

Zalesie, 03.01.2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a

02-676 Warszawa

Odwołujący: Mirosław Korabik, przedsiębiorca działający pod firmą Handel i Usługi Mirosław Korabik, adres: Zalesie 19, 89-511 Cekcyn, NIP: 5611001238, REGON: 091174203, tel.: +48 505 036 562, e-mail: miroslawkorabik@wp.pl.

Zamawiający: Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Trzebciny, Trzebciny 30, 89-505 Małe Gacno, tel.: +48 52 334 1015, e-mail: trzebciny@torun.lasy.gov.pl.

Znak postępowania: ZG.270.0.13.2021

Przedmiot zamówienia: *Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Trzebciny w roku 2022.*

Numer ogłoszenia o zamówieniu: Dz. Urz. UE 2021/S 211-554111

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Urzędu Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 29.10.2021 r. pod nr 2021/S 211-554111.

Odwołanie

Działając na podstawie art. 513 pkt 1, 2 i n. ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: PrZamPubl), niniejszym wnoszę odwołanie na czynności Zamawiającego Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasów Państwowych – Nadleśnictwa Trzebciny (dalej zwanego „Zamawiającym”) – tj. na:

- 1) odrzucenie ofert Odwołującego złożonych na części nr II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARW1, HARW2 zamówienia,
- 2) zaniechanie wyboru oferty Odwołującego oraz na wybór najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr VII,

I. Podstawa prawna do wniesienia odwołania

Artykuł 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a PrZamPubl.

II. Podstawa faktyczna do wniesienia odwołania

Zawiadomienie Zamawiającego z 22.12.2021 r. o wyborze przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty dla wszystkich części zamówienia poza III i XI w przetargu nieograniczonym pn. „*Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej w Nadleśnictwie Trzebciny w roku 2022*” (niezawierające uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego) oraz sprostowanie Zawiadomienia Zamawiającego z dnia 23.12.2021 r. zawierające już częściowe uzasadnienie faktyczne, przy dalszym braku podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego.

III. Wskazanie niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego oraz zaniechania czynności

Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami PrZamPubl czynności i zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

- 1) odrzuceniu ofert Odwołującego złożonych na części nr II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARW1, HARW2 zamówienia PrZamPubl pomimo, iż wadium wniesiono w sposób prawidłowy i zabezpieczało ono interes Zamawiającego, przy jednoczesnym braku wskazania podstawy prawnej odrzucenia oferty,
- 2) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego na część nr VII zamówienia pomimo, że była to oferta najkorzystniejsza,
- 3) wyborze oferty najkorzystniejszej dla części nr VII zamówienia, która nie była ofertą najkorzystniejszą,

IV. Wskazanie zarzutów stanowiących oparcie dla odwołania

Zarzucam naruszenie przepisów PrZamPubl, które miały wpływ na wynik niniejszego postępowania, tj.:

- 1) **art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 1 i 2 PrZamPubl** – 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 PrZamPubl naruszył zasadę efektywności wydatkowania środków pieniężnych.

- 2) **art. 264 ust. 1 PrZamPubl** – 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 PrZamPubl** - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej gwarancji wadialnej,
- 4) **art. 239 ust. 1 PrZamPubl** - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący prawidłowo wniósł wadium, a jego oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami PrZamPubl i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

V. Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania

W związku z powyższym, niniejszym wnoszę o:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej na części nr II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARW1, HARW2 zamówienia,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert dla części nr II, IV, VI, VII, IX, X, XII, HARW1, HARW2 postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części nr VII w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

VI. Inne wnioski

Ponadto wnoszę o:

- 1) dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania na fakty szczegółowo opisane w uzasadnieniu,
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

VII. Wskazanie interesu do wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1 PrZamPubl)

Odwołujący 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, HARW1, HARW2. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia. Oferta Odwołującego w zakresie części nr VII otrzymała najwyższą liczbę punktów.

VIII. Terminy

Odwołujący uzyskał informacje o wyborze ofert najkorzystniejszych dla poszczególnych części (pakietów) zamówienia w dniu 22.12.2021 r. Zawiadomienie to nie spełniało jednak wymogów art. 253 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl, gdyż nie zawierało żadnego uzasadnienia (ani prawnego, ani faktycznego) odrzucenia oferty Odwołującego. W dniu 23.12.2021 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie „Sprostowanie informacji z wyboru najkorzystniejszych ofert”, które zawierało już częściowe uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego (dalej nie zawierało podstawy prawnej). Z tego względu termin na złożenie odwołania został zachowany.

Odwołujący przesłał odwołanie Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 514 ust. 2 PrZamPubl.

Uzasadnienie

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 Dawida Jędrzejewskiego.

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 2021r.) 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:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/529240>

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 i art. 17 ust. 1 i 2 PrZamPubl:

Przede wszystkim wskazać należy na kardynalne naruszenie PrZamPubl poprzez brak powołania jakiegokolwiek podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego. Brak wiedzy Odwołującego o podstawach odrzucenia uniemożliwia mu realizację środków ochrony prawnej chociażby w kontekście art. 534 ust. 1 PrZamPubl.

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.”*.

Faktycznie przyznać należy, że 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 PrZamPubl 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 ZamPublU a art. 98 ust. 6 PrZamPubl dotyczące wyłącznie płaszczyzny terminologicznej - związanej m.in. z wprowadzeniem w PrZamPubl pojęcia podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych. W tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku KIO 530/21:

„Izba dokonała porównania i oceny merytorycznej przesłanek i okoliczności zatrzymania wadium opisanych w art. 98 ust. 6 PrZamPubl w związku z przywołanymi w niej dyspozycjami do art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, art. 57 lub 106 ust. 1, art. 125 ust. 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3, jak i wprost wymienionymi w art. 98 ust. 6 i stwierdza, że odpowiadają merytorycznie i treściowo przesłankom i okolicznościom zatrzymania wadium opisanym w art. 46 ust. 4a w związku z dyspozycjami do art. 26 ust. 3 i ust. 3a, art. 25 ust. 1, art. 25a ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 i ust. 5 art. 46 ZamPublU.”

Co więcej możliwość zaspokojenia roszczeń z gwarancji w razie wystąpienia okoliczności, o których mowa w art. 98 ust. 6 PrZamPubl wynika z dokumentu przesłanego do Zamawiającego przez Odwołującego z jego własnej inicjatywy, w którym Bank - wystawca gwarancji potwierdził,

iz wystawiona gwarancja w pełni zabezpiecza interes Zamawiającego, gdyż gwarant zobowiązuje się do realizacji gwarancji w okolicznościach wymienionych w art. 98 PrZamPubl („... **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 2021r. poz. 1129).**”

Dowód:

- *Oświadczenie gwaranta z dnia 08.12.2021 r. przesłane przez Odwołującego do Zamawiającego.*

Podkreślić należy, 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. 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. Krajowa Izba Odwoławcza (w sprawie z odwołania przeciwko innej jednostce Lasów Państwowych) w uzasadnieniu wyroku z 15 marca 2021 r. - KIO 623/21 słusznie podniosła, że **Zamawiający dokonując oceny, czy wadium zostało wniesione w sposób prawidłowy, nie może ograniczać się wyłącznie do zbadania, czy w gwarancji zostały wpisane prawidłowe przepisy. Powinien on dokonać oceny, czy na podstawie złożonych gwarancji będzie mógł w przyszłości zaspokoić swoje roszczenia.**

Zamawiający ponadto sugeruje, że na podstawie gwarancji nie można ustalić, czy w ogóle przy powoływaniu się na określone przepisy w gwarancji chodziło o ustawę Prawo zamówień publicznych z 2004 roku. W odpowiedzi na to – wskazać należy, że kilkakrotnie 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 tożsamy 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 11 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). Nie wspominając już, że samo zawiadomienie 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 PrZamPubl). 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.

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 zaostrażająca klauzula „na pierwsze żądanie”, która powoduje, że odpowiedzialność gwaranta ulega zaostrożeniu, 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.

Przed wszystkim 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. Należy podkreślić, 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.

Wskazać należy 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, HARW1, 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? 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.

Reasumując - złożona przed Odwołującego gwarancja nr 8/2021 spełniała wszystkie wymogi SWZ oraz PrZamPubl 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 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; 3) kwotę gwarancji: – Pakiet nr II: leśnictwa Lisiny; – 10.000,00 zł, Pakiet nr IV: leśnictwa Pohulanka – 10.000,00 zł, Pakiet nr VI: leśnictwa Zazdrość – 13.000,00 zł, Pakiet nr VII:

leśnictwa Zimne Zdroje – 7.000,00 zł, Pakiet nr XI: leśnictwa Wygoda – 11.000,00 zł, Maszynowe pozyskanie, zrywka drewna w 2022 r., Pakiet nr HARW1: leśnictwa Lisiny, Łoboda, Pohulanka, Zazdrość, Zimne Zdroje – 27.000,00 zł, Pakiet nr HARW2: leśnictwa Siwe Bagno, Wygoda, Zacisze, Szklana Huta, Smolarnia – 30.000,00 zł; 4) zobowiązanie gwaranta do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP - tutaj poprzez powołanie się na okoliczności tożsame, a wymienione w poprzednio obowiązującym akcie prawnym (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU).

Dowód:

- *Gwarancja nr 8/2021 wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 25.11.2021 r.*
- *Specyfikacja warunków zamówienia dostępna na stronie Zamawiającego: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/529240>*

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 PrZamPubl. To z kolei w konsekwencji spowodowało, że Zamawiający dokonał wyboru oferty z naruszeń zasad, o których mowa w art. 17 PrZamPubl, 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 wadliwej 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 PrZamPubl

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 PrZamPubl. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień prowadziło do naruszenia art. 223 ust. 1 PrZamPubl, który wprost dopuszcza wyjaśnienia dotyczące nie tylko treści złożonych ofert, ale również dotyczące innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Wskazać należy, że 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 PrZamPubl (*„... 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 2021r. poz. 1129).”*

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PrZamPubl:

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ZamPublU 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.

Nadmienić tylko trzeba, 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.

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

.....

Mirosław Korabik

Załączniki:

- 1) potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
- 2) potwierdzenie doręczenia odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu,
- 3) pisma Zamawiającego dotyczące wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 i 23.12.2021 r. – dostępne na stronie Zamawiającego: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/529240>
- 4) gwarancja nr 8/2021 wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Koronowie w dniu 25.11.2021 r.
- 5) oświadczenie gwaranta z dnia 08.12.2021 r. przesłane przez Odwołującego do Zamawiającego.