

Sygn. akt: KIO 3337/26

WYROK

Warszawa, dnia 7 sierpnia 2026 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala
Aleksandra Kot
Maksym Smorczewski

Protokolant: Krzysztof Chmielewski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2026 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2026 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa** oraz **Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy, ul. Jagiellońska 13-15, 85-067 Bydgoszcz**,

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

- **Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa**,
- **Unibep S.A., ul. 3 maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
- 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

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:.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 3337/26

UZASADNIENIE

Zamawiający – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu Collegium Medicum im. Ludwika Rydygiera w Bydgoszczy, ul. Jagiellońska 13-15, 85-067 Bydgoszcz, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Kontynuacja budowy budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz ładowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR w ramach WPMRim SU Nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy – zaprojektuj wybuduj”, numer referencyjny: ATDI-01.261.9.2025. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23.09.2025 r., nr 182/2025 621511-2025.

W dniu 09.07.2026 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Polimex Infrastruktura sp. z o.o., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa oraz Polimex Mostostal S.A., Al. Jana Pawła II nr 12, 00-124 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 Pzp w zw. z art. 110 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez zaniechanie wykluczenia Budimex z postępowania oraz odrzucenia jego oferty w sytuacji, gdy Budimex podlega wykluczeniu w związku z zawarciem porozumienia mającego na celu zakłócenie konkurencji, a jednocześnie czynności samooczyszczenia podjęte przez tego wykonawcę uznać należy za niewystarczające i niepotwierdzające rzetelności tego wykonawcy,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp w zw. z art. 98 kodeksu cywilnego (dalej: „kc”) w zw. z art. 103 §1 i 2 (względnie art. 104) kc poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Unibep, mimo że wykonawca ten nie wniósł wadium, względnie wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, ze względu na fakt, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 02GG25/0350/25/0074V z dnia 25.02.2026 r. została wystawiona przez osobę działającą z przekroczeniem granic

udzielonego jej pełnomocnictwa, co skutkuje nieważnością tej gwarancji i brakiem skutecznego wniesienia wadium przez tego wykonawcę,

3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie za najkorzystniejszą oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Budimex, w sytuacji gdy oferta tego wykonawcy ten podlega wykluczeniu, a jego oferta powinna zostać odrzucona.

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia ofert wykonawców Budimex oraz Unibep,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W dniu 13.07.2026 r. następujący wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego:

- Budimex S.A., ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa (dalej: „Przystępujący Budimex”),
- Unibep S.A., ul. 3 maja 19, 17-100 Bielsk Podlaski (dalej: „Przystępujący Unibep”).

Izba stwierdziła, że przystąpienia obu wykonawców zostały dokonane skutecznie.

W dniu 22.07.2026 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. W dniu 31.07.2026 r. Przystępujący Budimex i Przystępujący Unibep przedstawili swoją argumentację również wnosząc o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny sprawy.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie zadania pn.: Kontynuacja budowy budynku przeznaczonego na cele medyczne oraz lądowiska wyniesionego dla śmigłowców LPR w ramach WPMRiM SU Nr 2 im. dr. Jana Biziela w Bydgoszczy – zaprojektuj i wybuduj.

W części IX SWZ Zamawiający żądał wniesienia wadium, a w przypadku wniesienia go w formie gwarancji lub poręczenia wymagał, aby wystawiona gwarancja lub poręczenie były bezwarunkowe, nieodwołalne i płatne na pierwsze żądanie Zamawiającego.

Otwarcie ofert miało miejsce w dniu 26.02.2026 r., w postępowaniu złożono cztery oferty, w kolejności cenowej (od najtańszej):

- Przystępujący Budimex,
- PORR S.A.,
- Przystępujący Unibep,
- Odwołujący.

Przystępujący Budimex złożył wraz z ofertą oświadczenie JEDZ, w którym na pytania: „Czy wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji?” oraz „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia?” dwukrotnie odpowiedział: „Tak” oraz załączył samooczyszczenie.

Następnie Przystępujący Budimex złożył kolejne samooczyszczenie z 01.04.2026 r. wraz z załącznikami, w którym m.in.:

- 1) powołał się na audyt zlecony kancelarii Addleshaw Goddard, który „został przeprowadzony w szczególności w oparciu o:
— dokumentację postępowania prowadzonego przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne (...),
— regulacje wewnętrzne obowiązujące Wykonawcę;
— korespondencję wewnętrzną pomiędzy pracownikami Wykonawcy odnoszącą się do postępowania;
— rozmowy z pracownikami bezpośrednio zaangażowanymi w przygotowanie ofert złożonych przez Wykonawcę, Budimex Budownictwo sp. z o.o. i Mostostal Kraków S.A. we wskazanym postępowaniu, ale także z osobami podejmującymi decyzje w odniesieniu do tego postępowania, lub w inny sposób zaangażowanymi w proces składania ofert w postępowaniu (np. pełniącymi funkcje doradcze); łącznie przeprowadzono rozmowy z 8 pracownikami lub byłymi pracownikami Wykonawcy”;
- 2) streścił wyroki: Izby z dnia 18.08.2025 r. o sygn. akt KIO 2678/25, KIO 2686/25, KIO 2701/25 oraz Sądu Okręgowego z dnia 19.12.2025 r. o sygn. akt XXIII Zs 130/25, XXIII Zs 132/25, XXIII Zs 133/25 i podsumował: „Wykonawca wskazuje, że powyższe ustalenia Izby oraz Sądu Okręgowego z uwagi na ich prawomocność mają moc wiążącą. W zasadniczy sposób identyfikują one przyczyny zaistniałej sytuacji. Wykonawca w pełni respektuje orzeczenie KIO i wyrok Sądu Okręgowego”;
- 3) wskazał:
„1.5. W spółkach GK Budimex funkcjonują Zintegrowane Systemy Zarządzania (ZSZ). Ramy dla polityk regulujących funkcjonowanie ZSZ w spółkach stanowią Polityki GK Budimex. Część dokumentów ZSZ jest zarządzana centralnie obowiązuje one we wszystkich spółkach grupy. Wspólny system pozwala na pogłębienie integracji oraz usystematyzowanie działań wszystkich podmiotów w celu zapewnienia stabilnego rozwoju oraz osiągania coraz wyższego poziomu organizacji”.

1.6. Z uwagi na przynależność do jednej grupy kapitałowej oraz realizację wspólnej strategii i celów biznesowych, spółki z GK Budimex, prowadząc działalność operacyjną, korzystają zasadniczo ze wspólnych zasobów, zarówno w zakresie doświadczenia poszczególnych spółek, zasobów kadrowych, finansowych, jak i bazy sprzętowej.

1.7. Z uwagi na strategię działalności spółek GK Budimex ustalaną przez Wykonawcę oraz wspólne cele biznesowe i operacyjne rozumiane jako generowanie przychodów i budowanie wartości spółek wchodzących w skład GK Budimex, z punktu widzenia przepisów prawa konkurencji, spółki z GK Budimex stanowią jedną jednostkę gospodarczą (ang. single economic unit - SEU). Jest to okoliczność niewątpliwie istotna, jeśli wziąć pod uwagę potencjalną możliwość złożenia przez podmioty z GK Budimex niezależnych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji realnego i zgodnego z prawem konkurowania w tych samych postępowaniach”;

4)wskazał:

„3.4. Należy wyraźnie podkreślić, iż z punktu widzenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, wykonawcy powiązani (należący do tej samej grupy kapitałowej) co do zasady nie powinni ze sobą konkurować, tj. składać ofert w tym samym postępowaniu, niezależnie od jego ewentualnego podziału na części. W przeciwnym razie mogą doprowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, manipulując jego wynikiem i utrudniając innym wykonawcom dostęp do danego zamówienia.

3.5. Wyjątkowo, w przypadku udziału w postępowaniu więcej niż jednego podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej, ich oferty powinny zostać przygotowane w sposób niezależny przez każdą ze spółek, co de facto oznacza konieczność wykazania samodzielności w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. W przeciwnym bowiem razie materializuje się domniemanie zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję. Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż w Postępowaniu PSE, co wynika także m.in. orzeczeń Izby i Sądu Okręgowego w Warszawie, nie doszło do przygotowania ofert w sposób niezależny.

3.6. Z uwagi na realizowaną strategię grupy kapitałowej wyznaczaną przez Wykonawcę jako jednostkę dominującą, spółki z GK Budimex ściśle ze sobą kooperują, w tym korzystają ze wspólnych zasobów wymaganych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wspólnych zasobów GK Budimex. Z tego względu, spółki te, co do zasady, nie działają niezależnie, a próba wykazania tej niezależności w Postępowaniu PSE była niewłaściwa i podyktowana chęcią obejścia restrykcyjnych zapisów SWZ.

3.7. Wykonawca potwierdza i identyfikuje niewłaściwe zachowanie swoje i swoich jednostek zależnych i konkretnych osób odpowiedzialnych za podjęcie decyzji co do struktury złożenia ofert oraz braku niezależności przygotowania ofert w Postępowaniu PSE”;

5)wskazał: „Uchwałą Zarządu Budimex S.A. nr 4/2026 (Załącznik nr 3) uzupełniającą uchwałę nr 36/2025 w sprawie zaleceń dla Biur Handlowych, Dyrekcji poszczególnych Budownictw, spółek zależnych wprowadzono bezwzględny zakaz udziału więcej niż jednej spółki należącej do GK Budimex w tych samych postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Zarząd Budimex S.A. wskazuje, że wewnętrzna konkurencja pomiędzy spółkami GK Budimex jest sprzeczna z podstawowymi celami strategicznymi grupy stanowiącej jedną jednostkę gospodarczą oraz jej strukturą. Dodatkowo, taka sytuacja może prowadzić m.in. do naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp i negatywnego wpływu na konkurencję w postępowaniu. W związku z powyższym i w celu wyeliminowania możliwości złożenia przez więcej niż jedną spółkę należącą do grupy ofert w tym samym postępowaniu, utrzymano obowiązek przekazywania przez spółki zależne informacji do Budimex S.A., jako spółki dominującej, w formie cotygodniowych raportów zawierających zestawienie postępowań w ramach zamówień publicznych, w których dana spółka zamierza uczestniczyć. Raporty przekazywane są do Dyrektora Biura Handlowego oraz Dyrektora Wsparcia Produkcji Budimex S.A.”;

6)wskazał: „W dniu 31 marca 2026 r. Dyrektor Operacyjny ds. Budownictwa złożył rezygnację z pełnionej funkcji, która to rezygnacja została przyjęta przez Spółkę. Z datą rezygnacji zaprzestał również świadczenia pracy w Budimex S.A.. Tym samym, Wykonawca i GK Budimex trwale zerwała powiązania z Dyrektorem Operacyjnym ds. Budownictwa (...). W związku z nieprawidłowościami, które wystąpiły w Zespole ds. Ofertowania, z dwoma osobami z tego zespołu, w tym z kierującym nim Dyrektorem ds. Ofertowania, w dniu 31 marca 2026 r. zawarto porozumienia zmieniające ich umowy o pracę. W konsekwencji, osoby te zostały przeniesione na inne stanowiska: odpowiednio, dotychczasowy Ekspert ds. Ofertowania w ramach Budimex S.A., a dotychczasowy Dyrektor ds. Ofertowania do innej spółki z GK Budimex niezwiązanej z Postępowaniem PSE. Stanowiska te nie są związane z procesem ofertowania w postępowaniach o zamówienia publiczne (...) Radca Prawny świadczący usługi wewnętrzne w ramach Postępowania PSE wypowiedział w dniu 28 listopada 2025 r. umowę o pracę z Budimex S.A. ze skutkiem na dzień 28 lutego 2026 r., od 20 stycznia 2026 r. nie świadczył pracy. W związku z powyższym, wszelkie powiązania z Radcą Prawnym zostały zerwane”.

Przystępujący Unibep wniósł wadium w wysokości 4.000.000,00 zł w formie gwarancji ubezpieczeniowej podpisanej przez p.M., jak też dołączył pełnomocnictwo, w którym wskazano, że pani M.W. jest umocowana do:

„1) zawierania umów o udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych oraz do wydawania gwarancji ubezpieczeniowych w

wykonaniu tych umów:

- gwarancji zapłaty wadium - do wysokości 1.000.000 (...)

2) udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach zawartych przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group umów generalnych, do wysokości limitów określonych w tych umowach. (...)"

W dniu 16.07.2026 r. Zamawiający zwrócił się do gwaranta z „wnioskiem o potwierdzenie umocowania osoby podpisującej (wystawiającej) (...) do działania w imieniu gwaranta oraz potwierdzenie związania gwaranta treścią udzielonej gwarancji”.

W dniu 20.07.2026 r. gwarant odpowiedział, że „potwierdza, że udzielona przez nas ubezpieczeniowa gwarancja zapłaty wadium (...) została podpisana i udzielona przez właściwie umocowanego pełnomocnika Panią M. (...) – Eksperta ds. ubezpieczeń finansowych. (...)”.

W dniu 29.06.2026 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego Budimex.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępujących złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

W szczególności Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, jakoby Odwołujący nie miał interesu we wniesieniu odwołania z powodu tego, że „oferta Unibep została sklasyfikowana na pozycji trzeciej, a oferta Odwołującego – na czwartej. Nawet gdyby przyjąć, czemu Zamawiający stanowczo zaprzecza, że wadium Unibep dotknięte jest wadą, odrzucenie tej oferty w żaden sposób nie poprawiłoby sytuacji Odwołującego, którego ofertę wyprzedzają nadal oferta Budimex (pozycja pierwsza) oraz oferta Porr S.A. (pozycja druga). Zarzut ten jest zatem pozbawiony wpływu na wynik Postępowania i już z tej przyczyny nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania”. Wobec powyższego Izba zwraca uwagę, że w niniejszym postępowaniu zastosowanie miała tzw. procedura odwrócona (art. 139 ustawy Pzp), zgodnie z którą zamawiający najpierw bada oferty pod względem przedmiotowym, a następnie dokonuje oceny podmiotowej tylko tego wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. W takiej sytuacji wykonawcy, których oferty znalazły się na dalszych pozycjach w rankingu ofert (np. trzeciej, czwartej) mogą ograniczyć zarzuty odwołania do kwestionowania tylko wyboru najkorzystniejszej oferty, gdyż nie została dokonana jeszcze ocena podmiotowa wykonawców, których oferty znajdują się na kolejnych miejscach w rankingu. Innymi słowy: w przypadku zastosowania procedury odwróconej odwołujący sklasyfikowany np. na czwartej pozycji posiada interes we wniesieniu odwołania dotyczącego tylko wybranej oferty bez konieczności stawiania zarzutów wobec ofert sklasyfikowanych na pozycjach drugiej i trzeciej. Tym bardziej – jak w niniejszej sprawie – Odwołujący, którego oferta znajduje się na pozycji czwartej, ma interes w kwestionowaniu w odwołaniu ofert znajdujących się na pozycji pierwszej i trzeciej, gdyż wykonawca sklasyfikowany na pozycji drugiej nie był jeszcze oceniany pod względem podmiotowym. Analogiczne stanowisko zajęła Izba w wyroku z dnia 27.06.2022 r. o sygn. akt KIO 1484/22, w którym wskazano: „W ocenie Izby, mając na uwadze, iż Zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem tzw. procedury odwróconej (...) nie sposób odmówić wykonawcy, którego oferta została sklasyfikowana na trzecim lub dalszym miejscu w rankingu ofert interesu w uzyskaniu zamówienia. W przypadku bowiem wyeliminowania z postępowania oferty obecnie najkorzystniejszej wynik przetargu będzie otwarty. Na obecnym etapie postępowania nie można przesądzić czy wykonawcy, których oferty zostały ocenione wyżej niż oferta Odwołującego, w przypadku wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów wykazaliby się spełnieniem warunków podmiotowych. Sprawdzają się to do wniosku, że interes we wniesieniu odwołania w takiej sytuacji będą mieli wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu w sposób prawidłowy i nie uzyskali zamówienia z uwagi na otrzymanie mniejszej liczby punktów w kryteriach oceny ofert niż oferta najkorzystniejsza. Na powyższą ocenę nie wpływa podnoszona przez Zamawiającego okoliczność, że w odwołaniu nie podniesione zostały zarzuty względem wszystkich ofert wyprzedzających Odwołującego w rankingu, istotne jest bowiem zakwestionowanie wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, która jako jedyna na obecnym etapie podlegała pełnemu badaniu przez Zamawiającego”. Z uwagi na powyższe Izba stwierdziła spełnienie przez Odwołującego przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący samooczystczenia złożonego przez Przystępującego Budimex.

Zgodnie z art. 110 ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp:

2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki:

1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim

nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;

- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności:
 - a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy,
 - b) zreorganizował personel,
 - c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli,
 - d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów,
 - e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.

Ww. przepisy stanowią implementację do polskiego porządku prawnego art. 57 ust. 6 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE i mają na celu umożliwienie wykonawcy, wobec którego zachodzi określona przesłanka wykluczenia z postępowania, obronienie się przed takim wykluczeniem. Wykonawca musi w tym celu złożyć samooczyszczenie obejmujące m.in. wyjaśnienie okoliczności związanych z jego niewłaściwym zachowaniem oraz przedstawienie środków podjętych po to, by nieprawidłowości się nie powtórzyły. Przy czym środki te muszą być adekwatne do popełnionego naruszenia i okoliczności jego popełnienia, jak też ich podjęcie musi być przez wykonawcę udowodnione. W zależności od oceny ww. środków dokonanej przez zamawiającego, wykonawca zostanie wykluczony z postępowania albo nie.

W niniejszej sprawie nie było sporne, że w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A. na budowę linii 400 kV Choczewo - nacięcie linii Gdańsk Błonia - Grudziądz Węgrowo, trzy spółki wchodzące w skład grupy kapitałowej Budimex, tj. Budimex S.A., Budimex Budownictwo sp. z o.o. i Mostostal Kraków S.A., złożyły oferty w trzech częściach ww. postępowania. W wyroku z 18.08.2025 r. o sygn. akt KIO 2678/25, KIO 2686/25 i KIO 2701/25 Izba stwierdziła, że ww. działanie miało charakter uzgodniony, skoordynowany i zmierzający do podziału zamówienia pomiędzy podmioty wchodzące w skład tej samej grupy kapitałowej, a zatem stanowiło porozumienie ograniczające konkurencję, skutkujące koniecznością wykluczenia tych spółek na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) i pkt 7 ustawy Pzp. Następnie Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z 19.12.2025 r. o sygn. akt XXIII Zs 130/25, XXIII Zs 132/25 i XXIII Zs 133/25 oddalił skargę na ww. wyrok Izby. W efekcie ww. spółki, aby uniknąć wykluczenia z kolejnych postępowań w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 111 pkt 4 Pzp, składają w tych postępowaniach samooczyszczenia, przy czym od daty wydania ww. wyroku Izby ich treść ulegała zmianom.

W tym miejscu należy wskazać, że w niniejszej sprawie ocenie Izby podlegało samooczyszczenia wraz z załącznikami z dnia 01.04.2026 r. Izba nie oceniała zatem poprzednich samooczyszczeń składanych przez Przystępującego Budimex, i co za tym idzie – bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostają orzeczenia zapadłe na ich tle.

Przechodząc do zarzutów zawartych w odwołaniu, w pierwszej kolejności Izba odniesie się do stwierdzeń Odwołującego, jakoby Przystępujący Budimex nie przyznał się do popełnionego naruszenia i dokonał pozornej diagnozy sytuacji „wskazując, że naruszenie wynikało z błędnego założenia, iż trzy odrębne spółki z grupy kapitałowej będą traktowane jako trzej odrębni wykonawcy. Tymczasem (...) istotą naruszenia nie było samo złożenie ofert przez spółki z jednej grupy kapitałowej, lecz zawarcie niedozwolonego porozumienia polegającego na skoordynowanym podziale części zamówienia i braku niezależności w przygotowaniu ofert”.

W orzecznictwie Izby od dawna wskazuje się, że jednym z warunków uznania samooczyszczenia za skuteczne jest przyznanie się wykonawcy do ziszczenia się wobec niego danej przesłanki wykluczenia. Tak np. w wyroku Izby z dnia 15.05.2018 r. o sygn. akt KIO 1000/18 wydanym na podstawie przepisów poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, ale zachowującym aktualność w obecnym stanie prawnym, wskazano: „Zgodzić się bowiem należy z prezentowanym w tej materii w orzecznictwie stanowiskiem, że zastosowanie tej instytucji jest możliwe jedynie w przypadku braku kwestionowania przez wykonawcę podstaw wykluczenia, z którymi związana jest ta instytucja. Tylko bowiem w wypadku uznania wykonawcy za podlegającego wykluczeniu w oparciu o przesłanki wskazane w treści art. 24 ust. 8 Pzp istnieje

możliwość tzw. samooczyszczenia. Powyższe wynika nie tylko z literalnej treści przepisu art. 24 ust. 8 Pzp, który stanowi, że z tej instytucji może skorzystać tylko wykonawca, który podlega wykluczeniu, ale również z wykładni celowościowej tego przepisu. Brak jest zatem możliwości zastosowania tej instytucji niejako „z ostrożności” przy jednoczesnym kwestionowaniu w drodze środków ochrony prawnej zasadności samego wykluczenia”.

Izba podziela stanowisko wyrażone w ww. wyroku, jednak zwraca uwagę, że w niniejszej sprawie Odwołujący nie zauważa tych fragmentów samooczyszczenia, w których Przystępujący Budimex przyznaje się do popełnionego deliktu stwierdzonego wyrokiem Izby i Sądu Okręgowego, w szczególności w pkt 3.4. - 3.7.:

„3.4. Należy wyraźnie podkreślić, iż z punktu widzenia art. 108 ust. 1 pkt 5) Pzp, wykonawcy powiązani (należący do tej samej grupy kapitałowej) co do zasady nie powinni ze sobą konkurować, tj. składać ofert w tym samym postępowaniu, niezależnie od jego ewentualnego podziału na części. W przeciwnym razie mogą doprowadzić do zakłócenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, manipulując jego wynikiem i utrudniając innym wykonawcom dostęp do danego zamówienia.

3.5. Wyjątkowo, w przypadku udziału w postępowaniu więcej niż jednego podmiotu należącego do tej samej grupy kapitałowej, ich oferty powinny zostać przygotowane w sposób niezależny przez każdą ze spółek, co de facto oznacza konieczność wykazania samodzielności w prowadzeniu swej polityki handlowej i działalności gospodarczej, zwłaszcza w zakresie udziału w przetargach. W przeciwnym bowiem razie materializuje się domniemanie zawarcia porozumienia naruszającego konkurencję. Uwzględniając powyższe należy wskazać, iż w Postępowaniu PSE, co wynika także m.in. orzeczeń Izby i Sądu Okręgowego w Warszawie, nie doszło do przygotowania ofert w sposób niezależny.

3.6. Z uwagi na realizowaną strategię grupy kapitałowej wyznaczaną przez Wykonawcę jako jednostkę dominującą, spółki z GK Budimex ściśle ze sobą kooperują, w tym korzystają ze wspólnych zasobów wymaganych w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz wspólnych zasobów GK Budimex. Z tego względu, spółki te, co do zasady, nie działają niezależnie, a próba wykazania tej niezależności w Postępowaniu PSE była niewłaściwa i podyktowana chęcią obejścia restrykcyjnych zapisów SWZ.

3.7. Wykonawca potwierdza i identyfikuje niewłaściwe zachowanie swoje i swoich jednostek zależnych i konkretnych osób odpowiedzialnych za podjęcie decyzji co do struktury złożenia ofert oraz braku niezależności przygotowania ofert w Postępowaniu PSE”.

Przystępujący Budimex wyraźnie zatem wskazał, że w postępowaniu prowadzonym przez PSE S.A. spółki z grupy kapitałowej Budimex nie złożyły ofert niezależnie od siebie, a próba wykazania tej niezależności była niewłaściwa i podyktowana chęcią obejścia restrykcyjnych zapisów SWZ, uznał także, że doszło w ten sposób do naruszenia konkurencji w świetle art. 108 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a wszystkie te stwierdzenia zostały przez niego dodatkowo podsumowane w pkt 3.7. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że Przystępujący Budimex wadliwie zdiagnozował sytuację, w której się znalazł, gdyż pominął w niej fakt braku samodzielności ww. spółek składających oferty w postępowaniu prowadzonym przez PSE S.A., a w konsekwencji – że wdrożone przez niego środki naprawcze jako oparte na niewłaściwie rozpoznanym problemie, są nieskuteczne.

Izba nie podzieliła też stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym o nieprzyznaniu się Przystępującego Budimex do naruszenia świadczy to, że zaskarżył on wyrok KIO z dnia 18.08.2025 r. (KIO 2678/25, KIO 2686/25 i KIO 2701/25) do Sądu składając jednocześnie samooczyszczenie z 01.09.2025 r., że zlecił wykonanie audytu zewnętrznego dopiero w marcu 2026 r., a więc ponad 7 miesięcy po wyroku KIO i ponad 3 miesiące po wyroku Sądu Okręgowego i że *przed wszczęciem procedury samooczyszczenia wykonawca ten aktywnie kreował nieprawdziwą narrację o niezależności spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej*”. Po pierwsze, zaskarżenie wyroku Izby do Sądu jest uprawnieniem strony lub uczestnika postępowania odwoławczego i nie można z faktu skorzystania z tego uprawnienia czynić zarzutu. Strona lub uczestnik może bowiem, nawet dokonując określonej konstatacji, dążyć jednocześnie do uzyskania korzystnego dla siebie rozstrzygnięcia Sądu w celu poprawienia sytuacji, w jakiej się znalazł. Po drugie, skoro już Przystępujący Budimex zdecydował się na wniesienie skargi do Sądu i skarga ta została oddalona, to naturalne jest, że po otrzymaniu uzasadnienia wyroku Sądu poddał go analizie, wyciągnął wnioski i podjął odpowiednie działania, w tym m.in. zlecił audyt zewnętrzny w celu ustalenia, co konkretnie doprowadziło do złożenia przez trzy spółki z jego grupy kapitałowej ofert w postępowaniu PSE S.A. w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji. Oczywiście można twierdzić, że Przystępujący Budimex powinien był widzieć potrzebę zlecenia takiego audytu od razu po wydaniu ww. wyroku Izby, ale z drugiej strony należy zauważyć, że w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca nie wymaga nawet przeprowadzenia audytu zewnętrznego, a jedynie wskazuje na audyt wewnętrzny, co oznacza, że Przystępujący i tak podjął w tym zakresie działania wykraczające poza wymagania ustawowe. Poza tym należy mieć na uwadze, jak Izba wielokrotnie wskazywała już w swoich wyrokach, że samooczyszczenie jest procesem, który może być rozłożony w czasie (por. wyrok KIO 2446/26 z 29.06.2026 r.). Tym samym wykonawca może dostrzec potrzebę podjęcia określonych działań dopiero na pewnym etapie tego procesu i każdy zamawiający w kolejnych postępowaniach (jak też Izba w razie wniesienia odwołania) dokonuje oceny zastosowanych przez niego środków naprawczych w danym konkretnym

momencie. W niniejszej sprawie Izba oceniła je na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty (29.06.2026 r.) i w tym dniu audyt zewnętrzny nie tylko był już zlecony, ale nawet do samoocyszczenia został dołączony Raport wstępny z tego audytu. Analogicznie, poza oceną Izby pozostawała „nieprawdziwa narracja o niezależności spółek wchodzących w skład grupy kapitałowej kreowana przed wszczęciem procedury samoocyszczenia”, gdyż Izba bada środki naprawcze wdrożone w ramach samoocyszczenia (w dodatku tego konkretnego z 01.04.2026 r., na którym Zamawiający opierał się dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty), nie zaś działania Przystępującego podejmowane wcześniej. Tym samym wskazane w odwołaniu okoliczności dotyczące skargi do Sądu Okręgowego, daty zlecenia audytu i działań podejmowanych przed wszczęciem samoocyszczenia, nie świadczą w ocenie Izby o nieprzyznaniu się Przystępującego Budimex do deliktu stwierdzonego w wyrokach Izby i Sądu, zwłaszcza mając na uwadze cytowany już wyżej fragment samoocyszczenia (pkt 3.4. – 3.7.).

Odnosząc się z kolei do uchwały Zarządu Przystępującego Budimex nr 4/2026 z 01.04.2026 r., w której wprowadzono zakaz udziału więcej niż jednej spółki z grupy kapitałowej Budimex w tym samym postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, Izba nie zgodziła się z Odwołującym, że rozwiązanie to utrwała niedozwolony podział rynku zamówień publicznych pomiędzy podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej, a jedynym rozwiązaniem zgodnym z prawem byłoby zapewnienie, że każda ze spółek z ww. grupy decydując się na udział w tym samym postępowaniu, przygotowuje ofertę w sposób w pełni samodzielny i niezależny, z zachowaniem ścisłej poufności i braku przepływu informacji pomiędzy podmiotami powiązanymi. Przede wszystkim Odwołujący nie wyjaśnił, na czym miałyby polegać podział rynku zamówień publicznych w przypadku składania oferty w danym postępowaniu tylko przez jedną spółkę z grupy kapitałowej Budimex, w szczególności: jaki byłby to podział (geograficzny, branżowy czy jeszcze inny), jaką korzyść gospodarczą Przystępujący Budimex miałby z tego konkretnego podziału osiągnąć i w jaki sposób zaburzyłoby to konkurencję na rynku, a przede wszystkim - z którego fragmentu samoocyszczenia lub załączników do niego Odwołujący wywodzi, że właśnie taki a nie inny podział wskutek przyjęcia uchwały nr 4/2026 będzie miał miejsce.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że przyjęty przez Przystępującego Budimex środek w postaci zakazu złożenia oferty w danym postępowaniu przez więcej niż jedną spółkę z grupy kapitałowej jest rozwiązaniem najdalej idącym i w największym stopniu pozwalającym w przyszłości uniknąć sytuacji, która miała miejsce w postępowaniu prowadzonym przez PSE S.A. W szczególności należy mieć na uwadze, że jak wynika z treści samoocyszczenia, powiązania między spółkami wchodzącymi w skład grupy kapitałowej Budimex są niebagatelne:

„1.5. W spółkach GK Budimex funkcjonują Zintegrowane Systemy Zarządzania (ZSZ). Ramy dla polityk regulujących funkcjonowanie ZSZ w spółkach stanowią Polityki GK Budimex. Część dokumentów ZSZ jest zarządzana centralnie obowiązują one we wszystkich spółkach grupy. Wspólny system pozwala na pogłębienie integracji oraz usystematyzowanie działań wszystkich podmiotów w celu zapewnienia stabilnego rozwoju oraz osiągania coraz wyższego poziomu organizacji.

1.6. Z uwagi na przynależność do jednej grupy kapitałowej oraz realizację wspólnej strategii i celów biznesowych, spółki z GK Budimex, prowadząc działalność operacyjną, korzystają zasadniczo ze wspólnych zasobów, zarówno w zakresie doświadczenia poszczególnych spółek, zasobów kadrowych, finansowych, jak i bazy sprzętowej”.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że możliwość przygotowania ofert w sposób całkowicie samodzielny i niezależny przez spółki należące do grupy kapitałowej Budimex jest co najmniej wątpliwa, gdyż powiązania między nimi są zbyt silne. Dlatego zakaz wprowadzony przez Przystępującego Budimex w uchwale nr 4/2026 jest nie tylko środkiem bardziej radykalnym niż rozwiązanie postulowane w odwołaniu, ale też bardziej adekwatnym do sytuacji, jaka ma miejsce w tej grupie kapitałowej.

Odwołujący podnosi także, że Raport z audytu zewnętrznego przeprowadzonego przez kancelarię Addleshaw Goddard ma charakter wstępny, a ponadto został oparty na dokumentach udostępnionych przez Przystępującego i na rozmowach z pracownikami, które nie miały charakteru przesłuchania. Przede wszystkim należy wskazać, że audytor będący kancelarią prawną nie może przeprowadzić audytu w formie przesłuchań i w oparciu o zatrzymane przez siebie dokumenty, gdyż takie uprawnienia przysługują jedynie odpowiednim organom państwa. Natomiast co do wstępnego charakteru audytu należy ponownie wskazać, że samoocyszczenie jest procesem, który najczęściej wymaga czasu na zdiagnozowanie przyczyn ziszczenia się określonej przesłanki wykluczenia, na ustalenie właściwych środków naprawczych i na ich wdrożenie w życie. Szczególnie w niniejszej sprawie, gdy doszło do poważnego naruszenia w postaci niedozwolonego porozumienia obejmującego trzy spółki nie sposób oczekiwać, że pełne i rzetelne ustalenia oraz wnioski audytora powstaną w krótkim czasie. Pomijając nawet to, że Przystępujący Budimex przedłożył jako dowód „Podsumowanie wyników badania uzupełniającego” z 31.07.2026 r., w którym audytor podtrzymuje ustalenia zawarte w raporcie wstępnym z 01.04.2026 r., dodatkowo należy też zauważyć, że Odwołujący nie kwestionuje treści tegoż Raportu. Mając na uwadze powyższe Izba nie znajduje podstaw do zakwestionowania tego środka naprawczego tylko z tego powodu, że w dniu wyboru najkorzystniejszej oferty miał on charakter wstępny.

Odnosząc się do zarzutów odwołania dotyczących braku naprawienia szkody i braku podjęcia adekwatnych

środków kadrowych przez Przystępującego Budimex, Izba w pierwszej kolejności zwraca uwagę, że Odwołujący nie wykazał powstania żadnej konkretnej szkody, która wymagałaby naprawienia. Ponadto w myśl art. 110 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp wykonawca (w zależności od okoliczności faktycznych) może nie tylko naprawić szkodę, ale też zobowiązać się do jej naprawienia. Tak też Przystępujący Budimex zobowiązał się do naprawienia szkody w przypadku jej stwierdzenia, co na obecnym etapie (braku informacji o jakiegokolwiek szkodzie) wyczerpuje przesłankę ww. przepisu.

Co do środków kadrowych należy zauważyć, że w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. a) i b) ustawy Pzp mowa jest o zerwaniu wszelkich powiązań z osobami oraz o zreorganizowaniu personelu. Przepis nie przewiduje przy tym formy czy podstawy prawnej zerwania tych powiązań, wobec czego nie ma znaczenia, czy inicjatorem zakończenia współpracy będzie wykonawca czy jego pracownik. Gdyby zresztą wymagać, tak jak wskazano w odwołaniu - „aktywnego, a nie biernego, środka zaradczego” w tym zakresie, to w każdej sytuacji, gdy pracownik spodziewa się zwolnienia z pracy i ubiegnie pracodawcę składając samodzielnie wypowiedzenie, trzeba byłoby stwierdzać brak skuteczności samooczyszczenia, co byłoby niezgodne z treścią i celem ww. przepisu. Wobec powyższego fakt, że członek zarządu – Dyrektor Operacyjny sam złożył rezygnację nie przeczy temu, że Przystępujący Budimex zerwał z nim powiązania. Ponadto przeniesienie Dyrektora ds. Ofertowania i Eksperta ds. Ofertowania na inne stanowiska niezwiązane z procedurą ofertowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego stanowi zreorganizowanie personelu (jeden ze środków dopuszczonych w ww. przepisie), jak i zerwanie z nimi powiązań w tym zakresie, który okazał się problematyczny w postępowaniu prowadzonym przez PSE S.A. Wreszcie niezasadne jest twierdzenie Odwołującego, że żadne sankcje dyscyplinarne nie dotknęły osób z Pionu Produkcji i Biura Handlowego, gdyż właśnie Dyrektor Operacyjny (pełna nazwa: Dyrektor Operacyjny ds. Budownictwa Kolejowego, Energetycznego i Przemysłowego w Pionie Produkcji) oraz Dyrektor ds. Ofertowania i Ekspert ds. Ofertowania zatrudnieni byli w Pionie Produkcji i w Biurze Handlowym.

Odnosząc się do zarzutu, zgodnie z którym Przystępujący Budimex powoływał się wcześniej na opinię Radcy Prawnego jako na okoliczność uzasadniającą legalność przyjętego modelu działania i świadczącą o dochowaniu należytej staranności, a obecnie „*prezentuje odmienną wersję zdarzeń, wskazując, że opinia radcy prawnego nie została przekazana osobom decyzyjnym odpowiedzialnym za strategię ofertową*”, co ma świadczyć o braku ich świadomości w zakresie naruszenia przepisów prawa, Izba kolejny raz przypomina, że bada samooczyszczenie z 01.04.2026 r., na którym opierał się Zamawiający dokonując wyboru oferty Przystępującego Budimex jako najkorzystniejszej. Ocenie Izby nie podlega zatem treść samooczyszczeń składanych w poprzednich postępowaniach. Ponadto sam Odwołujący stwierdza, że jeżeli opinia Radcy Prawnego nie była znana osobom kierującym procesem ofertowania, to nie miała wpływu na proces decyzyjny, natomiast jeżeli była im znana, to „*naruszenie miało charakter świadomy, co drastycznie podnosi próg wymagań wobec samooczyszczenia*”. Odwołujący nie precyzuje tego progu wymagań, niemniej jednak Izba wskazuje ponownie, że Dyrektor ds. Ofertowania i Ekspert ds. Ofertowania zostali przeniesieni na inne stanowiska niezwiązane z procedurą ofertowania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, co świadczy o tym, że bez względu na znajomość opinii Radcy Prawnego, zostały wobec nich wyciągnięte konsekwencje służbowe.

Odwołujący podniósł także, że Przystępujący Budimex nie przedstawił dowodów *faktycznego przeprowadzenia zmian strukturalnych (nowego schematu organizacyjnego, uchwał o reorganizacji, regulaminu organizacyjnego w nowym brzmieniu). System sprawozdawczości i kontroli nie został poddany jakiegokolwiek weryfikacji. Budimex nie przeprowadził jakiegokolwiek audytu potwierdzającego skuteczność nowych mechanizmów, a jedyny przeprowadzony audyt (zewnątrzny) ma – jak wskazano powyżej – charakter wstępny i niekompletny*. Należy zatem wskazać, że do samooczyszczenia z 01.04.2026 r. zostały dołączone:

- uchwała nr 5/2026 z 01.04.2026 r., którą dokonano zmian w Regulaminie Organizacyjnym i Schemacie Organizacyjnym Budimex S.A.,
- wyciąg ze zaktualizowanego Regulaminu Organizacyjnego obejmujący opis kompetencji Dyrektora Biura Handlowego oraz opis kompetencji Zespołu Procesowego i Zamówieniowego,
- stary Schemat ideowy struktur Zespołu Procesowego i Zamówieniowego oraz nowy Schemat ideowy funkcjonowania struktur handlowych w Budimex S.A. i nowy Schemat ideowy struktur Zespołu Procesowego i Zamówieniowego.

Ponadto kolejny raz należy wskazać, że proces samooczyszczenia może być rozłożony w czasie i trudno oczekiwać, że np. skutek wprowadzonych zmian organizacyjnych w każdym aspekcie działalności wykonawcy będzie widoczny od razu. Skoro opisane w samooczyszczeniu działania zostały podjęte od 01.04.2026 r., to siłą rzeczy weryfikacja podjętych środków naprawczych nie mogła być przeprowadzona w tym samym terminie czy krótko po nim. Jedynie na marginesie Izba wskazuje, że Przystępujący Budimex przedłożył jako dowód Raport z kontroli wykonania ustalonych środków naprawczych, w tym z wykonania uchwały nr 4/2026. Raport ten jest datowany na 29.05.2026 r., co oznacza, że został przeprowadzony prawie 2 miesiące po podjęciu ww. środków, kiedy można już było wyciągnąć pierwsze wnioski z obowiązywania wprowadzonych zmian. Działania te mają charakter audytu wewnętrznego, wskazanego również jako dopuszczalny środek naprawczy w art. 110 ust. 2 pkt 3 lit. d) ustawy Pzp.

Reasumując, w świetle zarzutów zawartych w odwołaniu Izba uznała przedstawione przez Przystępującego Budimex samoocyszczenie z 01.04.2026 r. za wystarczające do wykazania jego rzetelności. Tym samym Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 111 pkt 4 w zw. z art. 110 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1-3 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 zostało oddalone.

Zarzut dotyczący wadium wniesionego przez Przystępującego Unibep.

Zgodnie z art. 97 ust. 7 ustawy Pzp wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach: 1) pieniądzu; 2) gwarancjach bankowych; 3) gwarancjach ubezpieczeniowych; 4) poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz.U. z 2020 r. poz. 299).

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3.

W niniejszej sprawie nie jest sporne, że gwarancja wadialna złożona przez Przystępującego Unibep spełniała wymagania określone w SWZ, w szczególności była bezwarunkowa, nieodwołalna i płatna na pierwsze żądanie Zamawiającego. Spór dotyczy natomiast tego, czy wniesienie wadium było prawidłowe, w sytuacji gdy z pełnomocnictwa dołączonego do ww. gwarancji wynika, że wystawiająca ją p. M.W.. była umocowana (pkt 1 pełnomocnictwa) do wydawania gwarancji zapłaty wadium do wysokości 1.000.000 zł, podczas gdy wadium w tym postępowaniu wynosiło 4.000.000 zł.

Izba zwraca jednak uwagę, że w ww. pełnomocnictwie zawarto także pkt 2 przewidujący umocowanie do „udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach zawartych przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group umów generalnych, do wysokości limitów określonych w tych umowach”. Faktem jest, że Przystępujący Unibep nie dołączył do gwarancji umowy generalnej łączącej go z InterRisk TU S.A., niemniej jednak złożył aneks do tej umowy w postępowaniu odwoławczym przed Izbą. Z ww. aneksu wynika, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 2 lit. a) umowy generalnej „kwota pojedynczej gwarancji zapłaty wadium nie może przekroczyć 10 000 000,00 zł”. Oznacza to, że p. M.W.. wystawiająca gwarancję wadialną dla Przystępującego Unibep, na podstawie pkt 2 pełnomocnictwa była umocowana do wydania gwarancji na kwotę 4.000.000 zł, ponieważ w umowie generalnej przewidziany został limit do 10.000.000 zł. Niezależnie od tego należy zauważyć, że również Zamawiający wystąpił do gwaranta z wnioskiem o potwierdzenie umocowania dla p. Mileny W. i potwierdzenie takie uzyskał.

W związku z tym należy wyjaśnić, że w orzecznictwie Izby konsekwentnie wskazuje się na brak możliwości uzupełnienia wadium wnoszonego czy to w formie pieniężnej czy w formie gwarancji/poręczenia (por. wyrok KIO 2914/20 z 24.11.2020 r.), jednak zakaz ten dotyczy treści samej gwarancji. W niniejszej sprawie natomiast zarzuty odwołania nie odnoszą się do treści gwarancji ubezpieczeniowej przedłożonej przez Przystępującego Unibep, ale do odrębnego dokumentu, jakim było pełnomocnictwo dla osoby wystawiającej gwarancję, którego zresztą wykonawca nie musiał nawet składać wraz z gwarancją. Tym samym nie można oceniać treści ww. gwarancji w oderwaniu od stanowiska InterRisk TU S.A. potwierdzającego podpisanie i udzielenie gwarancji przez właściwie umocowanego pełnomocnika, jak też w oderwaniu od złożonego przez Przystępującego Unibep aneksu do umowy generalnej, z którego wynika, że limit zapłaty wadium wynosił 10.000.000 zł, zatem p. M.W.. będąc umocowaną do udzielania gwarancji w ramach umów generalnych mogła wystawić gwarancję na kwotę 4.000.000 zł.

Analogiczna sytuacja była już rozpatrywana przez Izbę w powoływanym przez Zamawiającego i Przystępującego Unibep wyroku z dnia 09.01.2025 r. o sygn. akt KIO 4718/24, w którym stwierdzono: *„Zamawiający – jak wskazano w treści pisma z dnia 3.12.2024r. - brak skutecznego wniesienia wadium wiąże z treścią pełnomocnictwa nr BZA/05/12/11/2020 z dnia 12.11. 2020 r. Po pierwsze takie pełnomocnictwo nie było w SWZ wymagane. Nie jest także wymagane przepisami ustawy Pzp. Po drugie to pełnomocnictwo -jak wskazał Odwołujący powołując się na stanowisko InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group (Gwarant) w piśmie z dnia 4.12.2024 r. załączonym do odwołania - skierowanym do Zamawiającego i Odwołującego - obejmuje dwa punkty. Punkt 1) dotyczy „zawierania umów o udzielanie gwarancji ubezpieczeniowych oraz do wydawania gwarancji ubezpieczeniowych w wykonaniu tych umów (...). Z kolei punkt 2) dotyczy „udzielania gwarancji ubezpieczeniowych w ramach zawartych przez InterRisk TU S.A. Vienna Insurance Group umów generalnych, do wysokości limitów określonych w tych umowach”. Gwarant potwierdzając uprawnienie pełnomocnika do wystawienia tej Gwarancji w punkcie 3.1) wskazanego pisma podał, że w tej sprawie ma zastosowanie pkt 2) pełnomocnictwa nr BZA/05/12/11/2020 z dnia 12.11. 2020 r. Po trzecie, co jest kluczowe w sprawie i na co zwracał uwagę Odwołujący wskazując m.in. na stanowisko Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 7.01.1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96) oraz Sądu Okręgowego w Warszawie w orzeczeniu z dnia 24 maja 2021 r. (sygn. akt XXIII Zs 31/ 21), że byt gwarancji, w tym przypadku ubezpieczeniowej, jest niezależny od stosunku podstawowego, jaki łączy beneficjenta z osobą, za którą gwarant gwarantuje. Jego zakres wyznaczony jest treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma*

podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. Zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego co związane jest z tym, że gwarant nie może odwoływać się do stosunku podstawowego łączącego zleceniodawcę z beneficjentem, będącego przyczyną udzielania gwarancji. Beneficjentowi, w tym przypadku Zamawiającemu, nie przysługuje prawo badania zaangażowania Zobowiązanego we wniesione zabezpieczenia bez względu na formę: gotówka, gwarancja bankowa, gwarancja ubezpieczeniowa, poręczenie. Stanowisko Uczestnika po stronie Zamawiającego – Konsorcjum LARIX” i przedkładane przez niego dowody zasadniczo sprowadzały się do twierdzeń w przedmiocie przekroczenia limitu odpowiedzialności gwaranta, co nawet gdyby miało dojść do takiego przekroczenia nie może, w ocenie KIO, podważać ważności wadium, które zostało potwierdzone przez gwaranta jako skuteczne w odrębnym piśmie z dnia 4.12.2024 r. złożonym w odpowiedzi na zarzuty stanowiące przyczynę odrzucenia oferty Konsorcjum „Solarnia”. KIO podkreśla, że to pismo nie stanowi w żadnej mierze uzupełnienia wadium po wniesieniu oferty, która od początku była prawidłowo zabezpieczona wadium. Mając ponadto na uwadze dowody należy uznać rację Odwołującego, że określone limity udzielanych na podstawie pełnomocnictwa gwarancji były wyższe, a na podstawie treści gwarancji wskazywanych przez Uczestnika odnoszących się do innych przetargów nie można mieć wątpliwości co do skuteczności złożonego przez gwaranta oświadczenia o zobowiązaniu do zapłaty sumy wadium”.

Reasumując, treść gwarancji ubezpieczeniowej złożonej przez Przystępującego Unibep nie była kwestionowana, natomiast kwestia zakresu umocowania osoby wystawiającej ww. gwarancję wynikająca z odrębnego dokumentu pełnomocnictwa została wyjaśniona zarówno przez potwierdzenie tego umocowania przez gwaranta, jak i przez przedstawienie aneksu do umowy generalnej, która była wymieniona w ww. pełnomocnictwie jako jedna z podstaw umocowania do wydawania gwarancji. Tym samym wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej od początku było wniesione w sposób prawidłowy i Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego Unibep na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp. Dlatego odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 również zostało oddalone.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska i dowody Stron i Przystępujących przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca

.....

.....