

WYROK
z dnia 20 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant: **Paweł Puchalski**

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

przy udziale

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

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

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

i nakazuje:

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

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **03.11.2015 r.** pod nrem **2015/S 216-394443**.

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

Zamawiający zawiadomił **28.12.2015 r.** o:

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

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

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

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

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust 1 pkt 6 Pzp** w zw. z **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** przez odrzucenie oferty **odwołującego**, pomimo że **odwołujący** wniósł w terminie wadium, co wynikało wprost z treści oferty i załączonych do oferty dokumentów potwierdzających tę okoliczność;
- 2) **art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp** w zw. z **art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp** i **art. 14 Pzp** w zw. z **art. 70¹ § 4 Kc** przez wykluczenie **odwołującego** z uwagi na nieprzedstawienie przez **odwołującego** oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wpłaty wadium w sytuacji, gdy w toku całego postępowania (zarówno w ogłoszeniu jak i **SIWZ**) **zamawiający** nie żądał przedstawienia oryginału dokumentu, a zatem na podstawie okoliczności, do której spełnienia **odwołujący** nie był zobowiązany;
- 3) **art. 87 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie zwrócenia się do **odwołującego** o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez **odwołującego** oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium;
- 4) **art. 45 ust. 6 Pzp** w zw. z **art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp** z wz. z **art. 29 Pzp** w zw. z **art. 7 Pzp** przez błędne uznanie, że wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna nie jest możliwe przez złożenie kserokopii gwarancji ubezpieczeniowej, lecz może być dokonane tylko i wyłącznie przez dostarczenie wraz z ofertą oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, w sytuacji gdy taki wymóg nie został postawiony ani w **SIWZ**, ani nie wynika z przepisów ustawy, co doprowadziło do wykluczenia **odwołującego** na podstawie wymogu jaki nie został wskazany w treści **SIWZ**, a tym

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

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

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

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

Odwoływający wniósł o:

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

Argumentacja **odwoływającego**

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

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

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

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

UZASADNIENIE [podstawa odrzucenie oferty **odwołującego**]

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

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

A. Warunki postawione przez zamawiającego

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

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

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

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

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

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

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

B. Charakter prawny dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jednocześnie w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości ze strony **zamawiającego** oświadczam, że **odwołujący** dysponuje oryginałem dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium nr **I502AWr/3379/2015** i **odwołujący** wnosi o przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu oraz z oświadczenia gwaranta z **31.12.2015 r.**

II. Konieczność odrzucenia oferty wykonawcy plForest

A. Brak zasobów ludzkich

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

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

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

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

Dowód:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z **14.12.2015 r.** w Nadleśnictwie Borne Sulinowo (znak **SA.270.1.8.2015.PN**).

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

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

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

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

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

B. Brak potencjału technicznego

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

Dowód: Wyciąg z oferty **wykonawcy plForest** w Nadleśnictwie Borne Sulinowo (znak **SA.270.1.8.2015.PN**) – wykaz urządzeń technicznych.

C. Brak należytej sytuacji finansowej i ekonomicznej

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

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

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

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

Dowód:

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

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że;

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

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

III. Konieczność odrzucenia oferty wykonawcy SBB.

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

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

IV Wnioski końcowe

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

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

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

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

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

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

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

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

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

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

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

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

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

W ocenie Izby, zarzuty pierwszy do czwartego na naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że odwołujący wniósł w terminie wadium, co wynikało z treści oferty i załączonych do oferty dokumentów potwierdzających tę okoliczność;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp i art. 14 Pzp w zw. z art. 70¹ § 4 Kc przez wykluczenie odwołującego z uwagi na nieprzedstawienie przez odwołującego oryginału dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej wpłaty wadium w sytuacji, gdy w toku całego postępowania (zarówno w ogłoszeniu jak i SIWZ) zamawiający nie żądał przedstawienia oryginału dokumentu, a zatem na podstawie okoliczności, do której spełnienia odwołujący nie był zobowiązany;
- 3) art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym posiadania przez odwołującego oryginału gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium;
- 4) art. 45 ust. 6 Pzp w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp z wz. z art. 29 Pzp w zw. z art. 7 Pzp przez błędne uznanie, że wniesienie wadium w formie innej niż pieniężna nie

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

– nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Jedyna znana **lzbie** możliwość takiego uzupełnienia jest unormowana w **art. 42 ust. 1 ustawy** z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących (Dz. U. Nr 135, poz. 789, z 2012 r. Nr 951, z 2014 r. poz. 40 oraz z 2015 r. poz. 1045 i 1777), który to przepis brzmi »Wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu złożenia ofert, zamawiający wzywa do wniesienia wadium w dodatkowym terminie. Po bezskutecznym upływie tego terminu zamawiający wyklucza wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia«. Jednak przepis ten jako wyjątek potwierdza regułę, że nie można stosować uzupełniania wadium w zamówieniach publicznych. Zainteresowani mogą jedynie apelować do ustawodawcy o wprowadzenie takich unormowań do przyszłych przepisów prawa zamówień publicznych.

Również – zdaniem **lzb** – **odwoływający** nie doprecyzował który przepis został naruszony wskazując ogólnie naruszenie **art. 29 i art. 7 Pzp**, a przepisy te posiadają wiele ustępów. Również **odwoływający** nie wykazał naruszenia jakiegokolwiek konkretnego ustępu z tych artykułów. Podobnie **odwoływający** nie wykazał, że **zamawiający** nie postępował w trakcie przeprowadzania procedury przetargowej niezgodnie z postanowieniami ogłoszenia lub specyfikacji, a więc **odwoływający** nie wykazał naruszenia **art. 70¹ § 4 Kc**, który to przepis brzmi »Organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu«.

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

W ocenie **lzb**y, zarzuty **piąty do siódmego** na naruszenie:

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

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

– nie zasługuje na uwzględnienie.

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

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

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

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

W ocenie **lzby**, zarzuty **ósmym i dziewiątym** na naruszenie:

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

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

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

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

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

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

Przewodniczący: