

Sygn. akt: KIO 219/21

WYROK
z dnia 1 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Luiza Łamejko**
 Jan Kuzawiński
 Agata Mikołajczyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. D. Usługi Leśne i Rolnicze, Nowe Krzywe 1, 19-330 Stare Juchy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Elk, Mrozy Wielkie 21, 19-300 Elk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. Zakład Usług Leśnych Fangorn, Siedliska 54, 19-300 Elk, W. A. Ch. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. A. Ch. Zakład Robót Leśnych, Regiel, ul. Leśna 2, 19-300 Elk, K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Usługi Leśne, Długosze 15/1, 19-335 Prostki i J. M. z siedzibą ul. Mazurska 16, 19-314 Kalinowo** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. D. Usługi Leśne i Rolnicze, Nowe Krzywe 1, 19-330 Stare Juchy** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. D. Usługi Leśne i Rolnicze, Nowe Krzywe 1, 19-330 Stare Juchy** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od

dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ełk (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług leśnych z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Ełk w roku 2021”. Postępowanie zostało podzielone na osiem części. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 października 2020 r. pod numerem 2020/S 210-513650.

W dniu 18 stycznia 2021 r. wykonawca D. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D. D. Usługi Leśne i Rolnicze (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 8 stycznia 2021 r. polegających na:

- wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. K. Zakład Usług Leśnych Fangorn, W. A. Ch. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą W. A. Ch. Zakład Robót Leśnych, K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Usługi Leśne i J. M. (dalej: „Konsorcjum”) złożonej w odniesieniu do pakietów: 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8;
- zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum we wszystkich ww. częściach zamówienia;
- odrzuceniu oferty Odwołującego w odniesieniu do pakietów 1, 2 i 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej, pomimo istnienia przesłanek do jej odrzucenia z powodu wniesienia wadium przez Konsorcjum w sposób nieprawidłowy oraz odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na wyborze oferty Konsorcjum w odniesieniu do pakietów: 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8 oraz unieważnienie czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego w odniesieniu do pakietów 1, 2 i 3.

Odwołujący wniósł również o unieważnienie zawartej z Konsorcjum umowy na realizację pakietów nr 4, 5, 7 i 8 lub ewentualnie o wystąpienie przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do sądu o unieważnienie umowy w przypadku stwierdzenia dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący stwierdził, że oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona w częściach 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8 postępowania z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Odwołujący wskazał, że Konsorcjum do oferty na wszystkie pakiety (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 i 8) załączyło gwarancję ubezpieczeniową nr 280000181259 z dnia 20 listopada 2020 r. wystawioną przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. podpisaną przez przedstawiciela G. G.-B. bez udokumentowania umocowania tej osoby do dokonania tej czynności prawnej. Odwołujący wskazał na postanowienie pkt 9.5 SIWZ. Podał, że w dniu 9 grudnia 2020 r., tj. po terminie składania ofert (30 listopada 2020 r.), Zamawiający wezwał Konsorcjum do przesłania pełnomocnictwa osoby wystawiającej gwarancję ubezpieczeniową. Konsorcjum uzupełniło gwarancję ubezpieczeniową (wadium) o pełnomocnictwo osoby wystawiającej w dniu 10 grudnia 2020 r., jednakże złożone przez Konsorcjum wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) nie jest dokumentem w oryginale, który został podpisany w formie oryginalnej tj. długopisem.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, zgodnie z punktem 9.6. SIWZ, treść gwarancji wadialnej musi zawierać m.in. nazwę dającego zlecenie (wykonawcy). Odwołujący podniósł, że w złożonej gwarancji ubezpieczeniowej wskazany jest jeden wykonawca (Zakład Usług Leśnych FANGORN A. K.), nie zaś konsorcjum czterech firm. Odwołujący podał, że zgodnie z treścią wydanego przez Urząd Zamówień Publicznych dokumentu „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”, ocena prawidłowości wniesienia wadium jest doniosła szczególnie ze względu na fakt, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie ma też narzędzi, aby móc wyjaśniać wątpliwości dotyczące np. treści dokumentów gwarancji - przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie są dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282). Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu/kryteriów kwalifikacji ani braku podstaw do wykluczenia. Jak zauważył

Odwołujący, konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełniania ewentualnych braków we wniesieniu wadium w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji (poręczenia) nie stanowią też części oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy z wszelkimi doprecyzowującymi to oświadczenie dokumentami i informacjami co do zakresu i sposobu wykonania zobowiązania będącego przedmiotem zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazał, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji, nie można dokonać jego wpłaty po upływie wskazanego terminu składania ofert, jak również nie można uzupełnić dokumentu potwierdzającego wniesienie wadium, jeśli wadium wnoszone jest w innej formie niż pieniążna.

Odwołujący podkreślił, że czynność wniesienia wadium nie podlega konwalidacji i Zamawiający nie mógł wezwać Konsorcjum do uzupełnienia pełnomocnictwa. Jak zaznaczył Odwołujący, ocena prawidłowości złożonego wadium następuje wyłącznie na podstawie złożonej gwarancji, na wstępnym etapie, po upływie terminu składania ofert. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę, że kwestie dotyczące prawidłowości wadium nie są objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, nie ma również podstaw do poprawienia w treści dokumentu omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wadliwy dokument gwarancji nie podlega uzupełnieniu po terminie składania ofert w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie jest to bowiem dokument, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 19 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1353/18 stwierdził, że gwarancja wadialna może podlegać ocenie przez pryzmat zgodności z SIWZ jedynie w tych aspektach, w których ustawodawca pozostawił Zamawiającemu swobodę decyzyjną, natomiast w sytuacji, gdy ustawodawca określone kwestie uregulował w ustawie, to nie mogą być one modyfikowane przez Zamawiającego. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie pozwala na konwalidowanie wniesionego dokumentu gwarancji wadialnej. Odwołujący podkreślił, że w przypadku gwarancji nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada, wadium stanowi bowiem zabezpieczenie Zamawiającego i musi być skuteczne. Odwołujący zaznaczył, że zabezpieczenie Zamawiającego musi wynikać z treści gwarancji, a nie z odrębnych od samej gwarancji następczych zapewnień gwaranta.

Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 24 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1634/17 oraz z 19 października 2011 r., sygn. akt KIO 2172/11 podnosząc, że w odniesieniu do gwarancji wadialnej wykonawca zobowiązany jest do złożenia Zamawiającemu oryginału takiej gwarancji przed upływem terminu składania ofert, złożenie kserokopii gwarancji bankowej nie stanowi o skutecznym wniesieniu wadium ustanowionego

w tej formie. W ww. orzeczeniu wskazano, że złożona kserokopia stanowi jedynie potwierdzenie przyjęcia zobowiązania przez gwaranta spełnienia świadczenia na rzecz podmiotu uprawnionego, wskazanego w treści gwarancji, nie stanowi jednak o wypełnieniu obowiązku złożenia (wniesienia) wadium Zamawiającemu. Istnienie jednostronnego zobowiązania banku stwierdzone zostało na piśmie, a zatem jedynie oddanie Zamawiającemu w posiadanie pisemnego zobowiązania stanowiłoby o skutecznym jego wniesieniu. Z istoty gwarancji bankowej wynika, iż jest ona wystawiana na rzecz beneficjenta, w celu zabezpieczenia jego roszczeń, a zatem dokument stwierdzający istnienie zobowiązania do wypłaty kwoty wadium powinien być w dyspozycji podmiotu uprawnionego w treści gwarancji do dochodzenia świadczenia od zobowiązanego. Złożenie kserokopii dokumentu nie stanowi dowodu wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej potwierdzonej pismem, które w takiej sytuacji nadal pozostaje w dyspozycji wykonawcy, co może utrudniać dochodzenie wypłaty świadczenia od gwaranta (np. w przypadku zwrotu dokumentu gwarantowi).

Jak zaznaczył Odwołujący, przyjęcie jako właściwej formy wniesienia wadium - złożenie Zamawiającemu kserokopii gwarancji bankowej, pozostawiałoby niepewność co do istnienia zabezpieczenia oferty przez cały okres związania ofertą. Odwołujący zauważył, że Zamawiający musi mieć gwarancję stałości stanu zabezpieczenia oferty wadium, co wymaga dysponowania przez Zamawiającego oryginałem dokumentu. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, taki sposób wniesienia wadium uniemożliwiłoby dokonanie zwrotu przez Zamawiającego dokumentu wykonawcy pozostającego w jego dyspozycji. Odwołujący podał, że okoliczność ta podnoszona jest jedynie w celu wykazania spójności przepisów ustawy dotyczących wadium - skoro wadium ma pozostawać w dyspozycji Zamawiającego, to zaprzeczeniem tego stanu byłoby dopuszczenie składania kopii gwarancji bankowej. Odwołujący przywołał orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z 23 września 2014 r., sygn. akt KIO 1883/14, z 19 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 63/12, KIO 66/12, z 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17, oraz z 7 maja 2019 r., sygn. akt KIO 628/19.

Odwołujący podniósł, że istotą wadium jest jego funkcja zabezpieczająca - ma ono dawać Zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania jego roszczeń w przypadku zaistnienia ustawowych okoliczności upoważniających do zatrzymania wadium. Wobec tego, kluczowe znaczenie ma fakt, czy wadium wniesione w formie niepieniężnej (gwarancji czy poręczenia) daje Zamawiającemu taki sam poziom bezpieczeństwa, jak suma pieniężna wpłacona na jego rachunek bankowy. Na podstawie złożonego wraz z ofertą dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej Zamawiający powinien mieć pewność, że, gdy zajdą ku temu przesłanki, gwarant dokona zapłaty wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie konsekwentnie wskazuje się, że dla oceny prawidłowości wniesienia wadium decydująca jest skuteczność zabezpieczenia Zamawiającego. Ocena tej skuteczności musi być dokonywana w sposób rygorystyczny, ponieważ zabezpieczenie oferty wadium i związana z tym możliwość zaspokojenia się Zamawiającego w razie wystąpienia okoliczności wskazanych w przepisach ustawy Pzp muszą pozostawać poza sferą domniemań.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający na podstawie dokumentu, który nie był oryginalny i nie był podpisany przez upoważnioną osobę, której pełnomocnictwo powinno być załączone najpóźniej do upływu terminu składania ofert, nie mógł mieć pewności co do tego, od kogo dokument gwarancyjny pochodzi, a co za tym idzie, czy a jeśli tak, to kiedy i przez kogo zostało złożone oświadczenie woli.

Odwołujący wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w dniu składania ofert, a wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę (wyrok KIO z 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17).

Odnosząc się do wadium złożonego przez Odwołującego, Odwołujący stwierdził, że 30 listopada 2020 r. o godz. 8.00 zlecił przelew natychmiastowy, który realizowany jest co najwyżej w ciągu kilku minut. Wskazał, że zgodnie z punktem 9.3. SIWZ „wniesienie wadium będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie zostanie zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego”. Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający 2 grudnia 2020 r. zwrócił się do BNP Paribas Bank Polska S.A. o informację o dokładnej godzinie i minucie wpływu (uznania) wadium Odwołującego, bank zaś udzielił informacji o dacie i godzinie księgowania (realizacji), przy czym ani Zamawiający nie domagał się informacji o „zaliczeniu na rachunku bankowym” (zgodnie z SIWZ), jak też bank nie udzielił informacji o tym „zaliczeniu”.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku unieważnienia czynności Zamawiającego na wszystkie części (pakiety - 1, 2, 3, 4, 5, 7 i 8), z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego będzie musiało być prowadzone od początku, Odwołujący zaś będzie mógł w nim ponownie uczestniczyć.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Konsorcjum.

Na posiedzeniu Zamawiający oświadczył, że umowa na części 4, 5, 7 i 8 postępowania nie została zawarta. Odwołujący wycofał żądanie unieważnienia zawartej z

Konsorcjum umowy na realizację pakietów nr 4, 5, 7 i 8.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Mając na uwadze treść art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”).

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy nPzp na czynności Zamawiającego dokonane w ramach części 1, 2 i 3 postępowania, tj. w tych częściach, o które ubiega się Odwołujący. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Odwołujący nie wykazał legitymacji do wniesienia odwołania w zakresie czynności Zamawiającego wykonanych w częściach 4, 5, 7 i 8 postępowania. Wskazać należy, że zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp, środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 7 pkt 32 nPzp definiuje pojęcie „zamówienia” jako umowę odpłatną zawieraną między zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług”.

Mając na względzie powyższe regulacje stwierdzić należy, że każda z części, na które prowadzone jest postępowanie, stanowi odrębne zamówienie – postępowanie prowadzone jest odrębnie dla każdej z części (za wyjątkiem ogłoszenia/zaproszenia do składania ofert), odrębnie składane są oferty, odrębnie dla każdej części toczą się też dalsze czynności zamawiającego, podpisanie umowy następuje zazwyczaj na każdą część postępowania osobno. Każda z części stanowi zatem zamówienie, o którym mowa w art. 7

pkt 32 nPzp.

Na skutek powyższego, wykonawca składając środek ochrony prawnej zobowiązany jest wykazać, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu zgodnym z definicją ustawową oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Postępowanie odwoławcze ma na celu ochronę interesów osoby wnoszącej środki ochrony prawnej. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia” oraz o „szkodzie”, ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Postępowanie odwoławcze nakierowane jest na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11). Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej skierowanym na zmianę sytuacji wykonawcy, polegającej na możliwości uzyskania zamówienia, tj. wyboru oferty złożonej przez wykonawcę odwołującego się. Wobec faktu, że Odwołujący nie ubiegał się

o pozyskanie zamówienia w częściach 4, 5, 7 i 8 postępowania (Informacja z otwarcia ofert z dnia 30 listopada 2020 r., Protokół postępowania), nie wykazał interesu w uzyskaniu zamówienia w tych częściach.

W zakresie części 4, 5, 7 i 8 postępowania Odwołujący nie wykazał także, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Z treści art. 505 ust. 1 nPzp wynika, że możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej uwarunkowana jest nie tylko posiadaniem interesu w uzyskaniu zamówienia, ale interesu kwalifikowanego poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody z powodu działań lub zaniechań zamawiającego. Szkada, o której mowa w przedmiotowej regulacji obejmuje uszczerbek majątkowy, jako że utrata możliwości uzyskania zamówienia ma głównie charakter ekonomiczny. Izba stwierdziła, że w przedmiotowej sprawie Odwołujący, który nie ubiegał się o zamówienie w częściach 4, 5, 7 i 8 postępowania, nie wykazał poniesienia szkody czy nawet możliwości poniesienia szkody w zakresie czynności Zamawiającego dokonanych w tych częściach.

W związku z powyższym, w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał posiadania legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania na czynności i zaniechania Zamawiającego wykonane w częściach 4, 5, 7 i 8 postępowania, wymaganej zgodnie z art. 505 ust. 1 nPzp.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego.

Art. 45 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert został ustalony na 30 listopada 2020 r. godz. 9:00 (pkt IV.2.2) Ogłoszenia o zamówieniu).

Zamawiający w pkt 9.1 SIWZ wskazał, że „Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert”. Zgodnie z pkt 9.3 SIWZ, „Wniesienie wadium w pieniądzu będzie skuteczne, jeżeli w podanym terminie zostanie zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego”.

Pkt 9.5 SIWZ stanowi: „Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądz należy złożyć wraz z Ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym 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, zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b PZP.”.

Izba ustaliła, że w dniu 2 grudnia 2020 r. Zamawiający zwrócił się do BNP Paribas Bank Polski S.A. z prośbą o podanie dokładnej godziny i minuty wpływu (uznania) na rachunek Zamawiającego kwoty 28 000 zł tytułem wadium wpłaconej w dniu 30 listopada 2020 r. przez Odwołującego.

W dniu 3 grudnia 2020 r. BNP Paribas Bank Polski S.A. udzielił informacji, że data i godzina księgowania (realizacji) wpłaty wadium to 30 listopada 2020 r., godz. 9:37.

W informacji z dnia 8 stycznia 2021 r. o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego Zamawiający argumentował, że żądał wniesienia wadium na każdy pakiet zamówienia. Wadium Odwołującego wpłynęło na konto Zamawiającego po terminie składania ofert, co wynika jednoznacznie z zaświadczenia banku BNP Paribas Bank Polski S.A. z 3 grudnia 2020 r., a więc niezgodnie z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na ww. okoliczności Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego przyjmując za podstawę art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

W przedmiotowej sprawie bezsporne jest, że kwota wadium nie wpłynęła na rachunek bankowy Zamawiającego, nie została zaliczona na tym rachunku przed upływem terminu składania ofert. Odwołujący nie podjął inicjatywy dowodowej przeczącej twierdzeniom Zamawiającego. Odwołujący złożył pismo mBank S.A. z 28 stycznia 2021 r. na okoliczność, że przelew został zlecony 30 listopada 2020 r. o godz. 8:01, oraz potwierdzenie wykonania operacji obciążeniowej na okoliczność, że opłacił przelew natychmiastowy. Przedmiotowe dokumenty dowodzą jedynie, że przelew środków z tytułu wadium został zlecony przed upływem terminu składania ofert, w żadnym razie nie dowodzą jednak, że wpływ środków na konto Zamawiającego nastąpił w terminie zakreślonym przez Zamawiającego.

Podkreślenia wymaga istotna rola wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – wadium stanowi zabezpieczenie przed uchylaniem się przez wykonawcę od zawarcia umowy, a także stanowi finansowe zabezpieczenie interesów zamawiającego przed nierzetelnym wykonawcą, który przez określone działania lub zaniechania mógłby chcieć wpłynąć na wynik postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 marca 2015 r., sygn. akt KIO 368/15). Wadium ma zabezpieczać ofertę oraz prawidłowy przebieg postępowania, dyscyplinując wykonawców i zapewniając ich lojalne współdziałanie z zamawiającym (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13 października 2017 r., sygn. akt KIO 2023/17). Wadium powinno być zatem wniesione w sposób prawidłowy i powinno zabezpieczać cały okres związania ofertą.

W przedmiotowym postępowaniu wpłata wadium przez Odwołującego nastąpiła w pieniądzu z zastosowaniem rozliczenia bezgotówkowego - polecenia przelewu, o którym stanowi art. 63 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2020 r., poz. 1896 ze zm.). Stosownie do art. 63 c ustawy Prawo bankowe: „Polecenie przelewu stanowi udzieloną bankowi dyspozycję dłużnika obciążenia jego rachunku określoną kwotą i uznania tą kwotą rachunku wierzyciela. Bank wykonuje dyspozycję dłużnika w sposób przewidziany w umowie rachunku bankowego”. Przy dokonywaniu zatem płatności w przedmiotowej formie należy odróżnić trzy etapy, tj. złożenie w banku dyspozycji przelania środków na rachunek wierzyciela (złożenie polecenia przelewu), obciążenie rachunku wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu, który nie jest równoznaczny z pojawieniem się środków na rachunku wierzyciela, oraz etap uznania rachunku bankowego wierzyciela kwotą wskazaną w poleceniu przelewu, od którego to momentu wierzyciel może dysponować pieniędzmi.

W przedmiotowej sprawie bezsporna jest okoliczność, że dyspozycja przelania środków na konto Zamawiającego została wydana przez Odwołującego 30 listopada 2020 r. o godz. 8:01, jednak, jak wykazał Zamawiający i czemu Odwołujący nie zaprzeczył, uznanie rachunku Zamawiającego (księgowanie, realizacja) nastąpiło 30 listopada 2020 r. o godz. 9:37. Od tego momentu Zamawiający miał możliwość dysponowania kwotą wadium. Powyższe oznacza, że w momencie upływu terminu składania ofert, tj. w dniu 30 listopada 2020 r., godz. 9:00, Zamawiający nie posiadał w dyspozycji kwoty należnej tytułem wadium Odwołującego, a tym samym, oferta Odwołującego nie była zabezpieczona wadium w terminie określonym w art. 45 ust. 3 ustawy Pzp.

Bez wpływu na rozpoznanie przedmiotowego zarzutu pozostaje okoliczność, że w specyfikacji Zamawiający użył sformułowania „zaliczone na rachunku bankowym Zamawiającego” (pkt 9.3 SIWZ). Nie ulega wątpliwości, że sformułowanie to jest jednoznaczne z uznaniem rachunku Zamawiającego, czy jak to ujął BNP Paribas Bank

Polski S.A. w piśmie z dnia 3 grudnia 2020 r., księgowaniem (realizacją). Odwołujący dokonując przelewu środków finansowych nie uwzględnił ryzyka związanego z czasem trwania rozliczeń międzybankowych, nie dołożył należytej staranności w zabezpieczeniu swojej oferty. Na skutek powyższego, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się także podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

Izba nie stwierdziła uchybień w formie wniesienia wadium przez Konsorcjum. Zgodnie z pkt 9.6 SIWZ „Wadium wnoszone w formie innej niż pieniądź należy złożyć wraz z Ofertą w oryginale w postaci elektronicznej tj. opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym osób upoważnionych do jego wystawienia.”.

Konsorcjum przekazało Zamawiającemu wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej nr 280000181259 z 20 listopada 2020 r. wystawionej przez Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. z siedzibą w Sopocie.

Izba ustaliła, że przedmiotowa gwarancja została opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez G. G.-B - osobę uprawnioną i przekazana Zamawiającemu w postaci elektronicznej. Takie rozwiązanie – z uwagi na zrównanie formy elektronicznej z pisemną (art. 78¹ § 2 KC) – wyczerpuje wymóg formy pisemnej, właściwej dla tego rodzaju dokumentów, a jednocześnie wymóg komunikacji elektronicznej. W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że skoro wyrażony w art. 10a ustawy Pzp wymóg użycia środków komunikacji elektronicznej dotyczy przekazywania wszelkich oświadczeń i dokumentów w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia (poza wyjątkami określonymi w art. 10c ust. 1 ustawy Pzp), to również wadium, jako jeden z takich dokumentów niezbędnych do złożenia skutecznej i ważnej oferty, również powinno być wniesione w postaci elektronicznej. Dopuszczenie takiego rozwiązania wydaje się też być zgodne z zasadą proporcjonalności ustanawiania wymogów w postępowaniu, a także realizuje, wyrażony w 52 motywie dyrektywy 2014/24/UE cel stosowania środków komunikacji elektronicznej, jakim jest ułatwienie komunikacji, zwiększenie skuteczności i przejrzystości procesu udzielania zamówień, a także możliwości udziału wykonawców w postępowaniach o udzielanie zamówień. Stanowisko takie wyrażone zostało także w opinii Urzędu Zamówień publicznych pt. „Zasady wnoszenia niepieniężnych form wadium przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówień publicznych w postępowaniach wszczętych po dniu 17 października 2018 r.”.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że forma wniesienia wadium przez Konsorcjum była zgodna z ustawą Pzp i wymogami Zamawiającego.

Za niezasadne Izba uznała także twierdzenia Odwołującego dotyczące nieprawidłowości wadium wniesionego przez Konsorcjum z uwagi na nie załączenie do gwarancji pełnomocnictwa dla osoby, która podpisała gwarancję. Brak jest podstaw do wymagania, aby wykonawca złożył wraz z wadium dokument, z którego będzie wynikało umocowanie danej osoby do podpisania dokumentu wadium. Taki wymóg nie wynika z przepisów ustawy Pzp, ani z postanowień SIWZ. W przedmiotowej sprawie Zamawiający postanowił jednak zweryfikować okoliczność, czy osoba, która złożyła podpis na gwarancji jest osobą do tego uprawnioną. Pismem z 9 grudnia 2020 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do przesłania pełnomocnictwa osoby, która wystawiła gwarancję. Konsorcjum odpowiedziało na wezwanie Zamawiającego przesyłając pełnomocnictwo szczególne z 23 kwietnia 2018 r. udzielone G. G.-B. – osobie, która podpisała gwarancję. Zgodnie z §1 ust. 1 ww. pełnomocnictwa, Sopockie Towarzystwo Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. udzieliło G. G.-B. pracownikowi Przedstawicielstwa Korporacyjnego Spółki w Warszawie pełnomocnictwa do zawierania w imieniu Spółki umów o gwarancje ubezpieczeniowe oraz do wystawiania gwarancji oferowanych przez Spółkę. Rozpoznając przedmiotowy zarzut Izba miała ponadto na uwadze, że Odwołujący nie podjął próby wykazania, że gwarancję złożoną przez Konsorcjum podpisała osoba nieuprawniona. Za niemającą znaczenia Izba uznała okoliczność, że na druku gwarancji w miejscu na podpis osoby uprawnionej znajduje się treść „podpis Przedstawiciela Gwaranta”. Istotne jest jedynie to, czy osoba, która wystawiła gwarancję jest osobą uprawnioną.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, że w treści gwarancji złożonej przez Konsorcjum wskazany został Zakład Usług Leśnych Fangorn A. K., nie zaś wszyscy członkowie Konsorcjum.

W pkt 9.6 SIWZ Zamawiający sformułował wymagania wobec treści wadium. Treść gwarancji musiała zawierać:

- „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. 46 ust. 4a PZP oraz art. 46 ust. 5 PZP.”.

SIWZ nie zawierała żadnych szczegółowych uregulowań dotyczących wadium wnoszonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Gwarancja ubezpieczeniowa z 20 listopada 2020 r. złożona przez Konsorcjum, oprócz wskazania Zakładu Usług Leśnych Fangorn A. K. jako wykonawcy, zawierała określenie przedmiotu zamówienia z podziałem na części, oraz zobowiązanie Sopockiego Towarzystwa Ubezpieczeń ERGO Hestia S.A. wobec Skarbu Państwa – Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Ełk w kwocie 71 000 zł, którą Gwarant zobowiązał się wypłacić Zamawiającemu. Gwarant podjął się „bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, bez konieczności jego uzasadniania, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”.

W świetle tak ukształtowanych okoliczności faktycznych, w szczególności treści SIWZ, do przedmiotowej sprawy można odnieść ustalenia Sądu Najwyższego w sprawie IV CSK 86/17, zakończonej wyrokiem z 15 lutego 2018 r. Sąd Najwyższy w powołanym wyroku stwierdził, że wskazanie w treści gwarancji jedynie lidera konsorcjum i pominięcie pozostałych wykonawców wchodzących w skład konsorcjum pozostaje bez wpływu na skuteczność zobowiązania gwaranta – przy zastrzeżeniu braku szczególnych obostrzeń w tym zakresie w treści SIWZ. Jak wskazano powyżej, w niniejszej sprawie specyfikacja nie zawierała szczególnych uregulowań w przedmiocie tzw. wadium konsorcjalnego. Przytaczając za Sądem Najwyższym: „Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga – w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to

obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem

„z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjenta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji – a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki nie poinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta”.

W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy podkreślenia wymaga, że zgodnie z pełnomocnictwem załączonym do oferty Konsorcjum, wszyscy członkowie Konsorcjum upoważnili A. K. do reprezentowania wszystkich członków Konsorcjum na wszystkich etapach prowadzonego przez Nadleśnictwo Ełk postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie wykonywania usług z zakresu gospodarki leśnej w roku 2021 na terenie Nadleśnictwa Ełk w części oznaczonej jako Pakiet/-y 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, w szczególności lecz nie wyłącznie do:

- a) złożenia i podpisania oferty oraz wszelkich innych dokumentów i oświadczeń niezbędnych do skutecznego złożenia oferty oraz prowadzenia i zakończenia ww. postępowania (...)
- c) zawarcia umowy na skutek przeprowadzenia ww. postępowania oraz podpisania wszelkich innych oświadczeń niezbędnych do zawarcia umowy (...)

Wskazane postanowienia mają doniosłe znaczenie wobec warunku, jaki postawił Sąd Najwyższy, zgodnie z którym wadium należy uznać za prawidłowo wniesione, jeżeli zmaterializowanie się przesłanki zatrzymania wadium wynika z zaniechania wykonawcy pominiętego w gwarancji, ale podmiot w niej wymieniony również ponosi za to

odpowiedzialność. W ocenie Izby, ww. pełnomocnictwo pozwala na jednoznaczne ustalenie, że Zakład Usług Leśnych Fangorn A. K., jako lider Konsorcjum upoważniony i zobowiązany do pełnej reprezentacji Konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, będzie odpowiadał za wystąpienie przesłanek zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji i art. 46 ust. 4a i 5 ustawy Pzp, nawet jeśli przyczyna ich zmaterializowania będzie tkwiła bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że z uwagi na treść gwarancji oraz treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Konsorcjum prawidłowo wniosło wadium, wobec czego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp nie potwierdził się.

Z uwagi na powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy nPzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący:
.....
.....