

WYROK
z dnia 20 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 stycznia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **7 stycznia 2016 r.** wniesionego przez wykonawcę **K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., ul. Leśna 6, 64-915 Jastrowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płynica, Nowa Szwecja nr 6, 78-600 Wałcz,**

przy udziale

wykonawcy **D. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą pIFOREST D. G., Osiedle Przylesie 21/4, 97-340 Niechcice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., ul. Leśna 6, 64-915 Jastrowie

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., ul. Leśna 6, 64-915 Jastrowie**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **K. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., ul. Leśna 6, 64-915 Jastrowie** na rzecz zamawiającego **Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Płynica, Nowa Szwecja nr 6, 78-600 Wałcz** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Koszalinie**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Płynica, 78-600 Wałcz, ul. Nowa Szwecja 6 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Płynica w roku 2016 – część I«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej 03.11.2015 r. pod nrem 2015/S 216-394443.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 28.12.2015 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **plForest D. G., Osiedle Przylesie 21/4, 97-340 Rozprza, Niechcice (dalej wykonawca plForest)**;
- 2) wykluczeniu wykonawcy **Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., 64-915 Jastrowie, ul. Leśna 6**, gdyż wykonawca nie wniósł wadium w odpowiedniej formie – art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykonawca Kancelaria Podatkowo-Rachunkowa K. S., 64-915 Jastrowie, ul. Leśna 6, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 07.01.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) wykluczenie **odwołującego** z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że w toku postępowania nie zaistniały podstawy do wykluczenia **odwołującego** z postępowania i odrzucenia oferty **odwołującego**;
- 2) zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień w sprawie złożonych dokumentów dotyczących wniesionego wadium;
- 3) bezpodstawne przyjęcie przez **zamawiającego**, że **odwołujący** nie wniósł wadium;
- 4) bezpodstawne uznanie, że **odwołujący** powinien załączyć do oferty oryginał gwarancji ubezpieczeniowej, podczas gdy taki obowiązek nie wynika ani ze **specyfikacji** ani z przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych;
- 5) zaniechanie wykluczenia **wykonawcy plForest** i zaniechanie odrzucenia jego oferty pomimo złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania;

3

- 6) kilkukrotne wzywianie **wykonawcy plForest** do wyjaśnienia tych samych okoliczności i złożenia tych samych dokumentów;
- 7) zaniechanie wykluczenia **wykonawcy plForest** i odrzucenie jego oferty, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 8) zaniechanie wykluczenia **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia SBB – lider, ZUL J. S. (dalej wykonawca SBB)** i odrzucenia jego oferty, pomimo że **wykonawca ten** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- 9) zaniechanie dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty **odwołującego**;
- 10) ewentualnie w przypadku uznania, że oferta **odwołującego** powinna zostać odrzucona, na:
 - a) bezpodstawne przyjęcie przez **zamawiającego**, że **wykonawca plForest** wniósł wadium w prawidłowy sposób,
 - b) zaniechanie unieważnienia postępowania z uwagi na brak złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** wniósł w terminie wadium, co wynikało wprost z treści oferty i załączonych do oferty dokumentów potwierdzających tę okoliczność;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 14 Pzp w zw. z art. 70 i § 4 Kc przez wykluczenie **odwołującego** z uwagi na nieprzedstawienie przez **odwołującego** oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wpłaty wadium w sytuacji, gdy w toku całego postępowania (zarówno w ogłoszeniu jak i **SIWZ**) **zamawiający** nie żądał przedstawienia oryginału dokumentu, a zatem na podstawie okoliczności, do której spełnienia **odwołujący** nie był zobowiązany;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do **odwołującego** o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez **odwołującego** oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium;

- 4) **art. 45 ust. 6 Pzp** w zw. z **art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp** z wz. z **art. 29 Pzp** w zw. z **art. 7 Pzp** przez błędne uznanie, że wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna nie jest możliwe przez złożenie kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej, lecz może być dokonane tylko i wyłącznie przez dostarczenie wraz z ofertą oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy taki wymóg nie został postawiony ani w **SIWZ**, ani nie wynika z przepisów ustawy, co doprowadziło do wykluczenia **odwołującego** na podstawie wymogu jaki nie został wskazany w treści **SIWZ**, a tym

4

samym naruszono zasadę równego traktowania **wykonawców**, jawności oraz uczciwej konkurencji;

- 5) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy plForest** w sytuacji, gdy **wykonawca** ten powinien zostać wykluczony z postępowania, bo złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania przez wskazanie w piśmie z **15.12.2015 r.**, że osoby wskazane przez niego do realizacji zamówienia w **części I** nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w innych nadleśnictwach, podczas gdy osoby te będą realizować zamówienia w Nadleśnictwie Borne Sulinowo;
- 6) **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** w zw. z **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** w zw. z **art. 7 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy plForest** w sytuacji, gdy tak jak **odwołujący** nie złożył oryginału dokumentu poświadczającego wniesienie wadium;
- 7) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1** oraz **art. 25 Pzp** w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy plForest** z postępowania, pomimo że **wykonawca** ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz wykazania należytej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, przez to, że nie udowodnił **zamawiającemu**, że będzie w sposób realny dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności w związku z ubieganiem się w oparciu o te same zasoby o inne zamówienie realizowane równolegle;
- 8) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1** oraz **art. 25 Pzp** w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy SBB** z postępowania, w sytuacji gdy poszczególni wykonawcy nie złożyli aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że **wykonawca** nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne;
- 9) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1** oraz **art. 25 Pzp** w zw. z § 3 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez zaniechanie wykluczenia

5

wykonawcy SBB z postępowania, w sytuacji gdy członkowie tego **wykonawcy** nie wykazali posiadania sprzętu wymaganego przez **zamawiającego** (brak niezbędnego osprzętu przy ciągnikach) oraz nie wykazali posiadania odpowiednich zasobów ludzkich (zbyt mała liczba pilarzy);

- 10) **art. 91 Pzp** przez wybór oferty **wykonawcy plForest**, pomimo że najkorzystniejszą ofertą była oferta **odwołującego** i jako jedyna nie podlegała odrzuceniu z postępowania.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
- a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty **odwołującego**,

- b) ponownego dokonania czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
 - c) wykluczenia z postępowania **wykonawcy plForest** i odrzucenia jego oferty,
 - d) wykluczenia z postępowania **wykonawcy SBB** i odrzucenia jego oferty;
 - e) wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej;
 - f) (ewentualnie w przypadku uznania, że oferta **odwołującego** powinna być odrzucona) unieważnienie postępowania z uwagi na brak złożenia ofert niepodlegających odrzuceniu;
- 2) zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa przez pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa, a także kosztów dojazdu do **KIO** zgodnie z przedstawionym zestawieniem kosztów i załącznikami do niego.

Argumentacja **odwołującego**

Interes **odwołującego** wynika z faktu, że zgodnie z przyjętymi przez **zamawiającego** kryteriami oceny ofert (80% – cena całkowita, **20%** – realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą osób zatrudnionych na podstawie umowy o pracę), oferta **odwołującego**, jako jedyna oferta niepodlegająca odrzuceniu, a tym samym oferta najtańsza i zarazem spełniająca na takim samym poziomie drugie z kryteriów jest ofertą najkorzystniejszą, co oznacza, że w przypadku nieodrżucenia oferty **odwołującego** zajęłaby ona pierwsze miejsce w rankingu ofert. W konsekwencji w przypadku nieodrżucenia oferty **odwołującego** mógłby on zawrzeć umowę z **zamawiającym** na realizację przedmiotowego zamówienia.

Również w zakresie wniosku ewentualnego **odwołujący** posiada interes we wniesieniu odwołania. W przypadku odrzucenia oferty **wykonawcy plForest** oraz oferty **wykonawcy SBB** postępowanie w zakresie **części I** powinno zostać unieważnione. Konsekwencją takiego stanu rzeczy będzie konieczność ponownego przeprowadzenia postępowania o

6

udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym umożliwienia **odwołującemu** udziału w takim postępowaniu i umożliwieniu **odwołującemu** złożenia oferty.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, a na skutek wykluczenia **odwołującego** z postępowania może on ponieść szkodę w postaci nieuzyskania możliwości realizacji zamówienia publicznego będącego przedmiotem rozpoznawanego postępowania, a co za tym idzie uzyskania zysku w kalkulowanym w złożoną ofertę. **Odwołujący** wykazał zatem, że **zamawiający** dokonał albo zaniechał dokonania określonej czynności wbrew przepisom ustawy, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie (por.: P. Janda [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz., Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarczyk Stefan, Czarnik Zbigniew. Warszawa 2010, LexPolonica).

UZASADNIENIE [podstawa odrzucenia oferty **odwołującego**]

W zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania z **28.12.2015 r.** **zamawiający** wskazał, że oferta **odwołującego** podlega odrzuceniu, bo załączona przez niego do oferty gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie została przedstawiona w formie oryginału dokumentu lecz kopii poświadczoną za zgodność. Z tego powodu **zamawiający** uznał, że jest to równoznaczne z brakiem wniesienia wadium w ogóle.

Te działania **zamawiającego** są nieprawidłowe i całkowicie bezzasadne, a tym samym powinny zostać unieważnione.

A. Warunki postawione przez **zamawiającego**

Po pierwsze: przygotowując postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego **zamawiający** powinien w sposób jasny i precyzyjny opisać zarówno przedmiot zamówienia jak i warunki stawiane **wykonawcom** biorącym udział w postępowaniu. Co ważne – w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia **zamawiający** powinien opisać wymagania, jakie stawia **wykonawcom** w zakresie wnoszonego przez nich wadium (art. **36 ust. 1 pkt 8 Pzp**).

Wymogi dotyczące wadium zostały określone przez **zamawiającego** w **pkt 9 SIWZ**. Szczegółowe wymogi dotyczące wadium wnoszonego w formie innej niż pieniężna zawarte zostały m.in. w **pkt 9.6 zdanie drugie SIWZ**, gdzie wprost **zamawiający** wskazał, że: „Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądź może być załączone do oferty lub złożone

przed upływem terminu składania ofert w siedzibie **zamawiającego** (w kasie nadleśnictwa)".

Zatem z tego nie wynika, aby **zamawiający** wymagał złożenia oryginału dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy gwarancji ubezpieczeniowej. Tym samym wobec braku postawienia takiego wymogu **zamawiający** nie może wykluczyć **odwołującego** z tej

7

przyczyny, że nie spełnił on warunku, do którego spełnienia w żaden sposób nie był on obligowany.

Stanowisko to znajduje poparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie podkreśla się, że jeśli w fakcie nieposiadania oryginału gwarancji ubezpieczeniowej **zamawiający** dopatruje się niebezpieczeństwa dla skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń (niezależnie od tego, czy obawy te mają merytoryczne uzasadnienie), to ma prawo i obowiązek tak sformułować postanowienia **SIWZ**, aby dopuścić składanie takich dowodów wniesienia wadium, które w jego ocenie zapewniają pełną ochronę interesów **zamawiającego**. Określanie kwestii związanych z formą dokumentu potwierdzającego prawidłowe zabezpieczenie oferty wadium (które to kwestie nie są uregulowane w przepisach Pzp), jest w gestii zamawiającego – wyrok KIO z 6 kwietnia 2011 r., sygnatura akt KIO 628/11.

Po drugie: w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że wymóg **SIWZ**, że oryginał dokumentu stanowiącego wadium należy złożyć w siedzibie **zamawiającego** przed upływem terminu składania ofert nie jest nadmierny czy niedozwolony – wynika to z cech tej formy wadium. Poza tym, zgodnie z **art. 36 ust. 1 pkt 6 Pzp**, **zamawiający** ma opisać w **SIWZ** „wymagania dotyczące wadium”, zatem nie tylko wskazać kwotę i numer rachunku bankowego, czy przepisywać przepisy ustawy (**SIWZ** nie jest sporządzana w tym celu), lecz właśnie swoje wymagania w zakresie wadium wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r. sygnatura akt KIO 1385/13.

Odnosząc to orzeczenie do stanu faktycznego jaki ma miejsce w rozpoznawanej sprawie należy uznać, że brak sformułowania jakichkolwiek wymogów co do formy wykazania faktu posiadania gwarancji ubezpieczeniowej w zakresie wypłaty wadium, skutkować powinno uznaniem przez **zamawiającego**, że **odwołujący** w prawidłowy sposób wykazał wniesienie wadium. **Wykonawcy** (w tym **odwołujący**) nie mogą być bowiem obciążani skutkami niewykonania czynności, co do których nie byli zobowiązani zgodnie z regułami ustalonymi w **SIWZ** przez **zamawiającego**.

B. Charakter prawny dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy

Obawy **zamawiającego** w zakresie braku możliwości zaspokojenia swoich ewentualnych roszczeń w zakresie dotyczącym wadium należy uznać za bezzasadne i wynikające z braku odpowiedniej Interpretacji oświadczeń zawartych w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej złożonym przez **odwołującego**.

Po pierwsze: jedynie podmiot uprawniony ze stosunku gwarancji może swoim uprawnieniem dysponować, zatem tylko zwrot gwarancji dokonany przez beneficjenta gwarancji (**zamawiającego**) może prowadzić do jej wygaśnięcia przed upływem okresu

8

ważności, natomiast zwrot oryginału dokumentu przez **wykonawcę** (zleceniodawcę) pozostaje bez wpływu na byt stosunku prawnego nawiązanego w wyniku zawarcia umowy (zob. wyrok KIO z 24 czerwca 2013 r., sygn. akt 1385/13).

Po drugie: należy odróżnić fakt wniesienia wadium od udokumentowania jego wniesienia. **Zamawiający** powinien mieć pewność, że wadium zostało wniesione w chwili otwarcia ofert. O ile w przypadku wniesienia wadium w pieniądzu istnieje możliwość sprawdzenia stanu konta przez zamawiającego, o tyle w przypadku wnoszenia wadium w innych formach, niż pieniężna, fakt wniesienia wadium powinien wynikać wprost ze złożonych dokumentów. Dla oceny, czy wadium zostało wniesione prawidłowo, nie mają znaczenia postanowienia **SIWZ**, odnoszące się do formy gwarancji wadialnej – postanowienia **SIWZ** w tym względzie nie mają znaczenia dla oceny, czy wadium zostało skutecznie wniesione. Nie można wykluczyć sytuacji, że **zamawiający** będzie mógł skorzystać (tzn. zaspokoić żądanie wypłaty określonej sumy pieniężnej w związku z zatrzymaniem wadium) z ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej złożonej w kserokopii – o ile

co innego nie wynika z treści gwarancji, z treści umowy o gwarancję bądź z ogólnych warunków ubezpieczenia.

Z dokumentu gwarancji bankowej wprost wynika, że w celu zaspokojenia swoich roszczeń jedyną czynnością, jaką musi dokonać **zamawiający** jest złożenie do gwaranta pisemnego wezwania do zapłaty podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania beneficjenta (czyli **zamawiającego**), z którego to wezwanie będzie wynikać przyczyna żądania zapłaty (vide pkt 5 gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr 1502/Wr/3379/2015). Nie jest natomiast konieczne złożenie gwarantowi oryginału dokumentu gwarancji. W związku z tym uznać należy, że gwarancja złożona przez **odwołującego** jest prawidłowa.

Ponadto należy podkreślić, że do oferty **odwołującego** poza kserokopią dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr **1502/Wr/3379/2015** poświadczoną za zgodność z oryginałem został dołączony oryginał polisy uniwersalnej **VUA0127237** nr członkowski **614511**, z której wynika, że jej przedmiotem jest właśnie gwarancja, o której mowa powyżej.

Po trzecie; należy wskazać, że z orzecznictwa **Krajowej Izby Odwoławczej** wynika, że brak poświadczenia gwarancji za zgodność z oryginałem jest zarzutem o charakterze formalnym, niemającym wpływu na fakt złożenia oświadczenia woli przez gwaranta (wyroki KIO z 19 września 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 809/08; KIO/UZP 910/08; KIO/UZP 911/08; KIO/UZP 912/08; KIO/UZP 913/08).

Skoro **KIO** uznaje za prawidłowe złożenie samej kserokopii dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej jako działanie prawidłowe, to tym bardziej za prawidłowe należy uznać złożenie dokumentu takiej gwarancji poświadczonej za zgodność przez **odwołującego**.

9

Reasumując należy uznać, że **odwołujący** w prawidłowy sposób wniósł wadium i w prawidłowy sposób wykazał jego wniesienie. **Odwołujący** uczynił zadość wszelkim żądaniom **zamawiającego** wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu i w SIWZ, a tym samym **zamawiający** zgodnie z ustalonymi przez siebie regułami ma możliwość zaspokojenia swoich ewentualnych roszczeń.

Jednocześnie w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony **zamawiającego** oświadczam, że **odwołujący** dysponuje oryginałem dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr **1502AWr/3379/2015** i **odwołujący** wnosi o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu oraz z oświadczenia gwaranta z **31.12.2015 r.**

II. Konieczność odrzucenia oferty wykonawcy pIForest

A. Brak zasobów ludzkich

Wykonawca pIForest był kilkakrotnie wzywany przez **zamawiającego** do złożenia wyjaśnień związanych m. in. z przedstawieniem tego samego potencjału finansowego i ludzkiego w kilku różnych postępowaniach. W związku z takim sposobem działania **wykonawcy pIForest** istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że **wykonawca ten** nie dysponuje realnie zaoferowanymi przez siebie zasobami, a co za tym idzie nie będzie w stanie zrealizować zamówienia.

W odpowiedzi na wezwania **zamawiającego** **ww. wykonawca** udzielał **zamawiającemu** zdawkowych odpowiedzi, z których nie wynikało, że faktycznie i realnie **ten wykonawca** dysponuje wskazanymi zasobami. Z tego względu oferta **tego wykonawcy** powinna zostać wykluczona.

Spośród 11 pilarzy wskazanych przez **wykonawcę pIForest** jako mających realizować zamówienia będące przedmiotem postępowania, którego dotyczy odwołanie jedynie 3 nie zostało wskazanych jako mających realizować zamówienia w innych postępowaniach, w których oferta **tego wykonawcy** została już wybrana jako najkorzystniejsza.

Pozostałych 8 pilarzy zostało wskazanych do realizacji zamówień w Nadleśnictwie Borne Sulinowo, co czyni niemożliwym wykonywanie przez nich zadań w ramach rozpoznawanego postępowania.

Dowód:

- 1) wezwanie do założenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentów z **11.12.2015 r.**;
- 2) pismo **wykonawcy pIForest** z **15.12.2015 r.**;
- 3) wezwanie do złożenia wyjaśnień z **23.12.2015 r.**;
- 4) pismo **wykonawcy pIForest** z **28.12.2015 r.**;
- 5) oferta **wykonawcy pIForest**;

- 7) wyciągi z ofert **wykonawcy piForest** złożonych w postępowaniu w Nadleśnictwie Borne Sulinowo (znak **SA.270.1.8.2015.PN**) – wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.

Brak możliwości wykonywania prac przez te same osoby w ramach kilku postępowań wynika z następujących przyczyn:

- 1) normy dotyczące czasu pracy wynikające z Kodeksu pracy jako zasadę przewidują pracę na rzecz jednego pracodawcy w ramach jednego etatu, co pozwala na pracę średnio przez 8 godzin dziennie;
- 2) w **rozdz. 6 pkt 6.2 ppkt 3 ppkt 3.1 SIWZ (str. 10 i 11 SIWZ) zamawiający** wymagał, aby **wykonawcy** dysponowali osobami zatrudnionymi w pełnym wymiarze czasu pracy, a ponadto w rozdz. 6 pkt 6.5 **zamawiający** podkreślił, że jeżeli **wykonawca ubiega się** o udzielenie kilku części zamówienia, to nie może celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wskazać w więcej niż jednej części zamówienia tych samych osób – pilarzy oraz nadzoru z wykształceniem leśnym, a także tego samego potencjału finansowego i ekonomicznego;
- 3) w **rozdz. 3 pkt 3.3 ppkt 1 SIWZ (str. 5 SIWZ) zamawiający** wskazał, że realizacja zamówienia będzie odbywała się na podstawie pisemnych zleceń **zamawiającego**, z których będzie wynikać zakres prac do wykonania, termin ich realizacji, lokalizację.

Co ważne – zlecenia stanowią mają jednostronne oświadczenia **zamawiającego**, które nie podlegają negocjacjom, a co za tym idzie uznać należy, że wymagają pozostawania przez **wykonawców** w stanie gotowości.

Z powyższego wynika, że w celu wykazania spełnienia przez **wykonawcę piForest** warunku posiadania odpowiednich zasobów ludzkich wykonawca nie mógł wskazać tych samych osób do wykonywania tych samych czynności w ramach różnych postępowań. Działanie takie stanowiłoby bowiem obejście obowiązku dysponowania i zapewnienia przez cały okres obowiązywania umowy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Wykonawca piForest zdawał sobie sprawę, że działanie takie jest niedopuszczalne, co wprost wynika z treści odpowiedzi, których udzielił na pytania i wezwania **zamawiającego**. W piśmie z **21.12.2015 r.** **wykonawca ten** oświadczył, że jedynie D. D. i T. M. są osobami, które będą uczestniczyły w realizacji zamówienia w Nadleśnictwie Płynica w pełnym wymiarze czasu pracy. Jedynie T. M. jest pracownikiem dedykowanym do części I, której dotyczy **odwołanie**. Odnosnie pozostałych osób wskazanych w postępowaniu **wykonawca ten** takich oświadczeń nie złożył.

Pozostałych 7 pracowników zgłoszono do realizacji prac w innych postępowaniach – w Nadleśnictwie Borne Sulinowo, co czyni niemożliwym wykonywanie przez nich zadań w ramach rozpoznawanego postępowania. Skutkować to powinno uznaniem, że **wykonawca piForest** realnie nie dysponuje odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia.

Oświadczenia **wykonawcy piForest** z **15.12.2015 r.** (poprzedzającego ww. oświadczenie) wynika, że wprost przyznał on okoliczność, że wskazane przez niego w wykazie osoby, które miały być dedykowane do realizacji rozpoznawanego zamówienia zostały również wskazane w innych postępowaniach o udzielenia zamówieni publicznego, co miało wynikać z „niekorzystnego sposobu ogłoszenia postępowań w Lasach Państwowych”.

Oświadczenie to zostało złożone dzień po ogłoszeniu wyników postępowania w Nadleśnictwie w Bornym Sulinowie, w którym oferta **wykonawcy piForest** została wybrana jako najkorzystniejsza, a co za tym idzie miał on świadomość, że wskazane przez niego osoby będą *de facto* wykonywać prace w ramach innego zamówienia. Taki sposób działania uznać należy za złożenie nieprawdziwych informacji w odniesieniu do faktycznego sposobu i miejsca pracy osób wskazanych w wykazie.

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z **14.12.2015 r.** w Nadleśnictwie Borne Sulinowo (znak **SA270.1.8.2015.PN**).

Powyżej przedstawione stanowisko uzasadniające konieczność wykluczenia **wykonawcy plForest** z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w pełni odpowiada dotychczasowemu orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej, gdzie podkreślono, że:

1. Oświadczenie **wykonawcy** wyrażone w treści wykazu osób stanowi oświadczenie woli. **Wykonawca** takim oświadczeniem jest związany aż do upływu terminu składania ofert. **Wykonawca** składając takie oświadczenie deklaruje wykonywanie zamówienia wskazanymi przez siebie osobami.
2. Jakkolwiek postępowanie o zamówienie jest postępowaniem formalnym, opartym na pewnej fikcji wynikającej z dokumentów, nie oznacza to, że **zamawiający** jest zobligowany przyjąć oświadczenia za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, nawet jeśli na podstawie całokształtu okoliczności nie ma wątpliwości, że spełnianie warunku jest iluzoryczne. Takiemu rozumieniu sprzeciwiają się zasady postępowania o zamówienie, w szczególności wynikające z **art. 7 ust. 1 Pzp**.
3. Nie jest wystarczające wykazanie tego samego sprzętu. Jedynie formalnie w każdym z postępowań z osobna, jeśli ten sprzęt finalnie ma być wykorzystywany do pracy i

12

efektywnie, w wymaganej w każdym z postępowań ilości, zaangażowany do realizacji każdego z zamówień (wyrok KIO z 26 lutego 2013 r., sygn. akt **KIO 297/13, KIO 300/13**).

W sytuacji gdy **zamawiający** wiedział, że **wykonawca plForest** faktycznie nie dysponuje wskazanymi przez siebie osobami lub zamierza nimi wykonywać inne zadania, co czynić będzie niemożliwym wykonywanie przez nich prac w ramach prac w Nadleśnictwie Płytnica nie powinien uznać jako prawidłowych wyjaśnień złożonych przez tego **wykonawcę**. Nadto wyjaśnienia te, jako nieprawdziwe, również powinny stanowić podstawę do wykluczenia **tego wykonawcy** z postępowania.

Z uwagi na przedstawienie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania oraz niewykazanie przez **wykonawcę plForest**, że dysponuje on wymaganymi przez **zamawiającego** osobami do realizacji zamówienia, **wykonawca ten** powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

B. Brak potencjału technicznego

W niemalże identyczny sposób jak w przypadku potencjału ludzkiego wygląda sytuacja w przypadku potencjału technicznego. Te same urządzenia zostały wskazane przez **wykonawcę plForest** w postępowaniu w Nadleśnictwie w Bornym Sulinowie. Jak wskazano powyżej jest to działanie pozorne i uznać należy, że wykonawca ten nie wykazał posiadania odpowiedniego potencjału technicznego.

Dowód: Wyciąg z oferty **wykonawcy plForest** w Nadleśnictwie Borne Sulinowo (znak **SA270.1.8.2015.PN**) – wykaz urządzeń technicznych.

C. Brak należytej sytuacji finansowej i ekonomicznej

Podobnie jak w przypadku wykazania warunku posiadania odpowiednich zasobów ludzkich tak w przypadku wykazania należytej sytuacji finansowej i ekonomicznej, **wykonawca plForest** posłużył się tym samym dokumentem w kilku postępowaniach, co doprowadziło do sytuacji, że posiadając zdolność kredytową w mniejszym zakresie postępował tak jakby posiadał ją w znacznie większym, pozwalającym na udział w większej liczbie postępowań. W związku z tym należy uznać, że raz wykorzystana (skonsumowana) zdolność kredytowa nie mogła zostać wykorzystana do innych postępowań.

W rozpoznawanym postępowaniu **wykonawca plForest** złożył zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawione przez Bank Zachodni WBK S.A. z **24.11.2015 r.** Z zaświadczenia tego wynika, że **wykonawca ten** „posiada zdolność do spłaty kredytu: **1)** obrotowego, **2)** w wysokości 600 000 zł, **3)** w PLN, **4)** udzielonego na okres **od 24.11.2015 r. do 31.12.2016 r.**”.

13

Dowód: Zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawione przez Bank Zachodni WBK S.A. z **24.11.2015 r.** – dla Nadleśnictwa Płytnica.

Niemalże takie same zaświadczenia zostały wykorzystane przez **tego wykonawcę** w innych postępowaniach – zmianie ulegały jedynie nazwy nadleśnictw – Nadleśnictwo Borne Sulinowo i Nadleśnictwo Krzyż. Co ważne – we wszystkich zaświadczeniach wskazano, że wykonawca ten „posiada zdolność do spłaty kredytu: **1)** obrotowego, **2)** w wysokości 600 000 zł”, co oznacza, że kilkukrotne ich wykorzystanie stanowi swego rodzaju nadużycie polegające na tym, że posiadając zdolność kredytową na **600 000 zł wykonawca ten** działa tak jakby w rzeczywistości posiadał ją na dużo wyższym poziomie.

Dowód:

- 1) zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawione przez Bank Zachodni WBK S.A. z **24.11.2015 r.** dla Nadleśnictwa Borne Sulinowo;
- 2) zaświadczenie o zdolności kredytowej wystawione przez Bank Zachodni WBK SA z **24.11.2015 r.** – dla Nadleśnictwa Krzyż.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że;

1. Zadaniem **wykonawcy** ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest wykazanie, że ma dostęp do źródeł finansowania, które umożliwią mu poniesienie kosztów realizacji zamówienia do czasu otrzymania wynagrodzenia od **zamawiającego**. Chodzi zatem o realny dostęp do środków finansowych przeznaczonych na sfinansowanie konkretnego zamówienia, przy czym mogą to być zarówno środki własne wykonawcy albo środki pożyczone przez stosowną instytucję finansową.
2. Nie chodzi o zdolność kredytową w ogóle, tylko o zdolność kredytową związaną z uzyskaniem środków na realizację zamówienia. Z tego względu niekoniecznie udzielony już kredyt stanowi pewniejsze potwierdzenie znajdowania się w sytuacji finansowej umożliwiającej realizację zamówienia od kredytu dopiero obiecanego, np. pod warunkiem, że **wykonawca** zamówienie uzyska. Jeżeli kredyt został udzielony na zupełnie inny cel, a w szczególności kiedy został już wykorzystany lub środki z niego pochodzące są stale zaangażowane na inną działalność **wykonawcy** – nie potwierdza zdolności sfinansowanie realizacji zamówienia (wyrok KIO z 23 listopada 2012 r., sygn. akt **KIO 2480/12**).

Posłużenie się przez **wykonawcę plForest** zaświadczeniem o zdolności kredytowej w kilku postępowaniach, spośród których w części jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, stanowi wykorzystanie tej zdolności w celu innym niż postępowanie w Nadleśnictwie w Płytnicy.

14

III. Konieczność odrzucenia oferty wykonawcy SBB.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu było złożenie przez **wykonawców** aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego. Zaświadczenie miało potwierdzać, że **wykonawca** nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne.

Wykonawca SBB nie spełnił tego warunku, w związku z czym został wezwany do uzupełnienia brakujących dokumentów. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego **wykonawca SBB** złożył pisma z **16.12.2015 r.** podpisane przez kierownika M. M. . Pisma te nie są jednak zaświadczeniami w rozumieniu rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

IV Wnioski końcowe

W świetle powyższego należy stwierdzić, że **zamawiający** w toku przedmiotowego postępowania dopuścił się szeregu uchybień.

Po pierwsze: z całokształtu okoliczności faktycznych wynika, że **zamawiający** wykluczył **odwołującego** na podstawie okoliczności, jaką wykreował w toku postępowania nie mając ku temu żadnych podstaw w sporządzonym przez siebie **ogłoszeniu** lub **SIWZ**. Tym samym wykluczenie, a w konsekwencji odrzucenie oferty **odwołującego** nastąpiło bez żadnych podstaw faktycznych i prawnych.

Po drugie: **zamawiający** nie wykluczył z postępowania **wykonawcy plForest**, który to **wykonawca** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a ponadto złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

Po trzecie: **zamawiający** nie wykluczył z postępowania **wykonawcy SBB**, który to **wykonawca** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** 07.01.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 08.01.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

11.01.2016 r. wykonawca **plForest D. G., Osiedle Przylesie 21/4, 97-340 Rozprza, Niechcice** złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

15

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** wzięła pod uwagę złożone na rozprawie: odpowiedź **zamawiającego** na odwołanie i stanowisko przyłączającego do odwołania.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzuty **pierwszy do czwartego** na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** wniósł w terminie wadium, co wynikało z treści oferty i załączonych do oferty dokumentów potwierdzających tę okoliczność;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 14 Pzp w zw. z art. 70 i § 4 Kc przez wykluczenie **odwołującego** z uwagi na nieprzedstawienie przez **odwołującego** oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wpłaty wadium w sytuacji, gdy w toku całego postępowania (zarówno w ogłoszeniu jak i **SIWZ**) **zamawiający** nie żądał przedstawienia oryginału dokumentu, a zatem na podstawie okoliczności, do której spełnienia **odwołujący** nie był zobowiązany;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do **odwołującego** o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez **odwołującego** oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium;
- 4) art. 45 ust. 6 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp z wz. z art. 29 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez błędne uznanie, że wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna nie

16

jest możliwe przez złożenie kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej, lecz może być dokonane tylko i wyłącznie przez dostarczenie wraz z ofertą oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy taki wymóg nie został postawiony w specyfikacji ani nie wynika z przepisów ustawy, co doprowadziło do wykluczenia **odwołującego** na podstawie wymogu jaki nie został wskazany w treści **SIWZ**, a tym

- samym naruszono zasadę równego traktowania **wykonawców**, jawności oraz uczciwej konkurencji
- nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

W rozpoznawanej sprawie **zamawiający w specyfikacji** (i ogłoszeniu) nie wymagał wniesienia wadium w jakiejś szczególnej formie, co nie uwłacza przepisom **art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp**, który to przepis brzmi »Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej [...] wymagania dotyczące wadium«. We właściwym terminie **wykonawca**, który jest obecnym **odwołującym**, wniósł ofertę. **Wykonawca ten** dołączył do oferty kopię dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej. **Zamawiający** nie żądając wyjaśnień wykluczył **odwołującego** z postępowania, powołując się na **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp**, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą«.

Izba stwierdza, że zgodnie z **art. 45 ust. 6 pkt 4 Pzp**, który to przepis brzmi »Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach [...] gwarancjach ubezpieczeniowych«, dokument gwarancji ubezpieczeniowej powinien być złożony w formie oryginału, gdyż tak właśnie stanowi przepis. Ponadto, zgodnie z **art. 9 ust. 1 Pzp** postępowanie należy prowadzić w formie pisemnej. Przepis **art. 9 ust. 1 Pzp** brzmi »Postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej«. Do zachowania formy pisemnej konieczny jest własnoręczny podpis. Wynika to z art. 78 § 1 zdanie pierwsze Kc, który to przepis brzmi »Do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli«, a przepis ma zastosowanie w postępowaniu na podstawie **art. 14 Pzp**, który to przepis brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«. Takiego własnoręcznego podpisu nie ma na załączonej do oferty kopii gwarancji.

Jednak celem postępowania przetargowego nie jest czczy formalizm. Najistotniejsze w rozpoznawanej sprawie jest postanowienie **ust. 8 pkt 4 gwarancji**. Z postanowienia tego wynika, że podmiot dysponujący w danej chwili oryginałem gwarancji może doprowadzić do

17

wygaśnięcia gwarancji. Treść ust. 8 pkt 4 gwarancji: »Niniejsza gwarancja wygasa również w przypadku gdy [...] nastąpił zwrot oryginału niniejszej gwarancji do Gwaranta«. Dlatego tak istotne jest, aby oryginał takiego dokumentu znajdował się we władaniu **zamawiającego**, aby **zamawiający** miał pewność, że oferta przez cały czas jest zabezpieczona wadium. **Zamawiający** niedysponujący taką gwarancją przez cały czas nie ma pewności, że posiadacz gwarancji nie zwrócił gwarancji do gwaranta i nie doprowadził do jej wygaśnięcia.

Zgodnie z **art. 45 ust. 1 Pzp** **zamawiający** ma obowiązek żądania wniesienia wadium. Przepis **art. 45 ust. 1 Pzp** brzmi »Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8«. Dlatego **zamawiający**, po otwarciu ofert, musi zbadać czy wadium zostało wniesione (przed upływem terminu składania ofert) i czy **zamawiający** może dysponować tym wadium podczas całego postępowania przetargowego, a nie tylko czy zostało ustanowione, jak próbuje to zasugerować **odwołujący**. **Izba** podkreśla, że samo okazanie oryginału gwarancji przez **odwołującego**, jakie miało miejsce na rozprawie, tylko potwierdza okoliczność, że **zamawiający** nie dysponował tym dokumentem, a więc że wadium nie zostało wniesione do **zamawiającego** i że **zamawiający** nie mógł nim w pełni dysponować.

Podobnie **Izba** wyraziła się w podobnej sprawie w wyroku KIO z 2 sierpnia 2010 r., sygn. akt **1544/11**, cyt. »[...] Izba zwraca uwagę, że przepisy ustawy pzp (art. 45, art. 46 oraz art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp) przede wszystkim posługują się kategorią „wniesienia wadium”. Pojęcie „wniesienia” wadium należy interpretować na gruncie przepisów ustawy – zarówno jej celów, jak i obowiązków wykonawcy i nie jest uprawnione utożsamianie go [„wniesienia wadium”] z pojęciem – „ustanowienia” wadium. W przypadku gwarancji ubezpieczeniowej przez wniesienie wadium w takim przypadku należy uznać, że zamawiający winien mieć pewność, że wadium zostało wniesione do chwili otwarcia ofert«.

Ponadto nie miał znaczenia przedstawiony przez **odwołującego** dokument gwaranta z

31.12.2015 r., gdzie gwarant potwierdził tylko, że dokona wypłaty wadium na podstawie złożenia kopii gwarancji. Jednak gwarant nie odniósł się do kwestii możliwości doprowadzenia do wygaśnięcia gwarancji przez podmiot składający oryginał gwarancji u gwaranta na podstawie **ust. 8 pkt 4 gwarancji**, co powodowało, że **zamawiający** przez cały czas trwania postępowania po upływie terminu składania ofert nie miałby pewności czy oferta w danym momencie jest zabezpieczona wadium. W związku z tym dokument ten nie mógł mieć wpływu na stanowisko **Izby**.

Izba dodaje, że procedura żądania wyjaśnień określona w **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** przez zastosowanie w tym przepisie czasownika „może” jest przepisem dającym zamawiającemu możliwość, a nie nakładającym na zamawiającego obowiązek. Przepis **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** brzmi »W toku badania i oceny ofert

18

zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert«. Jednak w przypadku braku wątpliwości u **zamawiającego, zamawiający** nie musi żądać wyjaśnień. **Izba** stwierdza, że forma kopii gwarancji ubezpieczeniowej, a zwłaszcza treść **ust. 8 pkt 4 tej gwarancji** były na tyle oczywiste, że u **zamawiającego** mogły nie zrodzić się żadne wątpliwości. Dlatego nie można zobligować **zamawiającego** do stosowania procedury wyjaśniania określonej w **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp**.

Jednocześnie **Izba** stwierdza, że w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (jak w rozpoznawanym postępowaniu przetargowym) zamawiający powinien zastosować się do przepisu **art. 24 ust. 4 Pzp** i uznawać ofertę takiego wykonawcy za odrzuconą. **Art. 24 ust. 4 Pzp** brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. Jednak kwestia ta nie miała wpływu na wynik postępowania, dlatego zgodnie z **art. 192 ust. 2 Pzp** nie może uwzględnić odwołania w zakresie naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp**, gdyż i tak ofertę tę należało uznać za odrzuconą. **Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«, a **art. 192 ust. 2 Pzp** brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia«.

Ponadto **Izba** stwierdza, że oferty nie można uzupełnić o dokument wadialny, gdyż nie mówi się o nim w przepisie **art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze** ani w przepisie **art. 25 ust. 1 Pzp**. **Art. 26 ust. 3 zdanie pierwsze Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«, a **art. 25 ust. 1 Pzp** brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

Ponadto o możliwości uzupełnienia wadium nie ma również mowy w przepisach kodeksu cywilnego, które mają zastosowanie do postępowań o udzielenie zamówienia [postępowań przetargowych] na podstawie **art. 14 Pzp**.

19

Jedyna znana **Izbie** możliwość takiego uzupełnienia jest unormowana w **art. 42 ust. 1 ustawy** z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz. U. Nr 135, poz. 789, z 2012 r. Nr 951, z 2014 r. poz. 40 oraz z 2015 r. poz. 1045 i 1777), który to przepis brzmi »Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu złożenia ofert, zamawiający wzywa do wniesienia wadium w dodatkowym terminie. Po bezskutecznym upływie tego terminu zamawiający wyklucza wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia«.

Jednak przepis ten jako wyjątek potwierdza regułę, że nie można stosować uzupełniania wadliwych w zamówieniach publicznych. Zainteresowani mogą jedynie apelować do ustawodawcy o wprowadzenie takich unormowań do przyszłych przepisów prawa zamówień publicznych.

Również – zdaniem **Izby – odwoływający** nie doprecyzował który przepis został naruszony wskazując ogólnie naruszenie **art. 29 i art. 7 Pzp**, a przepisy te posiadają wiele ustępów. Również **odwoływający** nie wykazał naruszenia jakiegokolwiek konkretnego ustępu z tych artykułów. Podobnie **odwoływający** nie wykazał, że **zamawiający** nie postępował w trakcie przeprowadzania procedury przetargowej niezgodnie z postanowieniami ogłoszenia lub specyfikacji, a więc **odwoływający** nie wykazał naruszenia **art. 70 i § 4 Kc**, który to przepis brzmi »Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu«.

Ze względu na powyższe **Izba** nie może przychylić się do zarzutów od pierwszego do czwartego dotyczących ogólnie wykluczenia **odwoływającego** ze względu na brak wniesienia wadium.

W ocenie **Izby**, zarzuty **piąty do siódmego** na naruszenie:

- 5) **art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy plForest** w sytuacji, gdy **wykonawca ten** powinien zostać wykluczony z postępowania, bo złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania przez wskazanie w piśmie z **15.12.2015 r.**, że osoby wskazane przez niego do realizacji zamówienia w **części I** nie będą uczestniczyć w realizacji zamówienia w innych nadleśnictwach, podczas gdy osoby te będą realizować zamówienia w Nadleśnictwie Borne Sulinowo
- 6) **art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp** w zw. z **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** w zw. z **art. 7 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **wykonawcy plForest** w sytuacji, gdy tak jak **odwoływający** nie złożył oryginału dokumentu poświadczającego wniesienie wadium

20

- 7) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1** oraz **art. 25 Pzp** w zw. z § 1 ust. 1 pkt 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy plForest** z postępowania, pomimo że **wykonawca ten** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz wykazania należytej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz posiadania odpowiedniego potencjału technicznego, przez to, że nie udowodnił **zamawiającemu**, że będzie w sposób realny dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności w związku z ubieganiem się w oparciu o te same zasoby o inne zamówienie realizowane równolegle

– nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwolujący kwestionuje, że **zamawiający** nie wykluczył z postępowania **wykonawcy plForest** pomimo że **wykonawca plForest** nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do (1) dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia oraz (2) wykazania należytej sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz (3) posiadania odpowiedniego potencjału technicznego.

Izba stwierdza, że w **części 6 ust. 6.2 pkt 3 ppkt 3.I lit. a-d SIWZ** **zamawiający** żądał od **wykonawcy** wykazania dysponowania odpowiednią liczbą osób posiadających wskazane w specyfikacji cechy. Dla upewnienia się o spełnianiu warunków **zamawiający** wielokrotnie żądał wyjaśnień od **wykonawcy plForest**. **Izba** stwierdza, że instytucja uzupełnień oferty po upływie terminu składania ofert unormowana w przywoływanym wcześniej **art. 26 ust. 3 Pzp** jest wyjątkiem do reguły niezmienności oferty, która jest wyrażona w przepisie **art. 84 ust. 1 Pzp**. Przepis **art. 84 ust. 1 Pzp** brzmi »Wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę«. Wyjątków od reguł ogólnych (*leges speciales*) nie wolno interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extendendae*). Natomiast do przepisu **art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp** nie stosuje się ta reguła wykładni, gdyż konieczność wyjaśnienia treści oferty wynika z ogólnej reguły dołożenia przez **zamawiającego** należytej

staranności podczas przeprowadzania postępowania i rozwiania wszystkich wątpliwości odnośnie każdej oferty. Dlatego ustawodawca nie ograniczył **zamawiającego** odnośnie liczby i treści żądań wyjaśnień od **wykonawców**. Z tych powodów również **Izba** nie może przychylić się do zarzuty **odwołującego**, że **zamawiający** zbyt wiele razy występował do wykonawcy **ilForest** o wyjaśnienia oferty.

Natomiast, zdaniem **Izby**, uwzględnienie spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia po wyczerpującym sprawdzeniu oferty i wyjaśnień **wykonawcy ilForest** nie może budzić wątpliwości. Ponadto **zamawiający** nie może

21

wiedzieć które osoby zostaną w odpowiednim czasie skierowane do wykonania zamówienia przez wykonawcę, gdyż jest to poza procedurą udzielenia zamówienia. Ważne jest aby osoby wykonujące zamówienie posiadały odpowiednie kwalifikacje, zadeklarowane w ofercie przez **wykonawcę ilForest**. Zamawiający nie naruszył swoim postępowaniem art. 223 ust. 1 pkt 3 Pzp, który brzmi »«.

W ocenie **Izby**, zarzuty **ósmego i dziewiątego** na naruszenie:

- 8) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1 oraz art. 25 Pzp** w zw. z **§ 3 ust. 1 pkt 4** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy SBB** z postępowania, w sytuacji gdy poszczególni wykonawcy nie złożyli aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że **wykonawca** nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne;
- 9) **art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 1 oraz art. 25 Pzp** w zw. z **§ 3 ust. 1 pkt 4** rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez zaniechanie wykluczenia **wykonawcy SBB** z postępowania, w sytuacji gdy członkowie tego **wykonawcy** nie wykazali posiadania sprzętu wymaganego przez **zamawiającego** (brak niezbędnego osprzętu przy ciągnikach) oraz nie wykazali posiadania odpowiednich zasobów ludzkich (zbyt mała liczba pilarzy);
- nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie **Izby**, zarzut **dziesiąty** na naruszenie:

- 10) **art. 91 Pzp** przez wybór oferty **wykonawcy plForest**, pomimo że najkorzystniejszą ofertą była oferta **odwołującego** i jako jedyna nie podlegała odrzuceniu z postępowania – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

22

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

23