Sygn. akt: KIO 12/22

WYROK

z dnia 19 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 17 stycznia odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn,

w postępowaniu prowadzonym przez Nadleśnictwo Trzebciny,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (i) unieważnić czynność odrzucenia oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn w części II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARW1, HARW2 zamówienia; (ii) powtórzyć czynności badania i oceny ofert dla w/w części z uwzględnieniem oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Nadleśnictwo Trzebciny i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn tytułem wpisu od odwołania.

2.2 zasądza od zamawiającego Nadleśnictwo Trzebciny na rzecz wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. 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 12/22

UZASADNIENIE

W dniu 3 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi M. K., Cekcyn (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Nadleśnictwu Trzebciny (dalej „Zamawiający") naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez zupełny brak wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego, co w praktyce uniemożliwia realizację środków ochrony prawnej i stanowić może samodzielną podstawę odwołania. Jednocześnie Zamawiający naruszył tym zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców. Ponadto wybór oferty droższej od oferty Odwołującego dokonany niezgodnie z przepisami ustawy Pzp naruszył zasadę efektywności wydatkowania środków pieniężnych;

2) art. 264 ust. 1 ustawy Pzp przez wyznaczenie (w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej) terminu zawarcia umowy w terminie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej gwarancji wadialnej;

4) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący prawidłowo wniósł wadium, a jego oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami ustawy Pzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na części nr II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARWI, HARW2 zamówienia, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr 11, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARWI, HARW2 postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części nr VII w wyniku ponownego badania i oceny ofert, dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu, zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą związaną z leśnictwem. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w zakresie części (pakietów) nr II, III (aktualnie ciągle brak oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części), IV, VI, VII, IX, X, XI, (aktualnie ciągle brak oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części), XII, HARWI, HARW2.

Odwołujący wskazał, że w dniu 22.12.2021 r. Zamawiający — Skarb Państwa PGL LP Nadleśnictwo Trzebciny, dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych (poza pakietem nr III i XI) w przetargu nieograniczonym pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Trzebciny w roku 2022" oraz powiadomił o tej czynności wykonawców. Jednocześnie Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty („wszystkich ofert") w zakresie ocenianych części zamówienia, zaznaczając na stronie postępowania, że pakiety nr III i XI nie były oceniane — ergo należy wnioskować, że odrzucenie ofert Odwołującego nie dotyczy tych części, które czekają jeszcze na ocenę złożonych ofert. W zakresie części nr VII Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Zakładu Usług Leśnych D. J. . Jednocześnie Zamawiający nie podał podstawy prawnej odrzucenia, a ograniczył się jedynie do uzasadnienia faktycznego. Wynikało z niego, że

zdaniem Zamawiającego gwarancja złożona przez Odwołującego (Gwarancja nr 8/2021 z dnia 25 listopada 2021 r. ) zawiera wady powodujące brak możliwości jej uznania, tj.: 1) „z gwarancji nie wynika, że gwarant spełni świadczenie w razie zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 PZP z 2019 r.” 2) „gwarancja udzielona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie ma charakter subsydiarny — tj. zobowiązanie gwaranta miałoby się zaktualizować dopiero w przypadku niezapłacenia zobowiązania zabezpieczonego Gwarancją. Powyższe również dyskwalifikuje gwarancje złożoną przez wykonawcę — zgodnie z SWZ gwarancja powinna zabezpieczać zapłatę wadium bezwarunkowo, na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego”. Dowód: Pisma Zamawiającego dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 i 23..12.2021 r. dostępne na stronie Zamawiającego.

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie wskazał jakiejkolwiek podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Brak wiedzy Odwołującego o podstawach odrzucenia uniemożliwia mu realizację środków ochrony prawnej chociażby w kontekście art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego argumentacja zawarta poniżej będzie dotyczyła uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego. Po pierwsze Odwołujący nie zgadza się z tezą Zamawiającego: „z gwarancji nie wynika, że gwarant spełni świadczenie w razie zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 PZP z 2019 r.”. Odwołujący wskazał, że rzeczywiście gwarancja zawiera pewien błąd o charakterze formalnym, tj. nawiązanie do poprzednio obowiązującego aktu prawnego i okoliczności w nim wymienionych, których wystąpienie skutkuje zatrzymaniem wadium. W zakresie wymienienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp powodujących zatrzymanie wadium - gwarant omyłkowo co prawda odniósł się do aktu prawnego regulującego przed 2021 rokiem Prawo zamówień publicznych i przepisy art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy PZP (zamiast do art. 98 ust. nowej ustawy Prawo zamówień publicznych) - w żaden sposób jednak powołanie się na poprzednio obowiązującą ustawę nie dyskwalifikuje gwarancji i nie skutkuje odrzuceniem oferty Odwołującego. Należy zauważyć, że w ustawie obowiązującej od 1 stycznia 2021 r. podstawy zatrzymania wadium nie uległy zmianom w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów. Oznacza to, że na gruncie poprzedniej ustawy, jak również obowiązującej obecnie — podstawy zatrzymania wadium są identyczne. W żaden sposób nie zmieniają tego różnice pomiędzy art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, a art. 98 ust. 6 ustawy Pzp dotyczące wyłącznie płaszczyzny terminologicznej - związanej m.in. z wprowadzeniem pojęcia podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych. Odwołujący powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 530/21.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że możliwość zaspokojenia roszczeń z gwarancji w razie wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp wynika z dokumentu przesłanego do Zamawiającego przez Odwołującego z jego własnej inicjatywy, w którym Bank — wystawca gwarancji potwierdził, iż wystawiona gwarancja w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego, gdyż gwarant zobowiązuje się do realizacji gwarancji w okolicznościach wymienionych w art. 98 ustawy Pzp udzielając przedmiotowej gwarancji Bank Spółdzielczy w Koronowie 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 (t.j. Dz. U. z 202 lr. poz. 1129).” Dowód: Oświadczenie gwaranta z dnia 08.12.2021 r. przesłane przez Odwołującego do Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, 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). Aby gwarancja była bardziej czytelna i zwięzła wpisuje się jedynie numery konkretnych przepisów, jako, że ani z ustawy nie z SWZ nie wynika wymóg wymienienia okoliczności powodujących zatrzymanie wadium. Oznacza to, że samo powołanie się na akt prawny, który nie obowiązuje nie stanowi o tym, iż wadium wniesiono w sposób nieprawidłowy. Tak mogłoby być jedynie wówczas gdyby przedłożona gwarancja nie zabezpieczała interesu Zamawiającego i niemożliwym byłoby zaspokojenie z niej roszczeń

Zamawiającego. Przy dokonywaniu oceny możliwości zaspokojenia się z danej gwarancji należy mieć na uwadze, jakie faktycznie przesłanki zatrzymania wadium zostały w niej wskazane. Skoro więc z przywołanych przepisów wynika, że gwarant zobowiązał się do wypłaty wadium w takich samych okolicznościach jak wymaga tego ustawa obowiązująca w danym postępowaniu — należy dojść do wniosku, że gwarancja została wydana prawidłowo. W ocenie Odwołującego, trudno sobie wyobrazić, aby gwarant próbował podważyć zasadność wypłaty wadium w sytuacji, gdy zamawiający domaga się wypłaty na podstawie stanu faktycznego, który został wskazany w wystawionej gwarancji dla tego konkretnego postępowania. Odwołujący powołał się na wyrok KIO z 15 marca 2021 r., sygn. akt: KIO

Odwołujący wskazał, że kilkukrotnie w gwarancji mowa o realizacji zamówienia publicznego (w formie przetargu nieograniczonego) i o gwarancji zabezpieczającej wypłatę wadium w okolicznościach wskazanych w art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 ustawy PZP (jak wykazano powyżej tożsamych z okolicznościami z art. 98 ust. nowej ustawy Prawo zamówień publicznych). Żaden inny akt prawny w Polsce nie reguluje zasad i procedury udzielania zamówień publicznych, jak do 2021 roku ustawa PZP z dnia 29 stycznia 2004 roku, a po tej dacie ustawa PZP z dnia 1 1 września 2019 roku). Natomiast zarzut nie używania pełnej nazwy ustawy (tylko powszechnie przyjętego skrótu „PZP") oraz nazwy publikatora, a także daty ustawy jest o tyle zaskakujący, że sam Zamawiający formułując go nie spełnia swoich postulatów (używając zwrotu „art. 98 ust 6 PZP z 2019 r." strona 11 zawiadomienia). Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający w zawiadomieniu o wyborze ofert na wstępie powołuje się na art. 92 ust. 1 pkt 1 - 4, które w nowym PZP dotyczy oferty wariantowej (a nie zawiadomienia o wyborze, do którego obecnie właściwy jest art. 253 ustawy Pzp). Zdaniem Odwołującego, idąc tropem rozumowania Zamawiającego - czy w takiej sytuacji należałoby uznać, że zawiadomienie nie było skuteczne i nie biegnie termin na wniesienie środków odwołania? Jeśli zaś cofnąć się dalej - do pisma Zamawiającego — „Informacja z sesji otwarcia ofert" to przeczytamy w nim, że Zamawiający powołuje się (znowu wadliwie) na poprzednią ustawę PZP (art. 86 ust. 5) jednak dalej podaje już nr dziennika ustaw dla nowej ustawy (Dz. U. z 2019 poz. 1129), co łącznie stanowi wymieszanie dwóch aktów prawnych w jednym zdaniu. Jak widać takie pomyłki w ciągle relatywnie niedługim (w stosunku do 16 lat obowiązywania poprzednich przepisów) czasie od wejścia w życie nowych przepisów zdarzają się i nie stanowią one podstawy do uznania braku ważności danego dokumentu. Ponadto Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym dotyczącym odrzucenia oferty Odwołującego wskazał na inny zapis gwarancji (pkt 4: „Bank zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie Beneficjenta zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie spłacił zobowiązania zabezpieczonego Gwarancją, który jego zdaniem dyskwalifikuje złożony dokument pozbawiając go wymaganego przymiotu bezwarunkowości. W ocenie Odwołującego z powyższą interpretacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO gwarancja nie ma przymiotu bezwarunkowości w przypadku, gdyby gwarant mógłby badać podstawy zasadności żądania zapłaty skierowanego przez zamawiającego do gwaranta. Warunkowość odnosi się zatem do badania/podważania stosunku podstawowego. Odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy — to wskazać należy, że w pierwszym zdaniu zawarta jest już niezbędna klauzula bezwarunkowości gwarancji: „Bank udziela bezwarunkowo i nieodwołalnie Gwarancji". Żaden kolejny zapis gwarancji nie wyłączył skuteczności przywołanej klauzuli. W dalszej części gwarancji zawarta została nawet zaostrzająca klauzula „na pierwsze żądanie", która powoduje, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostrzeniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. Odwołujący podkreśla, że zdanie zawarte w punkcie 4 gwarancji nie ma znamion warunku, a jedynie stanowi formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. W żaden sposób z treści gwarancji nie wynika, aby istniały warunki dot. stosunku podstawowego, w tym aby istniała możliwość oceny przesłanek zatrzymania wadium przez gwaranta. Odwołujący wskazał, że nie można się zgodzić z wykładnią Zamawiającego, że z gwarancji wynika obowiązek najpierw dochodzenia zapłaty od wykonawcy, a dopiero potem — akcesoryjnie możliwe jest uruchomienie gwarancji. Wymóg informacyjny ma na celu uniknięcie sytuacji w której Beneficjent otrzymałby dwukrotną kwotę wynikającą z gwarancji — tj. kwotę od wykonawcy, który kierując się swoimi przesłankami sam zapłaciłby kwotę stanowiącą równowartość wadium oraz następnie Beneficjent otrzymałby taką samą kwotę od gwaranta. W żadnym wypadku nie można się zgodzić, że pkt 4 ustanawia wcześniejszy obowiązek wzywania do zapłaty wykonawcy. Punkt ten ustanawia jedynie formalny wymóg potwierdzenia, że nie doszło do wcześniejszej spłaty zobowiązania, która teoretycznie mogłaby się zdarzyć. Treść punktu czwartego odnosi się zatem do wymogu poinformowania gwaranta o niewykonaniu zobowiązania przez wykonawcę. Punkt 4 należy czytać łącznie z punktem 2, który przewiduje możliwą sytuację, w której wykonawca będący w sytuacji skutkującą utratą wadium — sam zdecyduje się na spłatę zobowiązania. Wówczas de facto zobowiązanie pieniężne nie istnieje, a Beneficjent realizujący gwarancję zaspokoiłby się dwukrotnie z tego samego tytułu. Odwołujący podkreślił, że gwarancje wadialne o takiej samej treści w pkt 4 były akceptowane przez tego Zamawiającego oraz przez ponad czterysta innych jednostek lasów państwowych (Nadleśnictw) we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przez ostatnie lata i są akceptowane aktualnie w innych toczących się postępowaniach. Odwołujący wskazał ponadto, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym kwestionuje jedynie treść jednej gwarancji, czyli gwarancji nr 8/2021, która zabezpieczała ofertę Odwołującego na pakiety nr: II, IV, VI, VII,

XI, HARWI, HARW2. Zwrócić należy uwagę, że Zamawiający nie miał żadnych zastrzeżeń co do gwarancji nr 9/2021, która zabezpieczała ofertę na części nr III, IX, X, XII. Rodzi się zatem pytanie na jakiej podstawie odrzucono oferty nr III, IX, X i XII, które zabezpieczała gwarancja nr 9/2021 skoro w jej zakresie Zamawiający nie wskazał żadnych uwag? W

ocenie Odwołującego, Zamawiający winien już na etapie oceny ofert i ich wyboru podać powody odrzucenia oferty i nie może na etapie postępowania odwoławczego uzupełniać argumentacji lub rozciągać swoich zastrzeżeń co do gwarancji nr 8/2021 na inne dokumenty złożone z ofertą, skoro nie miał do nich żadnych zastrzeżeń na etapie badania i oceny ofert. Taka konwalidacja czynności jest niedopuszczalna, o czym wielokrotnie wypowiadała się Krajowa Izba Odwoławcza.

W ocenie Odwołującego złożona przed niego gwarancja nr 8/2021 spełniała wszystkie wymogi SWZ oraz ustawy Pzp i nie sposób było uznać, że na jej podstawie Zamawiający nie będzie mógł w przyszłości zaspokoić swoich roszczeń. Gwarancja złożona z ofertą, zgodnie z rozdziałem 11 pkt 6 SWZ zawierała: 1) nazwę dającego zlecenie (Odwołującego), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (Bank Spółdzielczy w Koronowie) oraz wskazanie ich siedzib; 2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją — określenie przedmiotu zamówienia: tytułem zabezpieczenia zobowiązań Odwołującego wynikających z zobowiązania zapłaty wadium określonego w Specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego dokonując odrzucenia oferty Odwołującego wskutek wadliwej oceny co do możliwości zaspokojenia roszczeń z przedmiotowej gwarancji — Zamawiający naruszył jednocześnie podstawową zasadę zamówień publicznych — zasadę proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy Pzp. To z kolei w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z naruszeń zasad, o których mowa w art. 17 ustawy Pzp, tj. Zamawiający nie zmierzał do udzielenia zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych. Wadliwe odrzucenie oferty Odwołującego będzie prowadziło do wyboru oferty mniej korzystnej dla Zamawiającego, która przy prawidłowo dokonanej wykładni gwarancji wadialnej Odwołującego i następnie prawidłowej ocenie ofert — otrzymałaby mniejszą liczbę punktów w kryteriach ustanowionych przez Zamawiającego. Tym samym wadliwa kwalifikacja błędu formalnego w gwarancji spowodowała podjęcie przez Zamawiającego środków nieadekwatnych i nieuzasadnionych, czyli niesłuszne zastosowanie sankcji odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Drugim bardzo poważnym naruszeniem Zamawiającego jest zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy treść gwarancji obejmuje wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień prowadziło do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, który wprost dopuszcza wyjaśnienia dotyczące nie tylko treści złożonych ofert, ale również dotyczące innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

W ocenie Odwołującego Zamawiający całkowicie zignorował dokument przesłany do niego przez Odwołującego z jego własnej inicjatywy, w którym Bank — wystawca gwarancji potwierdził, iż wystawiona gwarancja w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego, gdyż gwarant zobowiązuje się do realizacji gwarancji w okolicznościach wymienionych w art. 98 ustawy Pzp udzielając przedmiotowej gwarancji Bank Spółdzielczy w Koronowie faktycznie zobowiązał się do jej wykonania na warunkach w gwarancji określonych w zakresie wynikającym z art. 98 ustawy z dnia 1 1 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ( t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ).”

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp

Odwołujący wskazał, że zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter skutkowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów. Gdyby Zamawiający prawidłowo ocenił treść gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego - czego skutkiem byłoby uznanie, że wadium zostało wniesione prawidłowo, powinien był wówczas dokonać wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert. Odwołujący wskazał, że złożona gwarancja odpowiada wzorowi gwarancji wystawianych przez grupę banków spółdzielczych na terenie całego kraju. Podważanie zatem treści gwarancji z powodów formalnych (gdyż jak wykazano powyżej — gwarancja merytorycznie pomimo błędu formalnego w całości spełnia wymagania) — oznaczałoby zakwestionowanie prawidłowości wielu zamówień już udzielonych lub właśnie udzielanych w skali całego kraju, zwłaszcza w branży usług leśnych. Stanowiłoby to zatem nieracjonalny przejaw formalizmu (KIO 623/21), o którym Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w przywołanym powyżej orzeczeniu. Skutkiem ostatecznym byłyby potężne straty dla Skarbu Państwa, który miałby odrzucać oferty najkorzystniejsze jakościowo i finansowo z powodu formalnych uchybień nie mających żadnych cech niezgodności z ustawą. W rezultacie doszłoby do

naruszenia zasady efektywności wydatkowania środków publicznych.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebciny w roku 2022".

W SWZ - Rozdział XI Zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące wadium:

11.1 Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert i utrzymywać nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których

mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 Pzp;

11.2 Wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

1) pieniądzu,

2) gwarancjach bankowych,

3) gwarancjach ubezpieczeniowych,

4) 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 (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

11.3 Wadium wnoszone w pieniądzu należy wpłacić przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego w BNP PARIBAS BANK POLSKA SA. nr rachunku: 40 2030 0045 1110 0000 0129 4820 z dopiskiem: wadium na zabezpieczenie oferty w postępowaniu na „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Trzebciny w roku 2022, Pakiet " Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie zostanie zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego. Wadium wniesione w pieniądzu Zamawiający przechowuje na rachunku bankowym.

11.4 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.

11.5 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.

11.6 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.

11.7. Zamawiający zwraca wadium na zasadach uregulowanych w art. 98 ust. 1 - 5 PZP.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył gwarancję nr 8/2021, która zabezpieczała ofertę Odwołującego na pakiety nr: II, IV, VI, VII, XI, HARWI, HARW2. W treści gwarancji zostały

zawarte następujące zapisy: „Bank Spółdzielczy w Koronowie (...) zwany dalej „Bankiem" udziela bezwarunkowo i nieodwołalnie Gwarancji Skarbowi Państwa (...) tytułem zabezpieczenia zobowiązań (...) wynikających z zobowiązania 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 Trzebciny w roku 2022" ogłoszonego przez: Skarb Państwa — Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Trzebciny.

1. 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 (.).

4. Bank zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie Beneficjanta zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie spłacił zobowiązania zabezpieczającego Gwarancję.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach wyboru oferty najkorzystniejszej (poza pakietem nr III i XI) w przetargu nieograniczonym pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Trzebciny w roku 2022." Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty („wszystkich ofert") w zakresie ocenianych części zamówienia, zaznaczając na stronie postępowania, że pakiety nr III i XI nie były oceniane. W zakresie części nr VII Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Zakładu Usług Leśnych D. J. .

Izba ustaliła, że w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że gwarancja złożona przez Odwołującego (Gwarancja nr 8/2021 z dnia 25 listopada 2021 r. ) zawiera wady powodujące brak możliwości jej uznania, tj.: 1) „z gwarancji nie wynika, że gwarant spełni świadczenie w razie zaistnienia okoliczności określonych w art. 98 ust. 6 PZP z 2019 r." 2) „gwarancja udzielona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie ma charakter subsydiarny — tj. zobowiązanie gwaranta miałoby się zaktualizować dopiero w przypadku niezapłacenia zobowiązania zabezpieczonego Gwarancją. Powyższe również dyskwalifikuje gwarancje złożoną przez wykonawcę — zgodnie z SWZ gwarancja powinna zabezpieczać zapłatę wadium bezwarunkowo, na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego".

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zasadny okazał się zarzut nieprawidłowej oceny gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z 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;

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

W analizowanym stanie faktycznym wykonawca, M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Handel i Usługi wniósł wadium w postaci gwarancji bankowej - Gwarancji nr 8/2021, która została wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 25 listopada 2021 r. 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.

Należy dalej wskazać, że 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 się w art. 98 ust. 6, w którym opisane są stany faktyczne, tj. przesłanki, po spełnieniu których zamawiający zatrzymuje wadium. Ustawodawca w obu aktach prawnych w sposób tożsamy uregulował w/w stany faktyczne.

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 wskazanie wprost na art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. 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 2021 r.

Reasumując gwarancja wadialna wniesiona przez Odwołującego 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 tym samym stwierdziła naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego.

Izba nie podziela również stanowiska Zamawiającego, że pkt 4 gwarancji o treści: „Bank zobowiązuje się zapłacić sumę gwarancyjną na pierwsze żądanie Beneficjenta zawierające oświadczenie, że Zleceniodawca nie spłacił zobowiązania zabezpieczonego Gwarancją", dyskwalifikuje złożony dokument pozbawiając go wymaganego przymiotu bezwarunkowości. Interpretacja w/w zapisu gwarancji jest jego nadinterpretacją i nie znajduje oparcia w literalnej wykładki gwarancji, a taka wykładania do zastosowanie do jej zapisów. Izba wskazuje, że w treści gwarancji jest wyraźne oświadczenie Banku o udzieleniu bezwarunkowej i nieodwołalnej gwarancji. Postanowienia zawarte w pkt 4 w żaden sposób nie modyfikuje charakteru zobowiązania jakie Gwarant przyjął na siebie w zakresie bezwarunkowości i nieodwołalności gwarancji. Ponadto, w dalszej części gwarancji zawarta została klauzula „na pierwsze żądanie", która powoduje, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostrzeniu, ponieważ obciążający go obowiązek świadczenia powstaje z chwilą powiadomienia go o niewykonaniu zobowiązania przez dłużnika. W ocenie Izby zapisy zawarte w punkcie 4 gwarancji nie mają znamion warunku, a jedynie stanowią formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. W żaden sposób z treści gwarancji nie wynika, aby istniały warunki dot. stosunku podstawowego, w tym aby istniała możliwość oceny przesłanek zatrzymania wadium przez gwaranta. Twierdzenia Zamawiającego, iż z pkt 4 gwarancji należy wywieść obowiązek uprzedniego dochodzenia zapłaty od wykonawcy, a dopiero potem — akcesoryjnie możliwe jest uruchomienie gwarancji nie znajduje oparcia w literalnej wykładni treści wykładni treści gwarancji. Zdaniem Izby postanowienie to ma wyłącznie charakter informacyjny w celu uniknięcie sytuacji w której Beneficjent otrzymałby dwukrotną kwotę wynikającą z gwarancji — tj. kwotę od wykonawcy, który kierując się swoimi przesłankami sam zapłaciłby kwotę stanowiącą równowartość wadium oraz następnie Beneficjent otrzymałby taką samą kwotę od gwaranta. W ocenie Izby w żadnym wypadku nie można się zgodzić ze stwierdzeniem Zamawiającego, że pkt 4 ustanawia wcześniejszy obowiązek wezwania do zapłaty wykonawcy. Taki obowiązek nie wynika z treści gwarancji.

Zdaniem Izby gwarancja złożona przez Odwołującego tj. w części II, IV, VI, VII, IX, X, XII oraz HARW1, HARW2 uznać należy za prawidłową i w pełni zabezpieczającą interes Zamawiającego, w sposób wskazany w SWZ. Tym samym zasadnym było nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert w/w częściach postępowania, z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zdaniem Izby, gwarancja złożona z ofertą, zgodnie z rozdziałem 11 pkt 6 SWZ zawierała: 1) nazwę dającego zlecenie (Odwołującego), beneficjenta gwarancji (Zamawiającego), gwaranta (Bank Spółdzielczy w Koronowie) oraz wskazanie ich siedzib; 2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją — określenie przedmiotu zamówienia: tytułem zabezpieczenia zobowiązań Odwołującego wynikających z zobowiązania zapłaty wadium określonego w SWZ.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż uzasadnienie o odrzuceniu oferty Odwołującego było lakoniczne, zaś Zamawiający nie wskazał podstawy prawnej odrzucenia oferty wykonawcy. Zdaniem Izby już z treści odwołania, jak również z przebiegu rozprawy, w sposób oczywisty wynika, że Odwołujący miał pełną wiedzę o przyczynach odrzucenia jego oferty. Okoliczności te zostały wskazana w treści zawiadomienia skierowanego do Odwołującego.

Ponadto Izba wskazuje, że prawidłowo Odwołujący zinterpretował pisma Zamawiającego z dnia 22 grudnia oraz 23 grudnia 2021 r. dotyczące wyników postępowania i zakresu co do którego oferta Odwołującego została odrzucona. Zamawiający w treści informacji przekazanej Odwołującemu nie sprecyzował w zakresie jakich części nastąpiło odrzucenie oferty Odwołującego. To, iż wybór dotyczył części wskazanych w zawiadomieniu, nie może być uznane automatycznie, iż odrzucenie oferty Odwołującego w tych częściach. Takiej informacji brak jest w części dotyczącej odrzucenia oferty.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1

2020 r. poz. 2437),
stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodniczący: