

WYROK
z dnia 3 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Karaska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lutego 2022 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 stycznia 2022 r.** przez wykonawcę **A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne "ASLAS" A. L., Gniewkowo,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Nadleśnictwo Cierpiszewo,**

przy udziale wykonawcy **A. B. – L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Batrans B.-L. A., Gniewkowo** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględni odwołania i nakazuje zamawiającemu Nadleśnictwu Cierpiszewo: (i) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VI zamówienia; (ii) odrzucenie oferty wykonawcy A. B. – L. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Batrans B.-L. A., Gniewkowo na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp; (iii) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Nadleśnictwo Cierpiszewo i:**
 - 3.1 **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę A. L.**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne "ASLAS" A. L., Gniewkowo tytułem wpisu od odwołania;

3.2 zasądza od zamawiającego **Nadleśnictwa Cierpiszewo** na rzecz wykonawcy **A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne "ASLAS" A. L., Gniewkowo** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 24 stycznia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy A. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Leśne "ASLAS" A. L., Gniewkowo (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Skarbowi Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Cierpiszewo (dalej „Zamawiający”) naruszenie: (1) art. 226 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp przez niezgodną z przepisami czynność nie odrzucenia oferty wykonawcy która nie jest zabezpieczona w prawidłowy sposób wadium (w zakresie pakietu nr IV oferty złożonej przez Konsorcjum Firm w składzie: BATRANS B. L. A. Wielowieś 57, 88-140 Gniewkowo oraz Zakład Usług Leśnych W. P., Rejna 1 88-110 Inowrocław); (2) art. 239 ust. 1 poprzez niedokonanie wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą zgodnie z określonymi w postępowaniu kryteriami oceny oferty (w zakresie pakietu nr VI).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie pakietu nr VI, powtórzenia oceny ofert, wskutek którego w zakresie pakietu nr VI oferta złożona przez Konsorcjum Firm w składzie: BATRANS B. L. A. Wielowieś 57, 88-140 Gniewkowo oraz Zakład Usług Leśnych W. P., Rejna 1 88-110 Inowrocław zostanie uznana za odrzucona, powtórzenia oceny ofert i dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej odpowiednio w pakiecie nr VI na podstawie określonych w postępowaniu kryteriów oceny oferty, zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający w zakresie Pakietu nr VI poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający powyższą informację upublicznił tylko na stronach internetowych prowadzonego postępowania w dniu 12 stycznia 2022r. Dowód nr 1 – informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - pismo z dnia 12 stycznia 2022 roku (<https://www.gov.pl/web/nadlesnictwo-cierpiszewo/wykonywanie-uslug-z-zakresugospodarki-lesnej-na-terenie-nadlesnictwa-cierpiszewo-w-roku-2022>).

W ocenie Odwołującego z decyzją Zamawiającego w zakresie oceny oferty w zakresie pakietu nr VI oferty złożonej przez Konsorcjum Firm w składzie: BATRANS B. L. A. (Wielowieś 57, 88-140 Gniewkowo) oraz Zakład Usług Leśnych W. P. (Rejna 1 88-110 Inowrocław) zwanego dalej Konsorcjum firm (oferta nie jest zabezpieczona w prawidłowy

sposób wadium) nie sposób się zgodzić, z przyczyn wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania. Podejmując decyzję o uznaniu ww. oferty za ważną w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył fundamentalne zasady określone w art. 16 ustawy Pzp, nie zapewniając jednocześnie obiektywizmu przy badaniu i ocenie ofert w zakresie postępowania pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022”- pakiet nr VI.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wskazał w treści dokumentów zamówienia (rozdział 11 SWZ) wymagania dotyczące wadium, wskazując w pkt. 11.5. (...) Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie będzie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP. W pkt. 11.6. specyfikacji - Treść gwarancji wadium musi zawierać następujące elementy:

- 1) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,
- 2) określenie wierzytelności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem – określenie przedmiotu zamówienia,
- 3) kwotę gwarancji/poręczenia,
- 4) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

Dowód nr 2 – Specyfikacja warunków zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022” – numer postępowania ZG.270.3.7.2021. (<https://www.gov.pl/web/nadlesnictwo-cierpiszewo/wykonywanie-uslug-z-zakresugospodarki-lesnej-na-terenie-nadlesnictwa-cierpiszewo-w-roku-2022>)

Odwołujący wskazał, że wykonawca, Konsorcjum Firm w składzie: BATRANS B. L. A. oraz Zakład Usług Leśnych W. P., wniósł wadium w postaci poręczenia wystawionego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 299 z późniejszymi zmianami). Gwarancja została wystawiona w dniu 26 listopada 2021r. przez POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin. Z treści poręczenia wynika jednoznacznie, iż gwarant tj. POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. zobowiązuje się W związku z przystąpieniem przez

Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu organizowanego pod nazwą: nr2021/S 209-547677 postępowania: Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1275 z późn. zm. – „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz zadrzewień, użytkowania ubocznego, gospodarki administracyjnej, łąkowo-rolnej, nasiennictwa i szkółkarstwa , do wykonania na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022, zgodnie z załącznikami do SWZ przez Nadleśnictwo Cierpiszewo i dalej

§ 3

1. Poręczyciel wykonując zobowiązanie z tytułu udzielonego poręczenia dokona wypłaty wadium w sposób nieodwołalny, bezwarunkowy na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, że Zamawiający zatrzymał wadium, gdyż:

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

2) Zobowiązany, którego oferta została wybrana:

- a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
- b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
- c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Dowód nr 3 – poręczenie wystawione w dniu 26 listopada 2021r. przez POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin.

Odwołujący wskazał, że w związku z określeniem w poręczeniu Zobowiązanego - "BATRANS" A. B.L. reprezentowanym przez: A. B.-L. (zwanym dalej Zobowiązanym) należy uznać, iż wystawca gwarancji w przypadku zaistnienia konieczności zapłaty kwoty gwarancji

będzie usiłował uniknąć płatności, wskazując na brak objęcia gwarancją działań innych wykonawców. W wyroku z dnia 10 września 2015 r., III Ga 1041/15, Sąd Okręgowy w Warszawie dostrzegł potrzebę dopuszczenia pewnych odstępstw w tym zakresie i wobec tego wystarczające byłoby powołanie się w gwarancji na zwrot „konsorcjum”. Jednak sporna gwarancja bankowa obejmowała jedynie firmę (...) bez oznaczenia, iż działa ona w ramach konsorcjum. Istotnym zatem jest, że całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądzać musi o prawidłowości złożenia wadium w postaci gwarancji bankowej wystawionej na jednego z konsorcjantów. Podsumowując ten wątek, Sąd stwierdził, że w treści gwarancji bankowej złożonej przez spółkę (...) nie tylko nie został wymieniony drugi członek konsorcjum - (...) sp. z o.o. sp. k., ale nawet nie wskazano, że (...) S.A. składa ofertę w ramach Konsorcjum. Tym samym gwarant może odmówić wypłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium w sytuacji, gdy przesłanki zatrzymania wadium dotyczyć będą (...) sp. z o.o. sp. k. jako członka konsorcjum.

Istotnym jest, iż Zamawiający, Nadleśnictwo Cierpiszewo w piśmie z dnia 20 stycznia 2022r. twierdzi, iż dokonał bardzo szczegółowej analizy treści gwarancji i opierając się na wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) oraz wystawionym w dniu 5 stycznia 2022r. Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 26 listopada 2021 roku, nr: 900392/2021 uznał, iż jest ona prawidłowa. Dowód nr 4 – pismo Nadleśnictwa Cierpiszewo z dnia 20 stycznia 2022r. Dowód nr 5 – Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 26 listopada 2021 roku, nr: 900392/2021 z dnia 5 stycznia 2022r.

W ocenie Odwołującego wystawione w dniu 5 stycznia 2022r. Oświadczenia Poręczyciela o udzieleniu poręczenia zapłaty wadium z dnia 26 listopada 2021 roku, nr: 900392/2021, jest oświadczeniem wystawionym zdecydowanie po terminie składania ofert (który wypadał w dniu 29 listopada 2021r.). Ponadto istotnym jest fakt, iż poręczyciel dopiero w treści oświadczenia stwierdza: Przyjęliśmy do wiadomości, że oferta dotycząca postępowania 2021/S 209-547677, Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022 - leśnictwa: Grodzyna, Część nr: 6 została złożona przez konsorcjum firm: "BATRANS" A. B.-L. i Zakład Usług Leśnych W. P..

Ponadto Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał analizy tylko części wspomnianego orzeczenia i oparł swoją decyzję tylko i wyłącznie na pobieżnej analizie poręczenia. Tymczasem uważna analiza tego wyroku (wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. IV CSK 86/17) prowadziła tylko do wniosku, że Sąd Najwyższy w zasadzie uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego

rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach. Finał tej sprawy ujrzał światło w dniu 27 lutego 2019 roku, bowiem Sąd Okręgowy w Gdańsku oddalił obie skargi, a zatem przesądził, iż w tym konkretnym przypadku gwarancja ubezpieczeniowa wystawiona na członka Konsorcjum jest nieprawidłowa. Sąd Najwyższy bowiem w przywołanym powyżej wyroku wskazał - „Decydujące znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w związku z innymi przepisami ma odpowiedź na pytanie, czy wystawiona w okolicznościach sprawy Gwarancja wadialna czyni zadość wymaganiom dotyczącym wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (art. 45 ust. 6 p.z.p.), a więc czy należy zabezpieczyć „postępowanie do zawarcia umowy”. (...) należy zgodzić się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje - co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy - treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie.”

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe należy zauważyć, iż Sąd Najwyższy nie przesądził zasady, ale wskazał, iż decyduje treść gwarancji wystawionej w konkretnych okolicznościach, która to treść może być przecież ukształtowana różnie. W wyroku podkreślono również, że z uwagi na brak regulacji dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej w szerszym zakresie (tylko art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej) należy stosować reguły ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej, w szczególności przepisu art. 81, art. 82 czy art. 87 ustawy Prawo bankowe. Sąd Najwyższy wskazuje między innymi na gwarancję popularną w obrocie tj. bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie, odnosi się do celu gwarancji oraz jej nieakcesoryjnego charakteru. Zaś podstawowe znaczenie gwarancji wadialnej, dokonanie szczątkowej wykładni uwzględniać musi fakt, iż w treści gwarancji jako zleceniodawcę i oferenta wskazano tylko jednego wykonawcę. Jak słusznie we wspomnianym wyroku Sąd Najwyższy wskazał decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty.” Koniecznym jest zatem dokonanie szczegółowej analizy treści gwarancji w sposób całościowy poprzez pryzmat okoliczności i stosownie do jej treści, a nie poprzestanie na automatycznym przyjęciu faktu, iż w niektórych sytuacjach możliwym jest wskazanie w treści gwarancji tylko jednego z członków konsorcjum.

Odwołujący wskazał, że z treści poręczenia wystawionego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 299 z późniejszymi zmianami. Gwarancja została wystawiona w dniu 26 listopada 2021r. przez POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin nie wynika, aby poręczyciel zdecydował się wziąć odpowiedzialność za działania i zaniechania obu z konsorcjantów. Wręcz przeciwnie, w treści poręczenia akcentowane jest przejęcie odpowiedzialności wyłącznie za działania i zaniechania Zobowiązanego (tj. "BATTRANS" A. B.-L.). W ocenie Odwołującego, w dokumencie nie ma żadnego zapisu, który pozwoliłby na uznanie, iż Zobowiązanym może być konsorcjum, czy też nawiązania do działań i zaniechań uczestnika konsorcjum przystępującego ani jakiegokolwiek wzmianki, że poręczyciel swoją świadomością obejmuje również odpowiedzialność za działania i zaniechania kogokolwiek innego niż Zobowiązany. W poręczeniu nie wspomniano przykładowo, że poręczyciel ponosi odpowiedzialność za "ewentualnego konsorcjanta zobowiązanego", ani że poręczycielowi jest wiadome, że ten będzie składał ofertę wspólną z jakimś innym podmiotem. Odpowiedzialność poręczyciela za ewentualne zobowiązanie do zapłaty wadium powstałe z winy konsorcjanta zobowiązanego nie może być zaś dorozumiana, czy też zależeć od jego dobrej woli.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie Izby jednolity jest pogląd, że opisanie przesłanek zatrzymania wadium w gwarancji nie musi być dosłowne, ani polegać na kopiowaniu przepisów ustawy - musi być jednak na tyle precyzyjne, by treść gwarancji nie budziła żadnych wątpliwości w zakresie możliwości zaspokojenia się beneficjenta z gwarancji (por. np. wyrok KIO z dnia 22.08.2018 sygn. KIO 1332/18, wyrok z dnia 14.10.2014r. sygn. KIO 2016/14, wyrok z dnia 14.08.2013r. sygn. KIO 1429/13). Jednocześnie wymaga podkreślenia, że nie jest dopuszczalna rozszerzająca interpretacja określonych w treści gwarancji okoliczności uzasadniających wypłacenie kwoty wadium, nieoparta na literalnym jej brzmieniu. Treść zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji - w tym zakres odpowiedzialności gwaranta - który kształtują m.in. przesłanki bezwarunkowej wypłaty wadium, określona jest w treści gwarancji wadialnej. Z tej przyczyny nie jest dopuszczalne uzupełnienie gwarancji wadialnej o pominiętą, obowiązkową przesłankę zatrzymania wadium, poprzez dokonanie pozajęzykowej wykładni oświadczenia woli banku. Konieczność przeprowadzenia takiej wykładni dla ustalenia dodatkowej, nie wynikającej z treści gwarancji przesłanki wypłaty wadium, nie daje zamawiającemu pewności co do wypłaty wadium. Pewność ta powinna zaistnieć już w chwili otwarcia ofert. Zwrócić należy uwagę, że zamawiający, zwracając się do gwaranta o wypłatę wadium, musi określić jakie zdarzenie stanowi podstawę żądania. Gwarant uprawniony jest do analizy oświadczenia

zamawiającego i ustalenia, czy żądanie odpowiada warunkom wskazanym w gwarancji. W przypadku uznania przez gwaranta, że zdarzenia opisane w oświadczeniu i okoliczności objęte gwarancją nie są tożsame, może odmówić wypłaty świadczenia. Należy podkreślić, że stanowisko Izby w tym zakresie jest jednolite i niezmiennie - por. np. wyrok KIO 1222/15 z dnia 25.06.2015 r., KIO 293/16 z dnia 11 marca 2016 r., KIO/UZP 62/09 z dnia 23.01.2009 r. W pierwszym z powołanych wyroków Izba wprost wskazała, że dla ustalania treści gwarancji wadialnej, nie jest dopuszczalne stosowanie reguł wykładni określonych w art. 65 k.c. W wyroku KIO 883/11 z dnia 10.05.2011 r. Izba dopuściła wykładnię gwarancji wadialnej jedynie w zakresie dookreślenia beneficjenta gwarancji. Z kolei wyrok KIO/UZP 930/09 mówi o wykładni woli w kontekście wyjaśnienia oczywistej omyłki pisarskiej w dacie wystawienia. Do wykładni gwarancji wadialnej w oparciu o reguły określone w art. 65 k.c. odnosi się też wyrok KIO 1040/16 z dnia 28.06.2016 r. - dotyczy on błędnego wskazania w gwarancji wadialnej nazwy postępowania (a konkretnie braku dwóch liter w nazwie rzeki).

W ocenie Odwołującego, jak wynika z powyższego, nie jest dopuszczalne dokonywanie wykładni treści gwarancji dla ustalenia przypadków zatrzymania wadium, które powinny być w niej określone w sposób jednoznaczny, nie wymagający wykładni oświadczenia woli. Gwarancja wadialna w omawianym zakresie powinna być na tyle precyzyjna, by zapewniać, że jej realizacja nie będzie uzależniona od wyniku dokonanej przez gwaranta wykładni. Treść gwarancji winna umożliwiać gwarantowi prostą subsumcję zaistniałych okoliczności mających uzasadniać wypłatę kwoty wadium do przesłanek w niej określonych. Nie można uznać, że treść gwarancji, której skuteczność realizacji zależna jest od pomyślnie (dla beneficjenta) przeprowadzonej przez gwaranta wykładni, w należyty sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego.

W podsumowaniu Odwołujący wskazał, że gwarancja wadialna wniesiona przez Konsorcjum Firm w składzie: BATRANS B. L. A. (Wielowieś 57, 88-140 Gniewkowo) oraz Zakład Usług Leśnych W. P. (Rejna 1 88-110 Inowrocław) nie pozwalała na skuteczną ochronę roszczeń zamawiającego. Aby wadium zapewniało skuteczną ochronę roszczeniom zamawiającego, wykonawcy muszą prawidłowo sporządzić treść gwarancji i dokładnie określić grono podmiotów zobowiązanych. Wskutek powyższego oferta jest ofertą nieważną. Odwołujący, już tylko z ostrożności procesowej informuje, iż identyczne poręczenia złożone przez to samo konsorcjum firm w toku postępowań o udzielenie zamówienia nie zostały uznane za ważne w innych nadleśnictwach.

Izba ustaliła co następuje:

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

Izba ustaliła, że w pkt 11.2 SWZ Zamawiający wskazał, że wadium może być wnoszone według wyboru Wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu,
- 2) gwarancjach bankowych,
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 4) poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 61) ust. 5 pkt. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r, o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 299).

W pkt. 11.4 SWZ Zamawiający wskazał: Z treści wadium wnoszonego w formie: gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej lub poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust, 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości powinno wynikać bezwarunkowe, na pierwsze pisemne żądanie zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

W pkt. 11.5 SWZ, Zamawiający m.in. następujące zapisy: (...) Oferta Wykonawcy, który nie wniesie wadium lub wniesie wadium w sposób nieprawidłowy, lub nie będzie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złoży wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 PZP zostanie odrzucona z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP. W pkt. 11.6. specyfikacji - Treść gwarancji wadium musi zawierać następujące elementy:

- 5) nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy), beneficjenta gwarancji/poręczenia (Zamawiającego), gwaranta (banku lub instytucji ubezpieczeniowej udzielających gwarancji/poręczenia) oraz wskazanie ich siedzib,
- 6) określenie wiarygodności, która ma być zabezpieczona gwarancją/poręczeniem – określenie przedmiotu zamówienia,
- 7) kwotę gwarancji/poręczenia,
- 8) zobowiązanie gwaranta/poręczyciela do zapłacenia bezwarunkowo i nieodwołalnie kwoty gwarancji/poręczenia na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 PZP.

Izba ustaliła, że w postępowaniu zostały złożone następujące oferty:

FIRMA	PAKIET	CENA OFERTY BRUTTO
USŁUGI LEŚNE E. J. UL. DŁUGA 52 87-165 CIERPICE	IV	-
USŁUGI LEŚNE E. J. UL. DŁUGA 52 87-165 CIERPICE	II	789 450,94
Usługi Leśne „L.” L. S. Suchatówka 63/3 88-140 Gniewkowo	VII	767 679,85
ZAKŁAD USŁUG LEŚNYCH F. S. UL. NAD POTOKIEM 2A/2 87-165 CIERPICE	III	269 439,24
Glamowscy Spółka Jawna Ul. Główna 41 86 – 021 Maksymilianowo	X	799 606,73
Konsorcjum w składzie: Batrans B. L. A. Wielowieś 57, 88-140 Gniewkowo Zakład Usług Leśnych W. P. Rejna 1 88-110 Inowrocław 2	VI	936 777,38
Zakład Usług Leśnych Z. K. Osiek Wielki 11, 88-111 Rojewo	V	606 095,61
Zakład Usług Leśnych Z. K. Osiek Wielki 11, 88-111 Rojewo	VIII	766 959,76
Usługi Leśne „ASLAS” A. L. Suchatówka 63/3 88-140 Gniewkowo	I	1 957 986,45
Usługi Leśne „ASLAS” A. L. Suchatówka 63/3 88-140 Gniewkowo	X	1 083 004,56

Usługi Leśne „ASLAS” A. L. Suchatówka 63/3 88-140 Gniewkowo	VI	1 015 917,97
Konsorcjum Firm Bracia Przedsiębiorstwo Usług Leśno-Tartacznych A. K. Samokłęski Duże 45a/1, 89-200 Szubin Firma Usług Leśnych Wielobranżowych A. K. Samokłęski Małe 6, 89-200 Szubin	X	852 348,42

Izba ustaliła, że wykonawca konsorcjum firm w składzie: BATRANS B. L. A. oraz Zakład Usług Leśnych W. P., wniósł wadium w postaci poręczenia wystawionego przez podmiot, o którym mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jednolity: Dz. U. z 2020 r. poz. 299 z późniejszymi zmianami). Gwarancja została wystawiona w dniu 26 listopada 2021r. przez POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. z siedzibą w Szczecinie, ul. Monte Cassino 32, 70-466 Szczecin. Izba ustaliła, że z treści poręczenia wynika, że jako zobowiązanym została określona Pani A. B. L. prowadząca działalność gospodarczą pod formą BATRANS B. L. A.. Dalej w treści poręczenia wskazane jest, że gwarant tj. POLFUND Fundusz Poręczeń Kredytowych S.A. zobowiązuje się w związku z przystąpieniem przez Zobowiązanego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu organizowanego pod nazwą: nr 2021/S 209-547677 postępowania: Przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r. poz. 1275 z późn. zm. – „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz zadrzewień, użytkowania ubocznego, gospodarki administracyjnej, łąkowo-rolnej, nasiennictwa i szkółkarstwa, do wykonania na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022, zgodnie z załącznikami do SWZ przez Nadleśnictwo Cierpiszewo. W §3 i 4 poręczenia zostało wskazane:

§ 3

1. Odpowiedzialność Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia obejmuje spłatę 100 % aktualnego i wymagalnego zobowiązania Zobowiązanego wobec Zamawiającego do zapłaty wadium. Odpowiedzialność Poręczyciela jest solidarna i ograniczona do kwoty maksymalnej w wysokości 14700 PLN (słownie : czternaście tysięcy siedemset 00/100 złotych).

2. Zakres odpowiedzialności Poręczyciela z tytułu udzielonego poręczenia nie obejmuje: odsetek, prowizji, opłat, innych kosztów związanych z przystąpieniem do przetargu należnych Zamawiającemu, w tym kosztów postępowania egzekucyjnego lub sądowego prowadzonego przeciwko Zobowiązanemu, jak również wszelkich innych kosztów zaspokojenia Zamawiającego związanych z obowiązkiem spłaty wierzytelności należnych Zamawiającemu, ani odszkodowania za ewentualne szkody wyrządzone przez Zobowiązanego Zamawiającemu w związku ze złożeniem oferty przez Zobowiązanego i jego udziałem w postępowaniu.

3. Poręczenie niniejsze jest terminowe i udzielone na okres do dnia: 2022-03-31

§ 4

1. Poręczyciel wykonując zobowiązanie z tytułu udzielonego poręczenia dokona wypłaty wadium w sposób bezwarunkowy, nieodwołalny na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego wzywające Poręczyciela do zapłaty wadium, zawierające oświadczenie, że Zamawiający zatrzymał wadium, gdyż:

- 1) Zobowiązany w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Zobowiązanego jako najkorzystniejszej; lub
- 2) Zobowiązany, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
 - c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana.

Ponadto Izba ustaliła, że w dniu 5 stycznia 2022 r. gwarant wystawił Oświadczenie Poręczyciela, w którym zostało zawarte następujące oświadczenie: Przyjęliśmy do wiadomości, że oferta dotycząca postępowania 2021/S 209-547677, Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Cierpiszewo w roku 2022 - leśnictwa: Grodzyna, Część nr 6 została złożona przez konsorcjum firm: "BATTRANS" A. B.-L. i Zakład

Usług Leśnych W. P.. Ponadto w pkt 2 oświadczenia wskazano, że brak wskazania Partnera Konsorcjum nie jest przesłanką do odmówienia ewentualnej wypłaty poręczenia na zasadach określonych w §4 ww. Oświadczenia.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania. W pakiecie nr VI za najkorzystniejszą została uznana oferta konsorcjum: "BATRANS" A. B.-L. i Zakład Usług Leśnych W. P..

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne. Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, w sytuacji, gdy wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioski o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ustawodawca w art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy Pzp dopuścił jako formę wadium poręczenie udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2020 r. poz. 299).

Zgodnie z art. 6b ust. 8 ustawy PARP wsparcie finansowe następuje na podstawie umowy zawartej między Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości a tymi podmiotami, do której to umowy stosuje się przepisy ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm.). Celem udzielania poręczenia jest w szczególności pomoc w rozwoju mikro, małym i średnim przedsiębiorcom przez stworzenie im dostępu do kapitału na atrakcyjnych warunkach finansowych. Docelowo taka pomoc zwiększa konkurencyjność postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ umożliwia wykonawcom wzięcie udziału w tych postępowaniach, w których nie byłoby w stanie pozyskać dokumentu gwarancji wadialnej bądź wnieść wymaganą kwotę wadium. Należy przyjąć, że zobowiązanie poręczyciela udzielającego poręczenia na podstawie art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy PARP może być wyłącznie pieniężne. Poręczenie sprowadza się do zagwarantowania, że dłużnik spełni swoje zobowiązanie. W świetle charakteru poręczenia oraz celu jego złożenia w postępowaniu przetargowym poręczyciel nie poręcza za wniesienie wadium przez wykonawcę, a za jego zatrzymanie i skorelowany z nim obowiązek jego zapłaty. Poręczyciel odpowiada zatem za dług przyszły w postaci zapłaty kwoty wadium w wysokości oznaczonej w SWZ.

Dalej wskazać należy, że przez umowę poręczenia poręczyciel zobowiązuje się względem wierzyciela wykonać zobowiązanie na wypadek, gdyby dłużnik zobowiązania nie wykonał (art. 876 § 1 k.c.). Oświadczenie poręczyciela powinno być pod rygorem nieważności złożone na piśmie (art. 876 § 2 k.c.), stąd wymóg złożenia dokumentu poręczenia w oryginale. O zakresie zobowiązania poręczyciela – stosownie do art. 879 § 1 k.c. – rozstrzyga każdorazowy zakres zobowiązania dłużnika. Przepis ten wyraża zasadę akcesoryjności poręczenia, polegającą na tym, że zakres zobowiązania poręczyciela jest powiązany (zależny) z zakresem zobowiązania dłużnika głównego.

Podkreślić należy, że w przeciwieństwie do gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej będącej zobowiązaniem abstrakcyjnym, poręczenie obejmuje zobowiązanie kauzalne (*causa cavendi*). Abstrakcyjność gwarancji wraz z zastosowaniem klauzuli płatności na pierwsze pisemne żądanie wyklucza możliwość podnoszenia przez bank zarzutów z tytułu stosunku podstawowego łączącego wykonawcę z zamawiającym. W świetle regulacji kodeksowej poręczycielowi przysługują wszelkie zarzuty, jakie mógłby podnieść dłużnik wobec wierzyciela (art. 883 § 1 k.c.). Poręczycielowi przysługują ponadto zarzuty osobiste (czyli takie, które przysługują wyłącznie jemu, ale już nie dłużnikowi). Jest to jeden z głównych elementów, oprócz akcesoryjności, które odróżnia poręczenie od gwarancji bankowej bądź ubezpieczeniowej. Z tego też względu argumentacja Odwołującego, która w zasadniczej części stanowi odwołanie do orzecznictwa Izby oraz sądów powszechnych dotyczących gwarancji ubezpieczeniowej/bankowej ma wyłącznie charakter uzupełniający.

Dalej wskazać należy, że prawem Zamawiającego jest wskazanie w SWZ wymagań dotyczących wadium. Stosownie do art. 97 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wniesienia wadium. Zgodnie zaś z art. 134 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp SWZ zawiera wymagania dotyczące wadium, jeżeli zamawiający przewiduje obowiązek wniesienia wadium. Ustawodawca pozostawiał zamawiającym względną swobodę określenia wymagań dotyczących wadium, z zastrzeżeń regulacji zawartej w art. 97 i 98 ustawy Pzp. Oświadczenie zamawiającego zawarte w SWZ dotyczące formy i zasad wniesienia wadium co do zasady traktowane jest jako jednostronna czynność prawna, która podlega wykładni na podstawie art. 65 k.c. Zamawiający ma zatem prawo do ukształtowania wymagań dotyczących poręczenia w sposób w który, w ocenie zamawiającego, będzie zabezpieczał najlepiej jego interes, w okolicznościach określonych przez ustawodawcę w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

W analizowanym stanie faktycznym, nie ma żadnych wątpliwości, że Zamawiający wymagał wniesienia wadium od Wykonawcy. W zakresie zaś zaskarżonym przez Odwołującego tj.

pakiet VI, ofertę złożyło konsorcjum, a więc dwa podmioty: "BATTRANS" A. B.-L. i Zakład Usług Leśnych W. P.. Stroną zaś umowy poręczenia jest wyłącznie Pani A. B. – L.. Należy wskazać, że choć umowa poręczenia nie jest umową o charakterze abstrakcyjnym, zaś zakres zobowiązania poręczyciela jest powiązany (zależny) z zakresem zobowiązania dłużnika głównego, to jednakże zakres tego zobowiązania dłużnika głównego musi być znany poręczycielowi w chwili udzielenia poręczenia, bo to bowiem gwarantuje możliwość pełnego i bezproblemowego zabezpieczenia interesów Zamawiającego. Umowa poręczenia podlega wykładni i interpretacji w świetle art. 65 k.c. W treści umowy poręczenia jaka została złożona przez Przystępującego nie ma żadnych informacji o tym, iż Pani A. B. – L. jest członkiem konsorcjum czy też, że działa w imieniu konsorcjum. Nie ma żadnej wzmianki o zawiązaniu konsorcjum pomiędzy w/w wykonawcami i o ich wspólnym ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie. Umowa poręczenia zabezpieczenia tylko i wyłącznie zaniechania/działania ze strony jednego podmiotu tj. Pani A. B. – L.. Zdaniem Izby, w zakresie opisu okoliczności, które wywołują obowiązek zapłaty wadium przez poręczyciela odpowiedzialność poręczyciela została ograniczona do działań czy zaniechań wyłącznie Zobowiązanego czyli Pani A. B. – L.. Z treści poręczenia, przy zastosowaniu różnych wykładni, nie sposób odnaleźć żadnych referencji do konsorcjum, w skład którego wchodzi Pani B.. Z opisu zobowiązania jakie zabezpiecza poręczyciel względem Zamawiającego nie sposób odnaleźć nawiązania do zaniechań czy też działań drugiego członka konsorcjum. Tym samym, Izba stanęła na stanowisku, że brak w poręczeniu jakiegokolwiek wzmianki o tym, iż zakresem poręczenia objęte są również działania/zaniechania innych podmiotów niż wskazanych *expressi verbis* w treści poręczenia powoduje, że złożony przez Przystępującego dokument został złożony w nieprawidłowy sposób i nie zabezpiecza interesów zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby pismo z dnia 5 grudnia 2022 r. uznać należy za spóźnione. Ocenie podlegało wadium złożone przez wykonawcę wraz z ofertą. Zasada równego traktowania wykonawców wymaga, aby wykonawcy byli równo traktowani w podobnych okolicznościach. Trudno zatem uznać za prawidłowe umożliwienie Przystępującemu uzupełnienie umowy poręczenia o dokument wystawiony po terminie składania ofert, w sytuacji, gdy inni wykonawcy, którzy wnieśli wadium w formie gwarancji bankowej/ubezpieczeniowej takiej możliwości byliby pozbawieni. Stąd też zdaniem Izby, ocenie podlegało poręczenie Przystępującego złożone wraz z ofertą. Z tego zaś poręczenia nie sposób wywieść, że zabezpiecza ono interesy Zamawiającego również w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp w stosunku do drugiego członka konsorcjum.

Ponadto, Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 11.3 SWZ, treść gwarancji wadialnej musi zawierać następujące elementy: nazwę dającego zlecenie (Wykonawcy). Nie ma żadnych wątpliwości, iż wykonawcą w analizowanym stanie faktycznym jest konsorcjum składające się z dwóch podmiotów tj. "BATRANS" A. B.-L. i Zakład Usług Leśnych W. P.. Brak jakiegokolwiek ujawnienia w treści umowy poręczenia Zakładu Usług Leśnych W. P. wskazuje, że poręczenie nie zostało wniesione w formie wymaganej przez Zamawiającego i wskazanej w SWZ.

Izba wskazuje, że to obowiązkiem wykonawcy jest wniesienie wadium w formie, która zabezpiecza interesy Zamawiającego. Ustawodawca w tym zakresie określa dopuszczalne formy. Dobór formy wadium w danym postępowaniu leży w wyłącznej gest wykonawcy. W analizowanym stanie faktycznym, to Przystępujący zdecydował o wniesieniu wadium w formie poręczenia i to zadaniem Przystępującemu było zapewnienie, aby z treści poręczenia wynikała okoliczność, iż termin „Zobowiązany” obejmuje swoim zakresem również drugiego członka konsorcjum. Celem wniesienia wadium jest pełne zabezpieczenie interesów Zamawiającego w okolicznościach wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, z treści poręczenia winno wynikać chociażby poprzez wykładnię jej zapisów, iż zakresem poręczenia objęte są również działania/zaniechania członka konsorcjum. W przedmiotowej sprawie takich okoliczności nie sposób ustalić.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 i ust. 5 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).

Przewodniczący: