

**WYROK**  
**z 15 marca 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie 15 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 26 lutego 2021 r. przez I. P. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Greenlas I. P. z siedzibą w Ligocie Oleskiej w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wieluń z siedzibą w Wieluniu, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą K. S. Zakład Usług Leśnych „Salix” z siedzibą w Radłowie,
2. M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe z siedzibą w Boronowie,
3. A. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Larix” z siedzibą w Kaletach,
4. P. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. D. Usługi Leśne z siedzibą w Woźnikach

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1 unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania,
  - 1.2 powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wieluń z siedzibą w Wieluniu i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2 zasądza od Zamawiającego - Skarbu Państwa - Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wieluń z siedzibą w Wieluniu na rzecz Odwołującego – I. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Greenlas I. P. z siedzibą w Ligocie Oleskiej kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., 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.

.....

## Uzasadnienie

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Wieluń z siedzibą w Wieluniu (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019, dalej: nPzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wieluń w roku 2021 - czwarte postępowanie”, numer: SA.270.1.2021, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 stycznia 2021 r. pod numerem 2021/S 016-036534. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

26 lutego 2021 r. wykonawca I. P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych Greenlas I. P. z siedzibą w Ligocie Oleskiej (Dalej: Odwołujący), wniosła odwołanie, w którym zaskarżyła niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 16 pkt 3 oraz art. 17 ust. 1 nPzp - przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na błędne uznanie (z naruszeniem zasad proporcjonalności oraz efektywności wydatkowania środków publicznych), że wadium wniesione przez Odwołującego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy;
2. art. 223 ust. 1 nPzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej gwarancji wadialnej;
3. art. 239 ust. 1 nPzp - przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo że Odwołujący prawidłowo wniósł wadium, a jego oferta spełniała wszystkie wymogi formalne określone przepisami nPzp i postanowieniami SWZ oraz merytorycznie była zgodna z treścią SWZ, a w świetle kryteriów oceny ofert była ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

W rozdziale 11 Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) Zamawiający określił wymagania dotyczące wadium. Zgodnie z pkt. 11.1 SWZ wykonawcy mieli obowiązek wniesienia wadium w wysokości 28 000 zł. Formy wniesienia wadium zostały określone w punkcie 11.2 SWZ:

„Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach:

- 1) pieniądzu,
- 2) gwarancjach bankowych,
- 3) gwarancjach ubezpieczeniowych,
- 4) poręczeniach udzielonych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt. 2 ustawy z 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn.: Dz. U. z 2020 r. poz. 299)”.

Zgodnie z pkt. 11.4 i 11.6 ppkt 4 SWZ w przypadku wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej Zamawiający wymagał, aby treść gwarancji wadium zawierała m.in. zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 nPzp.

Odwołujący wniósł wadium w formie gwarancji bankowej. Odwołujący złożył wraz z ofertą gwarancję wadium nr 5/21 wystawioną 4 lutego 2021 r. w Radłowie przez Bank Spółdzielczy w Zawadzkiem. W treści gwarancji wskazano, że:

1. została ona udzielona przez Gwaranta (Bank Spółdzielczy w Zawadzkiem) Zamawiającemu na zlecenie Odwołującego w związku z ubieganiem się przed Odwołującego o udzielenie zamówienia publicznego,
2. została udzielona w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Wieluń w roku 2021 - czwarte postępowanie" pakiet nr 1,
3. jej udzielenie było nieodwołalne i bezwarunkowe,
4. Bank zobowiązał się do niezwłocznego wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w treści gwarancji, na pierwsze pisemne wezwanie wystosowane przez Zamawiającego zawierającego informację, że nastąpiła jedna

z przesłanek (ze wskazaniem która) zatrzymania wadium wymieniona w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wydanych dla przedmiotowego zamówienia.

W treści gwarancji omyłkowo wskazano więc na ustawę Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. która została zastąpiona 1 stycznia 2021 r. przez ustawę Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r. W konsekwencji w treści gwarancji użyto również zwrotu „Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia” zamiast „Specyfikacja Warunków Zamówienia”.

16 lutego 2021 r. Odwołujący złożył dodatkowo Zamawiającemu dokument wystawiony przez Gwaranta - plik pn. „ANEKS List gwarancyjny WIELUIN-sig-sig-sig.pdf” - nawiązujący do gwarancji wadialnej nr 5/21, którego celem było potwierdzenie, że gwarancja wadialna nr 5/21 odnosiła się do przesłanek zatrzymania wadium określonych w nowej ustawie Pzp tj. ustawie z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

17 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 nPzp z uwagi na wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy. Jako uzasadnienie nieuznania prawidłowości gwarancji wadialnej nr 5/21 wskazał niewłaściwe wskazanie okoliczności w jakich Zamawiający mógłby żądać wypłacenia kwoty wadium.

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał dwa powody nieuznania gwarancji wadialnej nr 5/21 za wniesioną w sposób prawidłowy:

1. odniesienie się do nieobowiązującego, na dzień złożenia gwarancji, Prawa zamówień publicznych, oraz
2. nie wymienienie literalnie przesłanek uprawniających Zamawiającego do żądania wypłaty gwarancji.

W ocenie Odwołującego treść złożonej wraz z ofertą gwarancji wadialnej nr 5/21 nie powodowała zagrożenia dla możliwości zaspokojenia przez Zamawiającego roszczeń z tytułu zapłaty wadium, co oznacza, że złożona gwarancja w pełni zabezpieczała interes Zamawiającego. W zakresie niewymienienia literalnie przesłanek uprawniających Zamawiającego do żądania wypłaty gwarancji Odwołujący wskazał, że w SWZ nie określono takiego wymagania. Zgodnie z postanowieniem pkt. 11.4 i 11.6 ppkt 4 SWZ Zamawiający wymagał jedynie, aby treść gwarancji wadialnej zawierała zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych w art. 98 ust. 6 nPzp.

Natomiast w zakresie odniesienia się do nieobowiązującego, na dzień złożenia gwarancji, Prawa zamówień publicznych Odwołujący wskazał, że w treści gwarancji omyłkowo odwołano się do ustawy z 29 stycznia 2004 r., co jednakże nie powodowało braku możliwości zaspokojenia przez Zamawiającego ewentualnych roszczeń z tytułu zapłaty

wadium. Zamawiający pominął, że złożona gwarancja odwoływała się nie tylko do przesłanek zatrzymania wadium wymienionych w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale również wymienionych w „Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wydanych dla przedmiotowego zamówienia”. Przedmiotowe postanowienie gwarancji odsyłało zatem do wszystkich sytuacji skutkujących zatrzymaniem wadium wskazanym w SWZ. Co prawda w gwarancji zawarto nieścisłość bowiem wskazano się na Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, zamiast Specyfikacji Warunków Zamówienia - lecz jednocześnie w treści gwarancji wskazano że chodzi o specyfikację „przedmiotowego zamówienia” - co jednoznacznie identyfikowało dokument, do którego odesłano w treści gwarancji. Choć w treści SWZ nie przywołano wprost okoliczności skutkujących zatrzymaniem wadium, to w pkt. 11.4 i 11.6 wskazano na art. 98 ust. 6 nPzp - określający przesłanki zatrzymania wadium. Dlatego też treść gwarancji w zakresie, w jakim odsyła do warunków zapłaty wadium przez gwaranta powinna zostać uznana za zabezpieczającą w pełni ewentualne roszczenia Zamawiającego.

Przywołanie w treści gwarancji jako podstawy prawnej ustawy Pzp z 2004 r. zamiast prawidłowej - ustawy Pzp z 2019 r. było wynikiem omyłki pisarskiej przy sporządzaniu gwarancji. Jednakże wszystkie z przesłanek zatrzymania wadium w nowej ustawie odpowiadają treściowo i rzeczowo przesłankom zatrzymania wadium określonym w przepisach Pzp z 2004 r. W takim wypadku nie zachodziła zatem obawa, że którykolwiek z warunków zapłaty wadium przez Gwaranta - nie był zabezpieczony. Jedyne różnice pomiędzy art. 46 ust. 4a i 5 Pzp z 2004 r. a art. 98 ust. 6 Pzp z 2019 r. dotyczą wyłącznie płaszczyzny terminologicznej - związanej m.in. z wprowadzeniem w nowej Pzp pojęcia podmiotowych i przedmiotowych środków dowodowych.

Treść gwarancji w żaden sposób nie ograniczała zakresu odpowiedzialności Gwaranta. Nie została wykluczona żadna okoliczność, skutkująca zatrzymaniem wadium, która powinna być zabezpieczona w treści gwarancji. Z treści gwarancji jednoznacznie wynikało, że dotyczy ona wszystkich przesłanek zatrzymania wadium określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych lub Specyfikacji wydanej dla przedmiotowego zamówienia.

Odwołanie się w treści gwarancji do przepisów ustawy Pzp z 2004 r. należało traktować jako omyłkę pisarską z następujących powodów:

1. omyłka ta była możliwa do zidentyfikowania przez każdego - bez konieczności jej wskazywania przez podmiot, który się jej dopuścił,
2. istniał tylko jeden możliwy sposób wytłumaczenia i skorygowania omyłki - w tym przypadku w miejscu, w którym przywołano podstawę prawną z nieobowiązującej aktualnie ustawy Pzp - jedyną możliwą do wywiedzenia prawidłową treścią tego fragmentu jest jego rozumienie w ten sposób, że dotyczy podstawy prawnej

określonej w ustawie, która jest następcą ustawy omyłkowo przywołanej - a zatem ustawy Pzp z 2019 r.

3. poprawienie omyłki nie zmieniało treści oświadczenia Gwaranta.

Zamawiający mógł wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnienia, czy treść gwarancji obejmuje wszystkie przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 98 ust. 6 nPzp. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień prowadziło do naruszenia art. 223 ust. 1 nPzp, który wprost dopuszcza wyjaśnienia dotyczące nie tylko treści złożonych ofert, ale również dotyczące „innych składanych dokumentów lub oświadczeń”:

W okolicznościach ostatnich zmian w przepisach oraz wynikającego z nich niedostosowania treści niektórych dokumentów do nowych podstaw prawnych, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego z Postępowania wyłącznie z powodu omyłki pisarskiej w treści złożonej gwarancji wadialnej - która nie wpływała na jej zakres ani skuteczność - była przejawem formalizmu.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp ma charakter wynikowy 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.

11 marca 2021 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

W trakcie procesu oceny formalnej złożonych ofert komisja przetargowa stwierdziła, że wadium złożone przez Odwołującego nie spełniało wymagań określonych w SWZ. Z gwarancji bankowej przedstawionej przez Odwołującego wynikało bowiem, że wadium miałyby zostać wypłacone w przypadku zaistnienia przesłanek wynikających z nieobowiązującej ustawy Pzp z 2004 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie ustawy z 2019 r. W pkt 11.6 SWZ wskazano, że gwarancja musi zawierać zobowiązanie do wypłaty w warunkach wynikających z nowo obowiązującej ustawy. Tymczasem złożona przez Odwołującego Bankowa gwarancja wadialna zawierała zobowiązanie Banku do niezwłocznego wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej w treści gwarancji na pierwsze pisemne wezwanie wystosowane przez Zamawiającego, zawierającego informację, że nastąpiła jedna z przesłanek zatrzymania wadium wymieniona w ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wydanych dla przedmiotowego zamówienia. Tym samym warunkiem wypłaty gwarancji były przesłanki wynikające przepisów już nie obowiązującej ustawy, która nie miała zastosowania do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.

Przesłanki zatrzymania wadium w starej i nowej ustawie Pzp nie są w pełni tożsame. Istniejące podobieństwo jest iluzoryczne z tego względu, że nPzp posługuje się nieznanymi w poprzednim stanie prawnym pojęciami, przykładowo „przedmiotowe środki dowodowe”. Nieścisłości interpretacyjne może również powodować wprowadzone w nPzp sformułowanie odnoszące się do poprawienia w ofercie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, podczas gdy w poprzednim stanie prawnym mowa była o niezgodności oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W nowej ustawie nie ma nawet pojęcia specyfikacja istotnych warunków zamówienia. Tym samym rozbieżności, mimo ich pozornej zgodności merytorycznej mogły spowodować, że wadium zostanie podważone. Przyjmując takie wadium Zamawiający nie miałby pewności czy spełniało ono swoją jedyną i podstawową funkcję, czyli czy prawidłowo zabezpieczało ofertę.

Nowa ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisu, który zezwalałby wyraźnie na dokonywanie uzupełnienia czy wyjaśnienia dokumentu wadium. W szczególności o możliwości uzupełnienia wadium nie stanowi art. 223 ust. 1 nPzp będący podstawą uzupełniania lub wyjaśnienia treści oferty i załączonych do niej dokumentów przez wykonawcę, gdyż wadium stanowi warunek przystąpienia do postępowania i nie jest związane z treścią oferty. Ocena spełnienia tego warunku, jest dokonywana niezależnie od treści oferty i przed jej oceną. Mając powyższe na względzie nie było podstaw prawnych do żądania przez Zamawiającego wyjaśnień, w związku z tym oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona.

Ponadto wyjaśnienie treści gwarancji tak, jak to podniósł w zarzucie Odwołujący, w zasadzie prowadziłoby do zmiany treści dokumentu wadium, de facto złożenia nowego dokumentu gwarancji wadium, co byłoby świetle przepisów ustawy niedopuszczalne, bowiem wykonawca w chwili składania oferty jest zobowiązany do prawidłowego wniesienia wadium, a Zamawiający już na etapie otwarcia ofert musi mieć pewność, że dokument gwarancji wadium bez żadnych wątpliwości pozwoli mu żądać wypłaty wadium przypadku zaistnienia przewidzianych w ustawie przesłanek.

Zdaniem odwołującego, również niedopuszczalna jest możliwość sanowania wadium przez oświadczenie złożone przez gwaranta po upływie terminu do składania ofert, czyli już po złożeniu zamawiającemu dokumentu wadium. Należy zwrócić uwagę, że zgodnie z poglądami wyrażonymi w orzecznictwie, jeżeli dokument wadium jest nieprawidłowy, nie może być konwalidowany przez późniejsze oświadczenie gwaranta.

4 marca 2021 r. Przystępujący wraz ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie przedstawił swoje pisemne stanowisko i wskazał m. in.:

Oferta Odwołującego w oczywisty sposób nie odpowiadała SWZ w zakresie w jakim



Zamawiający sformułował w niej wymagania odnośnie wadium. Gwarancja, którą złożył Odwołujący, nie dawała Zamawiającemu żadnej pewności uzyskania zapłaty w przypadku powstania przesłanek zatrzymania wadium. Co więcej, jej treść wręcz przesądzała, że taka zapłata nigdy w postępowaniu nie mogła nastąpić.

Treść gwarancji Odwołującego nie budziła żadnych wątpliwości, a jej precyzyjne brzmienie dokładnie opisywało okoliczności prawne ewentualnego dokonania wypłaty i uzależniało ją od wypełnienia przesłanek określonych w poprzedniej, a nie obecnej ustawie Pzp.

Tym samym oferta Odwołującego nie została zabezpieczona w sposób prawidłowy i zasługiwała na odrzucenie w trybie art. 226 ust. 1 pkt 14 nPzp.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba ustaliła, że do postępowania odwoławczego zgłosili skuteczne przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą K. S. Zakład Usług Leśnych „Salix” z siedzibą w Radłowie,
2. M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. B. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe z siedzibą w Boronowie,
3. A. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą A. G. Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „Larix” z siedzibą w Kaletach,
4. P. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. D. Usługi Leśne z siedzibą w Woźnikach

zgłaszający swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Wymagania Zamawiającego dotyczące wadium określone zostały w rozdziale 11 SWZ. Wysokość wadium Zamawiający ustalił na kwotę 28 000 zł. Zgodnie z punktem 11.4 SWZ „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”.

Z kolei punkt 11.6 SWZ wskazywał:

„Treść gwarancji wadialnej musi zawierać następujące elementy:

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

Zamawiający nie postawił żadnych, innych wymogów dotyczących treści gwarancji wadialnej. Odwołujący wraz z ofertą złożył wystawioną 4 lutego 2021 r. przez Bank Spółdzielczy w Zawadzkiem Bankową Gwarancję Wadialną nr 5/21 o następującej treści:

„W imieniu Banku Spółdzielczego w Zawadzkiem (Gwaranta), niniejszym oświadczamy, że na zlecenie Pani I. P. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą: (...) Bank udziela Skarbowi Państwa Państwowemu Gospodarstwu Leśnemu, Lasy Państwowe, Nadleśnictwo Wieluń z siedzibą 98-300 Wieluń, ul. Ż (Zamawiającemu) gwarancji wypłaty kwoty 28.000,00 zł, (...) tytułem wadium w związku z ubieganiem się przez Panią I. P. (...) o udzielenie zamówienia publicznego w trybie Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1655 z późniejszymi zmianami). Udzielenie niniejszej gwarancji jest nieodwołalne i bezwarunkowe.

Bank zobowiązuje się do niezwłocznego wypłacenia Zamawiającemu kwoty do wysokości określonej powyżej na pierwsze pisemne wezwanie wystosowane przez Zamawiającego, zawierającego informację, że nastąpiła jedna z przesłanek (ze wskazaniem która) zatrzymania wadium (wniesionego przez Wykonawcę w postaci niniejszej gwarancji bankowej) wymieniona w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych lub Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wydanych dla przedmiotowego zamówienia.

(...)”.

17 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu z postępowania oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu wskazał m. in.:

„Przedłożona przez Panią gwarancja wadialna została uznana przez Zamawiającego jako wniesiona w sposób nieprawidłowy ze względu na niewłaściwie wskazanie okoliczności w jakich Zamawiający mógłby żądać jej wypłacenia. Gwarant odnosi się w treści gwarancji do nieobowiązującego, na dzień złożenia gwarancji, Prawa zamówień publicznych a także nie wymienia literalnie przesłanek uprawniających Zamawiającego do żądania wypłaty gwarancji. W związku z treścią gwarancji Zamawiający nie ma pewności co do możliwości zaspokojenia swoich żądań z wadium.

Dostarczony przez Panią w dniu 17.02.2021 r. aneks do listu gwarancyjnego wystawiony dnia 16.02.2021 r. w Radłowie pozostaje bez wpływu na decyzję Zamawiającego o uznaniu gwarancji za wniesioną nieprawidłowo. W punkcie 11 SWZ Zamawiający żądał jednoznacznie wniesienie wadium przed upływem terminu składania ofert”.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 nPzp było niezasadne.

Ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przestała obowiązywać z końcem roku 2020. Od 1 stycznia 2021 r. obowiązuje nowa ustawa Prawo zamówień publicznych, z 11 września 2019 r. Gwarancja wadialna złożona przez Odwołującego została sporządzona 4 lutego 2021 r., a zatem ponad miesiąc od daty wejścia w życie nowej ustawy. Trudno w tej sytuacji uznać, że Gwarant świadomie i celowo wystawił Odwołującemu dokument, który nawiązywał do nieobowiązującej już ustawy – a tego rodzaju stanowisko de facto zaprezentował Zamawiający. W ocenie Izby w treści spornej gwarancji pojawiła się oczywista omyłka i nie powinno budzić w świetle ustalonego stanu faktycznego, że Gwarant w rzeczywistości miał na myśli nową, a nie starą ustawę. Stanowisko przeciwne jest w ocenie Izby nielogiczne – Gwarant nie miałby żadnego celu, ani interesu w wystawieniu

gwarancji wadialnej rzeczywiście odnoszącej się do nieobowiązującej ustawy. Nie ulega wątpliwości, że gwarancja wadialna, to dokument o szczególnym znaczeniu dla wykonawcy i powinien on być sporządzony przez gwaranta z zachowaniem szczególnej staranności. Należy jednak wziąć pod uwagę, że ustawa Prawo zamówień publicznych z 2004 roku obowiązywała przez kilkanaście lat, więc wystąpienie takiego rodzaju omyłki, jak ta będąca przedmiotem sporu, miesiąc po wejściu w życie nowej ustawy (o takim samym tytule) nie było czymś niezwykłym.

Zamawiający oparł decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie na literalnym brzmieniu treści gwarancji mimo oczywistego faktu, że wskazanie w tej treści na starą ustawę zamiast nowej nastąpiło omyłkowo. Zamawiający nie odrzucił zatem oferty Odwołującego ze względu na rzeczywistą wadę gwarancji wadialnej nr 5/21, a wyłącznie kierując się formalizmem, w ocenie Izby nadmiernym.

W konsekwencji w ocenie Izby nie ma wątpliwości, że gwarancja wadialna Odwołującego spełniała wymogi tak SWZ jak i przepisów nPzp, a z co tym idzie jako ważna, w prawidłowy sposób zabezpieczała ofertę złożoną w postępowaniu przez Odwołującego.

Szczególną uwagę Izby zwrócił fakt, iż Zamawiający, mimo wezwania do przekazania do akt kompletnej dokumentacji postępowania (wezwanie z 8 marca 2021 r.), nie przekazał aneksu do gwarancji wadialnej, o którym mowa w przytoczonym wyżej fragmencie uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. W toku rozprawy pełnomocnik Zamawiającego oświadczył, że nie dysponuje ww. aneksem, mimo, że w przekazanym Zamawiającemu (za potwierdzeniem odbioru) zawiadomieniu o terminie posiedzenia wskazano: „Uprzejmie proszę o przybycie umocowanych osób z pełną dokumentacją w sprawie”. W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający celowo nie złożył do akt ww. dokumentu. Dokument ten (wspomniany zarówno w uzasadnieniu odwołania jak i uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego) nie miał charakteru przesądzającego dla sprawy, ale mógł istotnie świadczyć na korzyść Odwołującego, tj. mógł potwierdzać, że zanim doszło do odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania dostarczył on Zamawiającemu wyjaśnienie Gwaranta, co do charakteru omyłki w treści gwarancji 5/21. Wobec powyższego, zgodnie z art. 542 ust. 2 nPzp uniemożliwienie przeprowadzenia dowodu z ww. dokumentu Izba uznała za okoliczność podważającą wiarygodność stanowiska Zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że zasługuje na uwzględnienie w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania w zakresie w jakim ta dokumentacja została przekazana przez Zamawiającego do Izby drogą elektroniczną.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....