

KIO 3290/24

WYROK

Warszawa, 7 październik 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Rafał Malinowski

Małgorzata Matecka

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie 2 października 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 września 2024 r. przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A., ul. Büyükdere Caddesi 163, Esentepe-Şişli İstanbul (Turcja), Fabe Polska Sp. z o.o., ul. Cybernetyki 19B, 02-677 Warszawa, „SP „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o., ul. Burabay 139b/30, 030000 Aktobe w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A., ul. Zamknięta 18, 80-955 Gdańsk

przy udziale przystępującego po stronie odwołującego – uczestnika STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o., ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk

orzeka:

- 1 Umarza na podstawie art. 568 pkt 2 PZP postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznk;
- 2 Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
- 3 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego 20.000 zł 00 gr. (dwadzieścia tysięcy złotych) wpisu.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

KIO 3290/24

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zarząd Morskiego Portu Gdańsk S.A., w trybie podstawowym na przebudowę infrastruktury portowej w rejonie Nabrzeża Wiślanego w Porcie Gdańsk (nr postępowania: NPR/NS/2022/053), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23.09.2024 r., S 184/2024 521808-2024, wobec czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, wniesione zostało 09.09.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: konsorcjum w składzie: Gap Insaat Yatirim Ve Diş Ticaret S.A., Fabe Polska Sp. z o.o., „SP „Sine Midas Stroy” Sp. z o.o. – konsorcjum GAP (KIO 3290/24).

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty konsorcjum GAP i wyborze oferty najkorzystniejszej (Korporacja Budowlana DORACO Sp. z o.o.) 28.08.2024 r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 97 ust. 5 i 7 PZP przez nieprawidłowe jego zastosowania w sytuacji, w której konsorcjum GAP wniosło wadium w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami zamawiającego sformułowanymi w specyfikacji warunków zamówienia dla postępowania;
- 2) art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP przez nieprawidłowe jego zastosowanie prowadzące do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum GAP z uwagi na błędne uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd;

3) art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1233 – „UZNK”) przez nieprawidłowe przyjęcie, że Doraco skutecznie zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumentach stanowiących załącznik lub załączniki do Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) złożonego przez Doraco w postępowaniu;

4) art. 109 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP oraz w zw. z art. 20 ust. 1 PZP oraz art. 18 pkt 1 i pkt 2 PZP przez zaniechanie jego zastosowanie prowadzące do zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Doraco, podczas gdy wykonawca ten bezprawnie wpływał na czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania, co uzasadnia zastosowanie w stosunku do tego wykonawcy sankcji wykluczenia i odrzucenie złożonej przez niego oferty i jednocześnie stanowi naruszenie zasady pisemności postępowania oraz zasad przeprowadzenia postępowania o udzielenie

zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty;

ewentualnie

5) art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 70(5) KC w zw. z art. 457 ust. 5 PZP przez zaniechanie jego zastosowanie pomimo, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie unieważnienia odrzucenia oferty konsorcjum GAP, unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, odrzucenie oferty Doraco, odtajnienie informacji zastrzeżonych w JEDZ złożonym przez Doraco i wybór oferty odwołującego, ewentualnie unieważnienie postępowania, jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w terminie po stronie odwołującego wykonawca – STRABAG Sp. z o.o., a po stronie zamawiającego – wykonawca Doraco

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, a także stanowiska stron i uczestnika prezentowane ustnie na rozprawie.

Izba dopuściła dowody z dokumentów złożone do akt sprawy przez strony i uczestnika DORACO opisane w dalszej części uzasadnienia. Opinie sporządzone na zlecenie stron stanowiły uzupełnienie stanowisk i argumentacji zainteresowanych i nie miały waloru dowodowego w sprawie.

Izba nie uwzględniła wniosku dowodowego odwołującego o przesłuchanie świadków wskazanych we wniosku z 25.09.2024 r. zgłoszonego w celu wykazania faktu wykonania na zlecenie zamawiającego opinii prawnej/brokerskiej dotyczącej gwarancji ubezpieczeniowej i jej treści. W cenie składu dowód ten był nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, a decydującym dla oceny czynności odrzucenia oferty konsorcjum GAP było stanowisko zamawiającego ujęte w

piśmie z 28.08.2024 r., informującym o przyczynach odrzucenia oferty i uznania wadium za nie złożone.

Izba odmówiła dowodu z przesłuchania pracowników zamawiającego wnioskowanego przez odwołującego na okoliczność wykazania faktu odbywania spotkań z przedstawicielami DORACO i ich przebiegu. W postępowaniu złożone zostały dokumenty potwierdzające zdarzenia wskazane w odwołaniu, co stanowiło wystarczający materiał dla ustalenia istotnych okoliczności, które zostaną przedstawione w dalszej części uzasadnienia.

Izba ustaliła i zważyła.

Z uwagi na zakres zarzutów stanowisko podzielone zostało na części dotyczące odpowiednio zarzutów związanych z wadium zabezpieczającym ofertę konsorcjum GAP, zastrzeżenia tajemnicy przez DORACO oraz działań DORACO, które miałyby prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy.

I. Zarzut 1 i 2.

Zarzuty kierowane wobec decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, których wspólną podstawą faktyczną jest ocena prawidłowości wadium zabezpieczającego ofertę konsorcjum GAP.

Zamawiający odrzucając ofertę na podstawie 226 ust. 1 pkt 14 w powiązaniu z art. 226 ust. 1 pkt 2 Ustawy ocenił jako nieprawidłowe wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z 17.06.2023 r. nr 20230417/001, wystawionej przez podmiot zagraniczny Birdie Yas Insurance Limited z siedzibą w Londynie, posiadający wpis w

rejestrze Companies House (odpowiednik KRS w Polsce) nr FC 032876 oraz Financial Conduct Authority (odpowiednik KNF w Polsce) nr 772005. Zamawiający wskazał na treść gwarancji, w której określono w ten sposób wystawcę jednocześnie określając ten podmiot jako „Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa”. Zamawiający przyznając, że gwarancja wywiera skutki w sferze prywatnoprawnej, to do oceny skutków dokonanej czynności należało zastosować prawo dla niej właściwe, w tym do oceny wiarygodności gwaranta. Wiarygodność ta może być oceniona w sposób jednoznaczny i profesjonalny przez Zamawiającego jedynie w oparciu o przepisy prawa polskiego, co jednakże w żaden sposób nie ogranicza możliwości korzystania przez wykonawców z usług podmiotów prowadzących działalność bankową, czy ubezpieczeniową poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, wszak ustawy krajowe regulujące ww. działalność określają warunki prowadzenia takiej działalności przez podmioty z siedzibą poza terytorium RP. W świetle przepisów ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i

reasekuracyjnej (UDUiR) prowadzenie działalności ubezpieczeniowej wymaga uzyskania zezwolenia organu nadzoru i jest działalnością reglamentowaną.

Zamawiający uznał, że w stosunku do wystawcy gwarancji nie sposób przyjąć, że posiadał uprawnienie do wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej, gdyż nie posiadał odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego (KNF) uprawniającego do prowadzenia działalności ubezpieczeniowej na terytorium RP ani nie prowadzi takiej działalności przez główny oddział (na zasadach określonych w rozdziale 7 UDUiR). Brak spełnienia przez Gwaranta wymogów UDUiR (wystawca gwarancji nie jest notyfikowany w Polsce (i nigdy nie był), jak również nie prowadzi działalności przez główny oddział) w świetle treści oświadczeń zawartych w samym dokumencie, powoduje, że wystawiony przez niego dokument zatytułowany „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” nie może zostać uznany za gwarancję ubezpieczeniową a zatem nie można mówić o skutecznym wniesieniu wadium w jednej z form przewidzianych w art. 97 ust. 7 ustawy PZP. (...)

Natomiast w okolicznościach niniejszego przypadku, nawet gdyby pominąć status prawny gwaranta w świetle UDUiR, to Zamawiający nie ma w stosunku do podmiotu Birdie Yas Insurance Limited żadnej pewności, że w sytuacji, gdy zażąda wypłaty wadium, to wskazany gwarant takie żądanie zrealizuje, a w razie zaistnienia sporu, że będzie możliwe wyegzekwowanie zrealizowania zapłaty. Dodatkowo należy wskazać, że brak uzyskania zezwolenia na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej powoduje, że nie zostały zweryfikowane wobec tego podmiotu niezbędne informacje o wymogach wypłacalności, którym podlega zagraniczny zakład ubezpieczeń na podstawie odpowiednich przepisów obowiązujących w państwie siedziby tego zakładu, gdyż wystawca gwarancji nie podlegał procedurze weryfikacji, a przez to m.in. nie był zobowiązany do przedłożenia zaświadczenia organu nadzorczego państwa zawierającego informację o sytuacji finansowej tego zakładu, w którym znajduje się siedziba zagranicznego zakładu ubezpieczeń, o posiadaniu przez ten zakład zezwolenia na wykonywanie działalności ubezpieczeniowej w tym państwie oraz o spełnianiu przez zagraniczny zakład ubezpieczeń wymogów wypłacalności (art. 182 ust. 1 i 4 UDUiR). Wskazane okoliczności kumulatywnie świadczą o tym, że wadium wniesione w formie przedmiotowej gwarancji nie daje Zamawiającemu odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa, tj. na takim samym poziomie jak suma pieniężna wpłacona na rachunek bankowy.

Ponadto należy stwierdzić, że także na gruncie prawa Zjednoczonego Królestwa wystawca gwarancji nie posiadał możliwości wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej, gdyż nie posiadał odpowiedniego zezwolenia właściwego organu – co stoi

w sprzeczności z treścią przedłożonego dokumentu, który z założenia miał stanowić potwierdzenie wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. (...)

Udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych zapłaty wadium o treści określonej w przedłożonym dokumencie jest bowiem objęte definicją umowy ubezpieczenia przyjętą w brytyjskich przepisach prawa, co wynika z rozszerzonej definicji zawartej w art. 3 ust. 1 Rozporządzenia RAO [rozporządzenie wykonawcze z 2001 r. do ustawy o usługach i rynkach finansowych z 2000 r. [Financial Services and Markets Act 2000 (Regulated Activities) Order 2001 (RAO)]. Udzielenie takiej gwarancji jest równoznaczne z zawarciem umowy ubezpieczenia (art. 10 Rozporządzenia RAO), a wykonanie obowiązków wynikających z tej umowy, tj. dokonanie jakiejkolwiek płatności na jej podstawie, stanowiłoby realizację umowy ubezpieczenia. W takich okolicznościach gwarant jest zobowiązany do posiadania zezwolenia Prudential Regulation Authority (PRA) [Urzędu ds. Regulacji Ostrożnościowych] na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej i winien podlegać regulacjom Financial Conduct Authority (FCA) [brytyjskiego odpowiednika polskiego Urzędu Nadzoru Finansowego], aby móc wystawić ważną i skuteczną gwarancję ubezpieczeniową. Na podstawie informacji dostępnych w brytyjskim rejestrze usług finansowych (Financial Services Register) prowadzonym przez FCA, wystawca gwarancji nie posiada, ani nie ma żadnych dowodów na to, że w dacie wystawienia gwarancji posiadał zezwolenie w tym zakresie wydane przez urząd PRA lub podlegał regulacjom urzędowi FCA w momencie wystawienia gwarancji.

Jakkolwiek wystawca gwarancji jest wpisany do brytyjskiego rejestru usług finansowych [Financial Services Register] w zakresie przeciwdziałania praniu pieniędzy (podleganie nadzorowi urzędu FCA w tym zakresie nie oznacza, że podmiot posiada zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej – urząd FCA jest organem nadzorującym pranie pieniędzy w odniesieniu do określonej grupy firm), to nie posiada zezwolenia lub zwolnienia na podstawie Financial Services and Markets Act (FSMA) [ustawa o usługach i rynkach finansowych z 2000 r. nakładająca obowiązek uzyskania odpowiedniego zezwolenia lub zwolnienia] ani przez urząd FCA, ani urząd PRA i nie widnieje w wykazie podmiotów posiadających zezwolenie na prowadzenie działalności ubezpieczeniowej w Wielkiej Brytanii, w szczególności, nie wyszczególniono wystawcy gwarancji jako podmiotu posiadającego zezwolenie na zawieranie i wykonywanie umów ubezpieczenia.

Dalej zamawiający wskazał, że prowadzenie działalności regulowanej w Wielkiej Brytanii bez zezwolenia lub zwolnienia

stanowi jednocześnie naruszenie zakazu zawartego w punkcie 19 ustawy o usługach i rynkach finansowych z 2000 r. (FSMA), które stanowi przestępstwo (pkt 23 FSMA) zagrożone karą do dwóch lat pozbawienia wolności. Tym samym uprawniona jest konkluzja, iż treść przedmiotowej gwarancji wprowadza Zamawiającego w błąd, poprzez nierzetelne, nieprecyzyjne i wadliwe wskazanie informacji dotyczących statusu podmiotu

wystawiającego gwarancję, jak również prawa i zgodnego z przepisami przedmiotu działalności. Co w konsekwencji także z tego powodu wyklucza możliwość skutecznego ustanowienia przez ten podmiot wadium w jednej z form przewidzianych w art. 97 ust. 7 PZP. (...) Wystawcą gwarancji jest bowiem oddział spółki podlegającej prawu wyspy Nevis, który w dacie wystawienia dokumentu, wbrew treści gwarancji, nie mógł (i wciąż nie może) w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa prowadzić takiej regulowanej działalności ubezpieczeniowej na terenie Zjednoczonego Królestwa. Na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10) Ustawy PZP w powiązaniu z punktem 13.2.6. SWZ „Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania, jako Wykonawca który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.

Izba wskazuje.

Z przedłożonych dowodów wynika, iż wystawca gwarancji jest zarejestrowany w Companies House jako brytyjski oddział spółki zagranicznej, która widnieje w rejestrze korporacji spółek Wyspy Nevis pod nr C 455517 w celu prowadzenia działalności ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczeń ogólnych z terytorium wyspy Nevis (dowód: wypis z rejestru złożony przez Odwołującego). W rejestrze Companies House spółka posiada nr FC032876, jako firma zagraniczna z siedzibą w Saint Kitts i Nevis, Charlestown, która po raz pierwszy otworzyła lokal w Wielkiej Brytanii 18 sierpnia 2015 r., której status opisany został w rejestrze jako instytucja kredytowa/finansowa (dowód: wydruk z companieshouse.gov.uk).

Spółka Birdie Yas Insurance Limited jest zarejestrowana od 20 lutego 2017 r. i posiada wpis w FCA pod nr 772005 z podanym adresem siedziby w Londynie 30 Armingher Road London W12 7BB Zjednoczone Królestwo. W FCA wskazany został również nr rejestrowy spółki FC032876. Wpis w FCA zawiera oznaczenie „Typ Nadzorowane wyłącznie w celach przeciwdziałaniu praniu pieniędzy”. W rejestrze tym zamieszczona jest również informacja o tym, że Rzecznik finansowy nie będzie mógł rozpatrzyć skargi na tę firmę. Program rekompensat dla usług finansowych nie będzie mógł rozpatrzyć roszczeń przeciwko tej firmie, jeśli nie zostanie ona objęta programem. (dowód: wyciąg z rejestru FCA na wrzesień 2024 r. dostępny pod adresem.

Konsorcjum GAP złożył w ofercie gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium z 17.06.2023 r. wydaną w Londynie, Zjednoczone Królestwo o nr 20230417/001, w której treści jako jej wystawca wskazany został:

My, BIRDIE YAS INSURANCE LIMITED z siedzibą w Londynie, 30 Armingher Road Londyn, W12 7BB, Rejestr Firm Nr FC 032876, Instytucja Nadzoru Finansowego Nr 772005, działający jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa (zwani dalej: „GWARANT”), reprezentowani przez Prezydenta Pana A. B. M.

W pkt 1:

Na wniosek OFERENTA, my GWARANT, niniejszym nieodwołalnie i bezwarunkowo zobowiązujemy się zapłacić Państwu każde sumy lub kwoty nieprzekraczające łącznie kwoty 7.000.000,00 PLN (siedem milionów złotych) jako zabezpieczenie płatności wadium przez OFERENTA na rzecz BENEFICJENTA w PRZETARGU zgodnie z postanowieniami GWARANCJI określonymi poniżej.

W pkt 7:

GWARANT zobowiązuje się do wypełnienia GWARANCJI zgodnie z polskim prawem i zgadza się rozstrzygać wszelkie spory dotyczące GWARANCJI zgodnie z polskim prawem i przekazywać je jurysdykcji polskiego sądu, który jest właściwy na podstawie siedziby BENEFICJENTA.

Przedmiotowa gwarancja była już raz kwestionowana w postępowaniu odwoławczym na skutek odwołania DORACO z 27.11.2023 r., jako podstawa zarzutu zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum GAP w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy, która nie została zabezpieczona w sposób prawidłowy wadium wniesionym w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która nie spełnia wymogów bezwarunkowości, a także została wystawiona przez podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego.

Wyrokiem z 15.12.2023 r. izba uwzględniła odwołanie w tym zakresie, przy zdaniu odrębnym.

Skargę na wyrok wniosło konsorcjum GAP. Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 9.05.2024 r. XXIII Zs 16/24 uwzględnił skargę w całości i zmienił wyrok KIO oddalając odwołanie DORACO. Skarga i wyrok sądu ograniczone zostały do jednej z dwóch podstaw wskazanych w zarzucie opisanym w odwołaniu w zakresie gwarancji wadialnej, jako nie spełniającej wymogów bezwarunkowości, a także wystawionej przez podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych KNF, wskazującymi na brak wniesienia wadium. Izba uwzględniając odwołanie przyznała rację tylko w zakresie drugiej podstawy, co sąd ocenił odmiennie. W uzasadnieniu sąd odniósł się do zarzutu podniesionego w odwołaniu, z treści którego nie wynika, aby odwołujący podważał możliwość wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej przez podmiot nie posiadający odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego. Sąd odniósł się również do braku dowodów na podstawie, których miałyby być rozstrzygnięte czy podmiot wystawiający gwarancję posiadał odpowiednie zezwolenie, w tym pozwalających ustalić jakie prawo powinno mieć zastosowanie, tj. tureckie, kazachskie, angielskie, polskie czy St. Kitts and Nevis. Izba nieprawidłowo oparła rozstrzygnięcie na uprawdopodobnieniu, a nie udowodnieniu okoliczności. Sąd stwierdził, iż nie można było przyjąć, że zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty w okolicznościach, gdy istnieją

poważne wątpliwości co do możliwości podejmowania czynności ubezpieczeniowych, jak również w oparciu o wysokie

prawdopodobieństwo, że gwarant nie prowadzi swoje działalności jako działalności zarejestrowanej zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa. Interpretacja przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 wskazuje według sądu, że do odrzucenia oferty prowadzi wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, a nie wysokie prawdopodobieństwo wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy. Sąd uznał przy tym za nieprawidłowe zastosowanie przez izbę przepisu art. 4 ust. 7 pkt 1 UDUiR i przyjęcie, że gwarancja powinna podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów o wykonywaniu działalności ubezpieczeniowej w Polsce. Sąd wskazał że w Polsce nie ma żadnego przepisu, który regulowałby kwestię wykonywania działalności ubezpieczeniowej na terytorium Polski w przypadku zawierania umów gwarancji ubezpieczeniowej. Brak jest podstaw normatywnych do kwestionowania ważności czy też skuteczności gwarancji ubezpieczeniowej z uwagi na fakt wystawienia jej przez zakład ubezpieczeń niewykonyjący działalności ubezpieczeniowej w Polsce. Sąd uznał, iż gwarancja ubezpieczeniowa spełnia wymagania zawarte w swz w zakresie zobowiązania gwaranta do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołalnie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 98 ust. 6 ustawy – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności. Swz nie wskazywała na konieczność posiadania przez gwaranta wpisu na listę notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych KNF.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art 226 ust. 1 pkt 14 PZP w zw. z art. 97 ust. 5 i 7 PZP przez nieprawidłowe jego zastosowania w sytuacji, w której konsorcjum GAP wniosło wadium w sposób prawidłowy, zgodny z wymaganiami zamawiającego sformułowanymi w specyfikacji warunków zamówienia dla postępowania, przyjmując jako udowodnioną dokumentami rejestrowymi dla Birdie Yas Insurance Ltd okoliczność, iż wystawca gwarancji ubezpieczeniowej (gwarant) nie działał jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa.

Okoliczność ta miała istotne znaczenie dla oceny skuteczności wniesionego zabezpieczenia zapłaty wadium w postępowaniu przetargowym, w którym zastosowanie znajdują przepisy Ustawy polskiej określającej formy wadium, jakie są dopuszczone w porządku krajowym. Zarówno forma, jak i cel żądania wniesienia wadium powinny być rozpatrywane z uwzględnieniem przepisów znajdujących zastosowanie w postępowaniu przetargowym. Nie oznacza to jednocześnie, iż dla skutecznego zabezpieczenia oferty wadium konieczne jest złożenie dokumentu wystawionego przez ubezpieczyciela prowadzącego działalność ubezpieczeniową na terytorium Polski, posiadającego wpis na listę notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego, o czym rozstrzygnął sąd we wskazanym wyroku Zs 16/24. Powtórna ocena dokumentu wadialnego odnosi się do treści,

mającej potwierdzać wystawienie dokumentu w oparciu o regulację brytyjską dotyczącą prowadzenia działalności ubezpieczeniowej, na co wskazuje sam gwarant określając siebie jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe działające zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty zamawiający ponownie podnosi okoliczności dotyczące stosowania UDUiR dla oceny statusu gwaranta na gruncie przepisów krajowych wskazując wprost, że Brak spełnienia przez Gwaranta wymogów UDUiR (wystawca gwarancji nie jest notyfikowany w Polsce (i nigdy nie był), jak również nie prowadzi działalności przez główny oddział) w świetle treści oświadczeń zawartych w samym dokumencie, powoduje, że wystawiony przez niego dokument zatytułowany „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” nie może zostać uznany za gwarancję ubezpieczeniową a zatem nie można mówić o skutecznym wniesieniu wadium w jednej z form przewidzianych w art. 97 ust. 7 ustawy PZP. (...). Pozostaje to w sprzeczności ze stanowiskiem sądu, który uznał za nieprawidłowe zastosowanie przez izbę przepisu art. 4 ust. 7 pkt 1 UDUiR i przyjęcie, że gwarancja powinna podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów o wykonywaniu działalności ubezpieczeniowej w Polsce. W tym zakresie argumentacja na str. 9-14 (do pkt 44) odwołania jedynie potwierdza i umacnia stanowisko sądu mające charakter wiążący dla zarzutu opisanego w odwołaniu DORACO.

Powyższe nie stanowi automatycznie powodu dla odmowy przyjęcia dalszego uzasadnienia odrzucenia oferty i odnoszącego się do statusu gwaranta, jako podmiotu zagranicznego prowadzącego działalność na terytorium Zjednoczonego Królestwa, gdzie wystawiono przedmiotową gwarancję zapłaty wadium w londyńskim biurze spółki. Należy w tym miejscu zaznaczyć, że uzasadnienie wyroku sądu w części cytowane w odwołaniu (pkt 14) nie jest wiążące z uwagi na nowe okoliczności i dowody przedstawione w sprawie, wykraczające poza zakres zarzutu objętego pierwszym odwołaniem wniesionym przez DORACO, który wyznaczał zakres rozpoznania wiążący dla organów orzekających w obu instancjach, w tym wskazane dwie okoliczności faktyczne.

Uwzględniając stanowisko odwołującego prezentowane w odwołaniu jak i na rozprawie skład orzekający uznał, iż nie jest spornym pomiędzy stronami ustalenie, że Birdie Yas Insurance Ltd nie prowadzi na terenie Zjednoczonego Królestwa działalności ubezpieczeniowej, stanowiącej działalność regulowaną wymagającą zezwolenia właściwych organów brytyjskich. Stanowisko odwołującego zasadniczo ograniczało się do wykazania ważności czynności prawnej, wykonalności umowy i możliwości wyegzekwowania wadium od gwaranta zgodnie z prawem common law, nawet w sytuacji gdyby przyjąć, że doszło do przestępstwa w zakresie wystawienia instrumentu finansowego bez zezwolenia wymaganego dla prowadzenia działalności regulowanej (dowód: opinia B. P. Doradcy Króla

złożona przez odwołującego, w tym wnioski z pkt 11 – Wadium jest ważnym instrumentem finansowym zgodnie z prawem brytyjskim, niezależnie od tego, że Birdie Yas nie był upoważniony do wydania go). Również oświadczenie gwaranta złożone przez odwołującego w odpowiedzi na zarzut prowadzi do wniosku, iż potwierdza ono stwierdzenie, że udzielenie gwarancji zapłaty wadium nie stanowi działalności regulowanej ustawą o usługach i rynkach finansowych z 2000 r. (FSMA) i kwalifikowana powinna być jako instrument na żądanie (rozdział 16-001 ustawy o gwarancjach). Wprost w oświadczeniu gwarant wskazuje w odniesieniu do wystawionego instrumentu, który choć pozostaje gwarancją ubezpieczeniową na żądanie, jego wystawienie nie było zawarciem ani wykonaniem umowy ubezpieczenia zgodnie z RAO. Nasza firma jest zarejestrowana w Companies House i Financial Conduct Authority i jest uprawniona do prowadzenia działalności w Wielkiej Brytanii, w szczególności działalności finansowej, która nie jest działalnością

regulowaną (dowód: oświadczenie Birdie Yas Insurance Ltd z 01.10.2024 r.).

W ocenie składu orzekającego, w sytuacji gdy dochodzi do złożenia wadium mającego zabezpieczyć ofertę w przetargu należy uwzględnić przepisy określające zasady na jakich wadium jest wnoszone w reżimie prawnym regulującym postępowanie przetargowe. Zamawiający zobowiązany jest bowiem do stosowania Ustawy, w tym opisanych w swz wytycznych. Brak opisu w dokumentacji zasad dotyczących gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium wystawianej przez podmiot, który nie prowadzi działalności ubezpieczeniowej na terytorium RP, nie oznacza całkowitej dowolności dla wykonawcy. Również w odniesieniu do podmiotów prowadzących działalność ubezpieczeniową na terytorium Polski w swz nie ma żadnego odniesienia do ich statutu, co nie oznacza, iż każdy dokument nazwany „gwarancją ubezpieczeniową zapłaty wadium” może zabezpieczać ofertę. Istotnym pozostaje bowiem ustalenie celu i funkcji wadium jako instrumentu finansowego służącego zabezpieczeniu interesów zamawiającego w postępowaniu. Wskazanie w samej treści gwarancji na fakt działania jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Wielkiej Brytanii, również potwierdza świadomość potrzeby spełnienia wymagań, jakie stawiane są wadium w przetargach publicznych. Należy zatem przyjąć analogiczne warunki jakie muszą spełniać wszyscy wykonawcy składający oferty w postępowaniu przetargowym, niezależnie od miejsca prowadzenia działalności. Skoro na gruncie przepisów krajowych gwarancja ubezpieczeniowa może być uznana za wadium, co jest uzależnione od statusu gwaranta, który podlega nadzorowi odpowiednich organów, prowadząc działalność regulowaną (w Polsce KNF), to również w odniesieniu do dokumentu wystawionego przez podmiot działający na terytorium Wielkiej Brytanii należy oczekiwać spełnienia warunków do prowadzenia działalności regulowanej (sprawowanie nadzoru przez FCA). Złożone dowody jednoznacznie wskazują, że Birdie Yas Insurance Ltd nie prowadzi

działalności ubezpieczeniowej na terytorium Zjednoczonego Królestwa, a jej status w rejestrze FCA określony został, jako instytucja kredytowa/finansowa.

Ocena skuteczności wadium nie może być ograniczona do samego zobowiązania badanego pod kątem spełnienia wymogów ustawowych, tj. jako nieodwoływalnego, bezwarunkowego zobowiązania do zapłaty wskazanej kwoty wadium na pierwsze żądanie beneficjenta. Istotnym pozostaje również sam status gwaranta, który istotnie determinuje ocenę złożonego zobowiązania. Nie można w taki sam sposób ocenić zobowiązania podmiotu, który podlega obowiązkowemu nadzorom organów państwowych od zobowiązania podmiotu, który nie musi spełnić warunków, jakie stawiane są wobec prowadzenia działalności ubezpieczeniowej. Nie bez znaczenia jest również możliwość uznania złożonej gwarancji za porównywalną ze składanym w formie gwarancji ubezpieczeniowej zobowiązaniem podmiot o sprawdzonej i kontrolowanej sytuacji finansowej (jego wypłacalności).

Zamawiający załączył korespondencję od Ambasady RP w Londynie, w której znajduje się informacja dotycząca możliwości braku uzyskania ochrony w drodze skargi do Financial Ombudsman Services (FOS), jak również możliwości wystąpienia z roszczeniem do Financial Services Compensation Scheme, w przypadku wystąpienia problemów (mail z 21.03.2024 r.). Informacja ta również została odnotowana w rejestrze FCA. Nie można również pominąć istotnej okoliczności, jaką jest brak autoryzacji ubezpieczyciela w Wielkiej Brytanii, czego potwierdzeniem jest brak wpisu w rejestrze PRA, jako firmy ubezpieczeniowej (dowód: informacja dostępna pod linkiem wskazanym w mailu z Ambasady RP w Londynie). Aby uzyskać zezwolenie PRA na prowadzenie działalności regulowanej podmiot musi spełniać ustawowe warunki progowe, które odnoszą się do odpowiedniej ilości i jakości kapitału oraz płynności, zasobów do pomiaru, monitorowania i zarządzania ryzykiem, kondycji finansowej, a działalność ta jest nadzorowana przez PRA. Spółka zarejestrowana jest wyłącznie w celu przeciwdziałania praniu pieniędzy i może prowadzić działalność, która nie jest regulowana ani przez FCA, ani przez PRA.

Sam odwołujący w pkt 62 odwołania wskazuje, że skoro Birdie jest ujawniony w rejestrze jako podmiot prowadzący działalność ubezpieczeniową, należy złożony dokument kwalifikować jako gwarancję ubezpieczeniową, dopuszczoną jako zabezpieczenie zapłaty wadium. Wskazany w odwołaniu fragment (bez tłumaczenia) odnosi się do części wpisu określającej podmiot, jako brytyjski oddział spółki zagranicznej, która widnieje w rejestrze korporacji spółek Wyspy Nevis pod nr C 455517 w celu prowadzenia działalności ubezpieczeniowej w zakresie ubezpieczeń ogólnych z terytorium wyspy Nevis. Wpis ten nie potwierdza jednak, iż spółka działa na terytorium Zjednoczonego Królestwa, jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe prowadzące działalność ubezpieczeniową na terenie Zjednoczonego Królestwa. Jego działalność w rejestrze określona w statusie jako instytucja

kredytowa/finansowa (dowód: wydruk z rejestru wraz z tłumaczeniem całości wpisów w rejestrze Companies House).

Powyższe prowadzić musiało do uznania, iż złożony dokument nie mógł być uznany za skuteczne zabezpieczenie oferty wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP przez nieprawidłowe jego zastosowanie prowadzące do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum GAP z uwagi na błędne uznanie, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Nie miało to jednak znaczenia dla wyniku postępowania, w którym oferta Odwołującego pozostaje ofertą odrzuconą w związku z oddaleniem zarzutu nr 1.

W ocenie składu zamawiający w sposób nieprawidłowy zastosował sankcję przewidzianą dla opisanej w art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy przesłanki, w sytuacji, gdy nie było możliwe przypisanie wykonawcy zachowania opisanego w przepisie, jako przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd. Jednocześnie, wobec uznania, że podstawa odrzucenia oferty opisana powyżej zaistniała, uwzględnienie tego zarzutu na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy wymagałoby wykazania możliwości istotnego wpływu na wynik postępowania. W sytuacji, gdy oferta odwołującego została odrzucona również z innej podstawy, co izba oceniła jako działanie zgodne z przepisami, brak było podstaw do

stwierdzenia, iż naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 10 Ustawy może wpłynąć na zmianę wyniku postępowania, w którym oferta odwołującego pozostaje ofertą odrzuconą. Prowadziło to do oddalenia odwołania.

Odnosząc się do samego zarzut należy wskazać, iż to nie informacje, których autorem był wykonawca miały wprowadzać zamawiającego w błąd. Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty wskazał bowiem, że treść dokumentu, który z założenia miał stanowić potwierdzenie wniesienia wadium wprowadza zamawiającego w błąd, poprzez nierzetelne i nieprecyzyjne określenie statusu podmiotu wystawiającego gwarancję, jak również prawa i zgodnego z przepisami przedmiotu działalności.

Wskazana podstawa, na jakiej zamawiający odrzucił ofertę odnosi się do działania wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu. Należy wyraźnie odróżnić czynność jaką jest wniesienie wadium od przedstawienia zamawiającemu informacji wprowadzających w błąd. Wniesienie wadium przez wykonawcę następuje przez złożenie dokumentu w ofercie (tu gwarancji ubezpieczeniowej), a nie przez jego wystawienie. Wykonawca nie odpowiada za treść

gwarancji wystawionej przez podmiot, którego działalności nie kontroluje i nie może w żaden sposób nadzorować. Nie można zatem przypisywać odpowiedzialności za czynności, które nie są udziałem wykonawcy, a miałyby prowadzić do jego wykluczenia z postępowania. Złożenie wadium nie oznacza, iż to wykonawca składa oświadczenie zamawiającemu, określając w nim istotne elementy, tj. status wystawcy gwarancji. Trudno doszukiwać się okoliczności, które pozwoliłyby uznać, iż odwołujący nie dochował należytej staranności w wyborze ubezpieczyciela. Jako podmiot legalnie prowadzący działalność na terytorium Zjednoczonego Królestwa Birdie podlega kontroli odpowiednich organów, co pozwala podejmować decyzje o wyborze w zaufaniu do profesjonalnego charakteru tej działalności. Jednocześnie mając na uwadze sankcyjny charakter przepisu, jak również wydłużony w czasie skutek, jakim jest wykluczenie wykonawcy na okres roku od zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (art. 111 pkt 6 Ustawy), należy przepis ten stosować w sposób rozsądny i uzasadniony. Zamawiający niejako z automatu przypisał wykonawcy działania, które nie były jego udziałem. To nie wykonawca prezentował dane o gwarancji, który opisał siebie i prowadzoną działalność, jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Zjednoczonego Królestwa i wskazał swoją siedzibę w Londynie. Nie był autorem, ani współautorem wystawionej gwarancji. Należy również zauważyć, że istniała możliwość sprawdzenia danych dotyczących gwaranta w oparciu o podany w dokumencie poprawny nr rejestrowy. Jakkolwiek zamawiający początkowo nie miał podejrzeń co do skuteczności wniesionego wadium, które ujawniły się dopiero po pierwszym odwołaniu, to nie można tylko na tej podstawie przypisać wykonawcy działania wpisującego się w przesłankę wykluczenia z postępowania. Złożenie fizycznie dokumentu nie oznacza, że wykonawca złożył oświadczenie mające na celu wprowadzenie zamawiającego w błąd. To nie wykonawca ustala zabezpieczenie oferty, które jest udziałem samego gwaranta, redagującego treść zobowiązania, jakie na siebie przyjmuje. Tym samym ocena skuteczność złożonego zobowiązania może mieć znaczenie wyłączne w kontekście zabezpieczenia oferty wadium, ale nie dla zastosowania danych fakultatywnej wykluczenia wykonawcy z postępowania. Sam zamawiający w odpowiedzi na odwołanie dodatkowo argumentował, że złożony dokument może okazać się względnie nieważny (nieistniejący), co nie jest rozstrzygające dla ustalenia, czy faktycznie byłoby możliwe dochodzenie roszczenia od gwaranta. Jest to jednak kwestia wtórna wobec samej możliwości stwierdzenia, że informacje wprowadzające w błąd pochodziły od wykonawcy. Nie ma również uzasadnienia dla przyjęcia argumentu zamawiającego, iż po stornie wykonawcy spoczywał obowiązek przedstawienia wraz z ofertą wszelkich danych niezbędnych do prawidłowej oceny oferty (pkt 50 stanowiska procesowego). Potwierdzeniem wniesienia wadium jest sam dokument złożony zamawiającemu i nie ma podstaw do żądania od wykonawcy innych oświadczeń lub dokumentów.

W tych okolicznościach Izba uznała, iż zarzut był zasadny, jednak z uwagi na istnienie niezależnej od wskazanej w zarzucie podstawy odrzucenia oferty, uwzględnienie odwołania w części nie było możliwe w związku z art. 554 ust. 1 pkt 1 Ustawy.

II. Zarzut nr 3

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 PZP w zw. z art. 18 ust. 1 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 uznając przez nieprawidłowe przyjęcie, że DORACO skutecznie zastrzegło, jako tajemnicę przedsiębiorstwa informacje zawarte w dokumentach stanowiących załącznik lub załączniki do JEDZ złożonego przez DORACO w postępowaniu.

Ponieważ na rozprawie uczestnik – DORACO przekazał odtajnioną treść załącznika nr 2 do JEDZ, na moment rozstrzygania stan sprawy uległ zmianie w taki sposób, iż zbędnym było rozpoznanie odwołania i ocena zasadności zastrzeżenia informacji. Wprawdzie odtajnienie nastąpiło w ramach postępowania odwoławczego, to w ocenie składu orzekającego samo odniesienie się do skuteczności objęcia klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa informacji, faktycznie nie miało by znaczenia dla wyniku postępowania. Ten może ulec zmianie dopiero w przypadku wniesienia w terminie odwołania na podstawie nowych okoliczności jakich dostarczać mogą odtajnione i przekazane na rozprawie informacje. Bez odwołania nie można obecnie określić, czy i w jakim stopniu mogą one wpływać na ocenę oferty DORACO.

W świetle powyższego Izba na podstawie art. 568 pkt 2 umorzyła postępowanie w zakresie tego zarzutu.

III. Zarzuty nr 4 i 5

Izba oddaliła odwołanie w zakresie obu zarzutów, tj.:

- naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP oraz w zw. z art. 20 ust. 1 PZP oraz art.

18 pkt 1 i pkt 2 PZP przez zaniechanie jego zastosowanie prowadzące do zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Doraco, podczas gdy wykonawca ten bezprawnie wpływał na czynności zamawiającego podejmowane w toku postępowania, co uzasadnia zastosowanie w stosunku do tego wykonawcy sankcji wykluczenia i odrzucenie złożonej przez niego oferty i jednocześnie stanowi naruszenie zasady pisemności

postępowania oraz zasad przeprowadzenia postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie

wykonawców oraz w sposób przejrzysty;

ewentualnie

- naruszenia ,art. 255 pkt 6 PZP w zw. z art. 70(5) KC w zw. z art. 457 ust. 5 PZP przez zaniechanie jego zastosowanie pomimo, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do

usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Oba zarzuty mają wspólną podstawę faktyczną, którą stanowią okoliczności dotyczące spotkań przedstawicieli zamawiającego z wykonawcą DORACO, a których celem miało być wyeliminowanie oferty odwołującego z postępowania. Działania te miały prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na czynności zamawiającego lub próbował pozyskać lub pozyskał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu.

Zamawiający kwestionował interes w podnoszeniu zarzutów wobec oferty obecnie wybranej i żądania jej odrzucenia, o czym miałyby decydować aktualna sytuacja odwołującego w postępowaniu, którego ofertę odrzucono. W opinii zamawiającego, ponieważ oferta odwołującego jest najkorzystniejsza (choć nie wybrana), to odrzucenie oferty DORACO lub zaniechanie jej odrzucenia pozostaje bez wpływu na potencjalny wybór oferty konsorcjum GAP. W przypadku wykazania braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający zobowiązany będzie powtórzyć czynności w postępowaniu, na co nie będzie miała wpływu ocena oferty DORACO.

Izba uznała, iż odwołujący ma interes zarówno w tym aby doprowadzić do unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, a tą obecnie jest oferta DORACO, wskazując przy tym również na podstawę do unieważnienia postępowania przetargowego, jako czynności spowodowanej wadliwym prowadzeniem postępowania. W sytuacji gdy wykonawca jednocześnie kwestionuje czynność odrzucenia oferty własnej i kieruje zarzuty wobec oferty wybranej, nie może budzić wątpliwości, iż działania te zmierzają do ochrony jego interesów w prowadzonym postępowaniu przetargowym. Należy podkreślić, że badanie interesu we wniesieniu odwołania następuje niezależnie od rozstrzygnięcia o zasadności zarzutów, na moment jego wniesienia. Nie można odmówić wykonawcy prawa do kwestionowania oferty wybranej, nawet jeżeli jej efektem miałyby być unieważnienie postępowania przetargowego. Obecne odwołanie nie ma na celu doprowadzenia do możliwości złożenia oferty w nowym postępowaniu, a przez to ocena interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia nie może być identyfikowana z przyszłym i niepewnym udziałem w kolejnym postępowaniu. Odwołujący zmierza do uzyskania zamówienia w obecnej procedurze przetargowej do czego konieczne jest, m.in. podważenie wyboru oferty najkorzystniejszej i przywrócenie do oceny oferty odwołującego.

Odnosząc się do podstawy zarzutów należy wskazać, iż zamawiający przewidział w swz, pkt 13.2.6 swz zastosowanie przesłanki fakultatywnej z art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy.

Odwołujący wykazał złożonymi dowodami (dokumenty uzyskane od zamawiającego), że miały miejsce spotkania w siedzibie zamawiającego z przedstawicielami DORACO w dniach 12.12.2023 r., 13.03.2024 r. oraz 12.06.2024 r., co nie przesądzało o celu spotkań, jak i ich przedmiocie. Odwołujący twierdził, iż przedstawione w odwołaniu okoliczności miałyby rozwiewać wszelkie wątpliwości w przedmiocie ustalenia, że przedmiotem spotkań miały być sprawy związane z przebiegiem postępowania odwoławczego/skargowego, jak i decyzji co do udziału konsorcjum GAP w postępowaniu. Powyższe miało natomiast prowadzić do naruszenia zasady pisemności postępowania (brak w protokole postępowania informacji o przebiegu i treści ustaleń poczynionych podczas tego spotkania) oraz zasady przejrzystości. Ponadto, prowadzenie dwustronnych spotkań zamawiającego z jednym z wykonawców biorących udział w postępowaniu naruszać miało zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W sprawie nie budziło wątpliwości jedynie to, że Zarząd podjął jednogłośnie uchwałę nr 647/2023 w sprawie zmiany stanowiska co do rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez DORACO. Zostało to również wyrażone w formie wniosku do KIO o ponowne otwarcie rozprawy w celu umożliwienia zamawiającemu uwzględnienia odwołania w części dotyczącej zarzutu nr 1, w którym wnioski oraz argumentacja była zbieżna ze stanowiskiem DORACO prezentowanym w czasie rozprawy i pismach procesowych.

Izba uznała za nieuprawniony wniosek, iż zamawiający miałby zmienić stanowisko co do zasadności zarzutu pod wpływem presji DORACO. Jest to całkowicie subiektywna ocena motywów i podstaw decyzji zamawiającego. Możliwość zmiany stanowiska w sprawie odwoławczej nie jest w żaden sposób limitowana przepisami i nie wyklucza tego nawet rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów organu orzekającego. Jak wynika z pism zamawiający kierował się nowymi okolicznościami, które nie były podniesione w odwołaniu, co zostało również później wytknięte w rozstrzygnięciu sąd, jako podstaw zmiany wyroku izby. Nie ma podstaw do odmowy zamawiającemu prawa do refleksji i zmiany decyzji, jeżeli nadal może ona być podjęta w ramach czynności prowadzonego postępowania. To właśnie informacje pozyskane często od konkurencji skłaniać mogą do zmiany pierwotnej decyzji i tak miało to miejsce w niniejszej sprawie, co zostało zainicjowane odwołaniem wobec pierwszej decyzji o wyborze oferty konsorcjum GAP. Zamawiający udokumentował w

formie uchwały zmianę stanowiska, co nie jest spotykane i należy odnotować na korzyść zamawiającego, jako działanie przejrzyste. W ocenie składu to nie fakt, iż informacje mogły zostać przekazane w trakcie spotkania w dniu 12.12.2024 r. powinny mieć znaczenie, ale ocena zasadności zmiany stanowiska w sprawie. Nie jest wyłącznym i jedynym uprawnionym wniosek, iż zamawiający działał pod presją DORACO, gdyż nie ma żadnej okoliczności,

która uzasadniać miałyby takie motyw. W ocenie składu zamawiający przede wszystkim kierować miała się potrzebą rozstrzygnięcia postępowania i wskazania oferty najkorzystniejszej w zgodzie z przepisami Ustawy. Taka motywacja nie może być traktowana, jako wypaczenie zasad prowadzenia postępowania. Ponadto, ostatecznie to nie działania DORACO, ale decyzje zamawiającego determinowały sytuację odwołującego w postępowaniu przetargowym.

Izba uwzględniła również niesporną okoliczność, iż jedynym udokumentowanym i wskazanym w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego powodem była zmiana oceny dokumentu wadialnego, jako skutecznie zabezpieczającego ofertę. Znaczenie wtórne wobec czynności podjętych w postępowaniu miały okoliczności, które doprowadzić miały zamawiającego do zmiany swojej decyzji. Należy przyjąć jako wiarygodną motywację opisaną w odpowiedzi na odwołanie, w której zamawiający odnosi się do konsekwencji, z jakimi musiałby się liczyć dokonując wyboru oferty z naruszeniem przepisów Ustawy, w tym nałożenia korekty finansowej polegającej na wycofaniu całości lub części środków pochodzących z budżetu UE, czy też odpowiedzialności dyscyplinarnej. W sytuacji, gdy pojawiły się nowe okoliczności mogące uzasadniać zmianę oceny dokumentu wadialnego, a te wystąpiły już na etapie postępowania odwoławczego, nie jest uprawnione twierdzenie o nielegalnym wpływie uczestnika postępowania na decyzje zamawiającego. Wniesienie odwołania nie stanowi czynności bezprawnej, a przedstawione w odwołaniu zdarzenia związane z prowadzonym postępowaniem odwoławczym w sprawie KIO 3545/23 mają wyłącznie znaczenie historyczne, jako opis zdarzeń i następstw rozstrzygnięć jakie zapadały przed organami orzekającymi w sprawie podniesionych zarzutów mających doprowadzić do odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący formułował daleko idące wnioski wskazując wręcz na bezprawne postępowanie DORACO, co powinno mieć odniesienie do naruszenia konkretnego nakazu lub zakazu ustawowego. Prowadzenie postępowania w sposób uwzględniający zasady pisemności, jak i przejrzystości, stanowią wytyczne kierowane do zamawiającego, a w tym obszarze nie można mieć zastrzeżeń, gdyż zamawiający udokumentował fakt spotkań, choć nie były to czynności jakich odnotowania wymaga się w protokole postępowania.

W konsekwencji powyższego, okoliczności wskazane w podstawie zarzutów nie prowadziły również do stwierdzenia wady postępowania, która uniemożliwiać miałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący opierał ten zarzut na nieuprawnionym wniosku, co do prowadzenia przez zamawiającego z DORACO ciągłych uzgodnień w sprawie oceny oferty konsorcjum GAP. Izba wniosek ten uznaje za oparty wyłącznie na domniemaniu, iż decyzje zamawiającego nie były podejmowane w sposób autonomiczny i samodzielny. Samo wykazanie, że inicjatorem

potrzeby zmiany decyzji co do skuteczności zabezpieczenia oferty konsorcjum GAP wadium, było odwołanie DORACO i dalsze rozstrzygnięcia zapadające w dwóch instancjach, nie oznacza jeszcze, że czynności zamawiającego są dotknięte wadą, jak i samo postępowanie.

Odwołujący nie wykazał, aby uczestnik przetargu wpływał na jego wynik w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami (art. 70⁵ § 1 kc). W szczególności takim działaniem nie jest kierowanie przez wykonawców do zamawiającego pism, w których zwraca się na konsekwencje podjętych w postępowaniu decyzji, co również czynił sam odwołujący odnosząc się w pismach do sytuacji faktycznej determinowanej rozstrzygnięciami organów orzekających w sprawie pierwszego odwołania. Sam fakt spotkań, jeżeli nawet uznać, że mogły one dotyczyć sytuacji w prowadzonym postępowaniu przetargowym, nie jest równoznaczna z wpływaniem na decyzje komisji przetargowej, która jest organem odpowiedzialnym za decyzje jakie były podejmowane w postępowaniu. Ponadto, obecny na rozprawie członek zarządu DORACO zaprzeczył tezę stawianą w odwołaniu.

Na rozprawie odwołujący podtrzymał wniosek o przesłuchanie w charakterze świadków pracowników zamawiającego na okoliczność przebiegu spotkań do jakich dochodziło z przedstawicielami DORACO, który zgłosił w piśmie procesowym z 25.09.2024 r. Zawarty w tym piśmie wniosek dowodowy dotyczył przesłuchania w charakterze świadków dwóch osób wskazanych (w tym jednej z ramienia zamawiającego) na okoliczność wykazania faktu, czy spółka Mentor S.A. wykonywała na zlecenie zamawiającego opinię prawną/brokerską dotyczącą gwarancji wystawionej 17.06.2023 r. Wniosek ten nie miał związku z podstawą zarzutu i jako nieprzydatny dla rozpoznania nie był uwzględniony.

Podsumowując tą część stanowiska, należy podkreślić, że odwołujący nie wykazał, aby działania DORACO były sprzeczne z prawem, (tj. co najmniej naruszające zasadę pisemności oraz zasadę równego traktowania wykonawców, które wiążą zamawiającego), jak również aby wykonawca ten w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami wpływał na wynik postępowania, jak również aby miał pozyskać informacje dające mu przewagę nad konkurencją.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis w wysokości 20.000 zł i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodnicząca: