia w nich drobnych błędów lub nieścisłości. Zamawiający w postępowaniu kierował się interesem Skarbu Państwa, który reprezentuje i ochroną jego interesów finansowych i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty dla Skarbu Państwa.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutem, który dotyczy złożenia oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego w zakresie pakietu nr XII. Zamawiający w dniu 9 grudnia 2021 r. na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp skierował do firmy Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. pismem z dnia 13 grudnia 2021 r. wyjaśnił, że nie wypełnił wskazanej pozycji, ponieważ nie była ona widoczna w załączniku oraz jednocześnie podkreślił, iż jej wypełnienie „nie zmieniłoby treści oferty i nie dokonałbym zmiany ceny zawartej w tej ofercie. Deklaruję wykonanie czynności ŻEL-IL bez dodatkowego wynagrodzenia".

Zamawiający podniósł, iż w zaistniałym stanie faktycznym pominięcie wyceny „żelowania sadzonek pozostałych" w żaden sposób nie wpłynęło na cenę oferty. Oferta firmy Odwołującego — kosztorys ofertowy z dnia 24 listopada 2021 r. załącznik nr 2 do SWZ przewidywała wykonanie usług „żelowania sadzonek pozostałych na kwotę brutto 1.728,54 zł. Gdyby hipotetycznie przyjąć, iż wykonawca - Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M., przyjąłby w kosztorysie wycenę tych usług na podobnym poziomie co Odwołujący - na poziomie kwoty 2.000 zł, to wycena tej pozycji w stosunku do ceny ofertowej Zakładu Usług Leśnych DRWAL N. M. (cena ofertowa 430.194,67 zł) wynosiłaby 0,00465 %, czyli w istocie miałaby znikomy wpływ na cenę oferty. Zamawiający podkreślił, że oferta cenowa

Odwołującego na ten pakiet wynosiła 467.365,74 zł, t.j. o 37.161,07 zł wyższa od oferty Zakładu Usług Leśnych DRWAL N. M.

Zamawiający podniósł, że podejmując decyzję o nieodrzuceniu oferty Zakładu Usług Leśnych DRWAL N. M. kierował się zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt. 3 Pzp. Zamawiający uważa (podobnie jak autor tezy XIII komentarza do PZP, A. G.-B., E. W., A. W., P. W., wyd. W. K., Warszawa 2021 r. teza XIII do art. 16 str. 132), że nie powinno się odrzucać wartościowych ofert w przypadku wystąpienia w nich drobnych błędów lub nieścisłości. Zamawiający w postępowaniu kierował się interesem Skarbu Państwa, który reprezentuje i ochroną jego interesów finansowych. W tym konkretnym przypadku druga w kolejności oferta Odwołującego była mniej korzystna o kwotę 37 161,07 zł.

Ponadto, Zamawiający kierując pismo do wykonawcy z dnia 9 grudnia 2021 r. niczego nie wymuszał. Wykonawca mógł udzielić całkowicie innych odpowiedzi na zadane pytania niż te które faktycznie udzielił.

Z zarzutem naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp również Zamawiający się nie zgodził. Zamawiający wybierając oferty kierował się przede wszystkim właściwym zarządzaniem mieniem Skarbu Państwa i ochroną jego interesów finansowych, stosując zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, stosownie do art. 555 Pzp.

Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania w zakresie pakietu nr IV i pakietu nr XII zamówienia, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K. zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego, stosownie do wymogów art. 525 ust. 1-3 Pzp.

Zarzut nr 1. - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 14 Pzp, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy złożonej przez firmę M. K. Handel i Usługi, która nie jest zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium w zakresie pakietu nr IV.

Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z SWZ, Zamawiający wymagał wniesienia przez wykonawców wadium na poszczególne pakiety, w tym na pakiet nr IV - w kwocie 14 000,00 zł.

W pkt 11.4 SWZ Zamawiający wskazał, że „Z treści wadium wnoszonego w formie: gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych 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 powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP."

Zgodnie z postanowieniem pkt 11.5 SWZ, „Wadium wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 11.2. ppkt 2)-4) należy przekazać Zamawiającemu wraz z Ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznymi osób upoważnionych do jego wystawienia. Wadium musi zabezpieczać ofertę na daną część zamówienia przez cały okres związania ofertą. Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie będzie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP."

W pkt 11.6 SWZ Zamawiający określił elementy, które musi zawierać treść gwarancji wadialnej:

1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,

2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem - określenie przedmiotu zamówienia

3) kwotę gwarancji/poręczenia,

4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp.

Przepis art. 98 ust. 6 Pzp stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2-4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli:

1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) wykonawca, którego oferta została wybrana:

a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Wykonawca, M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej - Gwarancji nr 6/2021, która została wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 19 listopada 2021r. Z treści ww. Gwarancji wynika, że Gwarant zobowiązuje się bezwarunkowo i nieodwołanie do zapłaty wadium określonego w Specyfikacji warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego „we wszystkich przypadkach powodujących utratę wadium przez Wykonawcę, określonych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy PZP".

W ocenie Izby, powyższa treść gwarancji spełnia wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Nie budzi wątpliwości, zdaniem Izby, fakt, że wskazane przepisy, tj. art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 Pzp, odnoszą się do regulacji prawnych dotyczących wadium pod rządami uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.). Wskazanie nieaktualnych przepisów jest wynikiem omyłki, która, w ocenie Izby, jest oczywista, bez potrzeby jakiejkolwiek pogłębionej analizy treści gwarancji. Treść gwarancji zawiera bowiem wszystkie pozostałe elementy odpowiadające wymaganiom Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, odnosi się jednoznacznie do okoliczności przedmiotowego postępowania, wynikających z ogłoszenia o zamówieniu i SWZ.

W ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych(t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) regulacje w zakresie wadium (zawarte w art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp) znajdują w art. 98 ust. 6, w którym opisane są stany faktyczne, tj. przesłanki, po spełnieniu których zamawiający zatrzymuje wadium.

Nie ulega wątpliwości, że treść gwarancji powinna zawierać m.in. zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp, co nie oznacza, że musi zawierać przytoczenie wprost treści tego przepisu. Zamawiający nie określił w SWZ, w jaki sposób okoliczności zawarte w art. 98 ust. 6 Pzp powinny być opisane w treści gwarancji. Skoro okoliczności wskazane w art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 poprzedniej ustawy Pzp, odpowiadają okolicznościom określonym w art. 98 ust. 6 Pzp,, to należy uznać, że zakres wskazanych w treści złożonej gwarancji okoliczności zatrzymania wadium (w oparciu o treść art. 46 ust. 4 a i art. 46 ust. 5 poprzedniej ustawy Pzp) został określony zgodnie z art. 98 ust. 6 Pzp, chociaż poprzez odniesienie do treści przepisów uchylonej ustawy Pzp.

Izba podziela w pełni stanowisko prezentowane w orzecznictwie, że treść gwarancji musi wyraźnie i jasno określać przypadki uprawniające zamawiającego do zatrzymania wadium, tak by nie występowały żadne wątpliwości co do zakresu odpowiedzialności gwaranta i żadne ryzyka mogące czynić niemożliwym zrealizowanie przez zamawiającego przysługującego mu prawa zatrzymania wadium. W niniejszej sprawie, fakt określenia tych przypadków, poprzez odwołanie się do poprzednio obowiązujących przepisów ustawy Pzp nie dyskwalifikuje ważności gwarancji i zabezpieczenia wypłaty wadium na rzecz Zamawiającego w przypadkach wskazanych w art. 98 ust. 6 Pzp. Biorąc pod uwagę pełną treść dokumentu gwarancji, jak i cel tego dokumentu i zamiar stron tego stosunku prawnego, nie sposób uznać, że omyłkowe wskazanie przepisów Pzp powoduje nieważność gwarancji wniesionej w przedmiotowym postępowaniu. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że powyższy zakres odpowiedzialności Gwaranta z wystawionej Gwarancji został potwierdzony dodatkowo w oświadczeniu Banku Spółdzielczego w Koronowie - pismem z dnia 8 grudnia 2021r.

Reasumując gwarancja wadialna wniesiona przez wykonawcę M. K. Handel i Usługi zabezpiecza ofertę wadium w przypadkach określonych w art. 98 ust. 6 Pzp i w związku z powyższym oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Pzp. Izba nie stwierdziła naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawcę: M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi, jako najkorzystniejszej, zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty w zakresie Pakietu nr IV.

Zarzut nr 2 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M., której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie Pakietu nr XII.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U, z 2021 r. poz. 1275 z późn. zm. - „Ustawa o lasach") obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz z gospodarki szkółkarskiej nasiennictwa i utrzymania infrastruktury leśnej, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Osie w roku 2022.

Zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia obejmuje sumaryczne ilości prac z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz z gospodarki szkółkarskiej, nasiennictwa i utrzymania infrastruktury leśnej wynikające z Załącznika nr 3 do SWZ

Pakiet nr 12 obejmuje: „Realizację w 2022 roku usług związanych z prowadzeniem gospodarki leśnej na terenie leśnictwa Średnik".

W pkt 5.1 SWZ Zamawiający przewidział możliwość udzielenia zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 Pzp, w okresie 3 lat od dnia udzielenia zamówienia podstawowego. Zamówienia te polegać będą na powtórzeniu usług podobnych do usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.

W pkt 13.4 lit. a SWZ Zamawiający opisał sposób przygotowania ofert, w tym m.in. wskazał, że w terminie składania ofert określonym w pkt 14.1. SWZ wykonawca zobowiązany jest złożyć Zamawiającemu ofertę zawierającą: Formularz Oferty (sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ) wraz z Kosztorysem Ofertowym (sporządzonym wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ), sporządzone pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej (tj. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym),

Zgodnie z pkt 15.1 SWZ, wykonawca zobowiązany jest podać w Formularzu Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ) dla Pakietu, na który składa swoją ofertę.

W pkt 15.2 SWZ zostało zawarte postanowienie, iż ceny jednostkowe za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład Pakietu powinny być podane na Kosztorysie Ofertowym. Każda cena jednostkowa musi być tak podana, aby pokrywać wszelkie koszty i ryzyka Wykonawcy związane z realizacją czynności, której dotyczy. Wykonawca nie może kosztów realizacji danej czynności doliczać do kosztów realizacji innych czynności. Cena łączna wynikająca z Kosztorysu Ofertowego za poszczególne pozycje (prace) wchodzące w skład danego Pakietu powinna zostać przeniesiona do Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

W pkt 15.6 SWZ Zamawiający wskazał, że określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ (Załącznik nr 12 do SWZ) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty.

Zgodnie z postanowieniem pkt 16.1 SWZ, Zamawiający przewidział, że przy wyborze ofert w każdym Pakiecie Zamawiający będzie się kierował kryterium oceny ofert: Cena z

wagą 100%.

W Pakiecie nr XII Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę: M. N. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N.M.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, przedmiot zamówienia został określony przez Zamawiającego bardzo szczegółowo. Określony w SWZ rzeczowy zakres przedmiotu zamówienia oraz postanowienia wynikające ze wzoru umowy załączonego do SWZ (Załącznik nr 12 do SWZ) stanowią podstawę do obliczenia cen jednostkowych oraz ceny łącznej wynikającej z oferty. Formularz Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ) miał obejmować łączną cenę za wszystkie pozycje (prace) przewidziane w Kosztorysie Ofertowym (Załącznik nr 2 do SWZ) dla Pakietu, na który wykonawca składa swoją ofertę.

Wykonawca, Zakład Usług Leśnych DRWAL złożył ofertę na pakiet nr XII, w której złożył Kosztorys ofertowy, w którym wykonawca nie ujął pozycji o nazwie „Żelowanie sadzonek pozostałych" (numer poz. w STWPL 283) o kodzie czynności: ŻEL-IL. W świetle postanowień SWZ, wykonawca Zakład Usług Leśnych DRWAL nie zaoferował realizacji powyższych prac, co skutkuje złożeniem oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Oferta nie zapewnia bowiem realizacji zamówienia w całości, zgodnie z OPZ i wymogami Zamawiającego. Brak ten powoduje, że oferta danego wykonawcy nie tylko formalnie ale

także w zakresie merytorycznym nie odpowiada wymaganiom SIWZ, ponieważ treść oferty nie obejmuje całego zakresu przedmiotu zamówienia, a tym samym zobowiązania do wykonania wszystkich jego elementów.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy. Brak podania w ofercie wymaganych wartości w danej pozycji Kosztorysu ofertowego stanowi niezgodność, której doprowadzenie do zgodności z SWZ wymaga uzupełnienia w kosztorysie określonych informacji, które nie wynikają z treści oferty. Podkreślić należy, że w tym przypadku Zamawiający nie dokonał poprawy treści oferty wykonawcy Zakład Usług Leśnych DRWAL, przyjmując, że ostateczna treść oferty uwzględnia wyjaśnienia złożone przez wykonawcę.

Podkreślenia wymaga również, że brak stwierdzony w ofercie ww. wykonawcy dotyczy określenia ceny jednostkowej, która zgodnie z SWZ jest elementem istotnym dla przyszłego zobowiązania umownego oraz do wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy. Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje dodatkowo, że niemożliwe jest ustalenie

wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna

niezgodność treści oferty wykonawcy z warunkami zamówienia.

Jednocześnie zauważyć należy, że uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą, w tym do dokonania zmiany w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 Pzp. Wyjaśnienia treści złożonej oferty ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez Odwołującego dokonywać tak istotnych zmian w treści złożonej oferty jak dodanie treści, która nie została w niej zawarta.

W prowadzonym postępowaniu, w sposób nie budzący wątpliwości, doszło do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Wezwanie do wyjaśnień treści oferty w omawianym powyżej zakresie zawiera bowiem jednoznaczną sugestię ze strony Zamawiającego, aby wykonawca rozważył możliwość zaoferowania brakującego elementu przedmiotu zamówienia - nieodpłatnie. Zakład Usług Leśnych DRWAL przyznał w wyjaśnieniach z dnia 13 grudnia 2021r., że złożył ofertę na Pakiet nr 2 bez wypełnienia pozycji dotyczących czynności ŻEL-IL. W wyniku wezwania, Zakład Usług Leśnych DRWAL w wyjaśnieniach zaoferował realizację brakującej pozycji kosztorysowej nieodpłatnie.

Powyższe potwierdza, że pomiędzy Zamawiającym a ww. wykonawcą doszło do niedozwolonych w ustawie Pzp negocjacji w zakresie dotyczącym treści złożonej oferty, które doprowadziły do nieuprawnionej zmiany treści tej oferty, poprzez uzupełnienie oświadczenia, którego brak było w ofercie pierwotnej. Wyjaśnienie Zakładu Usług Leśnych DRWAL w tym przypadku doprowadziło do zaoferowania realizacji brakującej pozycji - czynności ŻEL-IL nieodpłatnie. W sposób całkowicie nieuprawniony Zamawiający wezwał wykonawcę do oświadczenia, czy wykona daną czynność nieodpłatnie. Zamawiający, wbrew wymaganiom zawartym w SWZ (pkt. 15 ppkt. 2 SWZ) pominął konieczności wyceny przez wykonawcę ceny jednostkowej za wymagane prace, która powinna pokrywać wszelkie koszty i ryzyka wykonawcy związane z realizacją danej czynności.

Resumując, oferta złożona na Pakiet nr XII przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych DRWAL podlega odrzuceniu na podstawie art. 228 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zarzut nr 3. - naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Leśnych DRWAL w Pakiecie nr XII, jako najkorzystniejszej.

Izba stwierdziła, że w Pakiecie nr XII Zamawiający jest zobowiązany do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert (w tym odrzucenia oferty wykonawcy M. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych DRWAL N. M. w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uwzględniając stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w

sentencji, na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 2 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 i 2 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). Izba uwzględniła w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł uiszczoną tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł jako koszty wynagrodzenia pełnomocnika poniesione przez Odwołującego, zaliczone na podstawie faktury VAT złożonej na rozprawie. Izba rozdzieliła pomiędzy Zamawiającego i Odwołującego powyższe koszty stosunkowo, stosownie do wyniku postępowania, w proporcji % i nakazała Zamawiającemu dokonanie wpłaty na rzecz Odwołującego kwoty 9 300,00 zł.

Przewodniczący: .....