

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 9 maja 2024 r.

**Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w składzie:**

**Przewodniczący: SSO Andrzej Kubica**

**Sędziowie: SO Anna Janas**

**SO Arkadiusz Kucharski**

**Protokolant: Wiktoria Michałowska**

**po rozpoznaniu w dniu 16 kwietnia 2024 r. w Warszawie**

**na rozprawie**

**w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego**

**z udziałem:**

**- zamawiającego Zarządu (...)spółki akcyjnej w G.**

**-skarżącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) Spółka Akcyjna w S. (T.), (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W.,**

**„(...)” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w A. ((...) K.) reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oddział w Polsce z siedzibą w W.**

**-przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G.**

**-uczestnika (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P.**

**na skutek skargi na pkt 1 lit.A wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.**

**z dnia 15 grudnia 2023 r. sygn. akt (...)**

**zmienia zaskarżony wyrok i oddala odwołanie,**

zasądza od przeciwnika skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. na rzecz skarżącego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) Spółka Akcyjna w S. (T.), (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., „(...)” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w A. ((...)K. reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oddział w Polsce z siedzibą w W. kwotę 63 600zł ( sześćdziesiąt trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów postępowania skargowego , wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się niniejszego orzeczenia do dnia zapłaty, tytułem kosztów postępowania skargowego.

Arkadiusz Kucharski Andrzej Kubica Anna Janas

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Zarząd (...)spółka akcyjna w G. prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, dalej: ustawa PZP) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Przebudowa infrastruktury portowej w rejonie Nabrzeża W. w Porcie G.” o numerze referencyjnym (...). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 września 2022 roku pod pozycją (...)

W dniu 17 listopada 2023 roku Zamawiający Zarząd (...)S.A. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) spółki akcyjnej z siedzibą w S. (T.), (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., „(...)” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w A. ((...)K.) reprezentowanej przez oddział w Polsce t.j. „(...)” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oddział w Polsce z siedzibą w W.. Jak wynika z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający uznał, że zgodnie z art. 239 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP oferta Wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Oferta Wykonawcy nie podlegała odrzuceniu, Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Wykonawca (...)spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. w dniu 27 listopada 2023 roku wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na powyżej wskazaną czynność Zamawiającego. Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, ponieważ Konsorcjum wniosło wadium 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, co w konsekwencji należy uznać za sytuację równoznaczną z brakiem wniesienia przez Konsorcjum wadium (zarzut numer 1);

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przez przeniesienie kosztów wykonania robót istotnych do kosztów wykonania robót rozbiórkowych branży konstrukcyjno-budowlanej, co stanowi działanie sprzeczne z dobrymi obyczajami, które zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy (innych wykonawców) i klienta (zamawiającego) (zarzut numer 2);

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) w sytuacji, w której Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót hydrotechnicznych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan W. S. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej (1 inwestycji – umowy) polegającej na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót nie mniejszej niż 40.000.000 PLN brutto zawierającej w swoim zakresie pogrążanie ścianki szczelnej kombinowanej (zarzut numer 3);

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, przez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i odrzucenia jego oferty w postępowaniu w sytuacji, w której Konsorcjum (...) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczącej spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. c Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót hydrotechnicznych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan W. S. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej (1 inwestycji – umowy) polegającej na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót nie mniejszej niż 40.000.000 PLN brutto zawierającej w swoim zakresie pogrążanie ścianki szczelnej kombinowanej (zarzut numer 4);

5. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, przez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i odrzucenia jego oferty w postępowaniu w sytuacji, w której Konsorcjum (...) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, dotyczące rzekomego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. c) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót hydrotechnicznych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan W. S. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak doświadczenia zawodowego w pełnieniu funkcji kierownika budowy lub kierownika robót, w tym przy realizacji co najmniej 1 roboty budowlanej (1 inwestycji – umowy) polegającej na budowie lub przebudowie morskiej budowli hydrotechnicznej o wartości robót nie mniejszej niż 40.000.000 PLN brutto zawierającej w swoim zakresie pogrążanie ścianki szczelnej kombinowanej (zarzut numer 5);

6. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) w sytuacji, w której Konsorcjum nie spełniło warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. h) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót kolejowych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan I. C. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak wymaganego doświadczenia (zarzut numer 6);

7. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, przez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i odrzucenia jego oferty w postępowaniu w sytuacji, w której Konsorcjum (...) w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadziło Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji dotyczącej spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. h) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót kolejowych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan I. C. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak wymaganego doświadczenia (zarzut numer 7);

8. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, przez zaniechanie czynności wykluczenia Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i odrzucenia jego oferty w postępowaniu w sytuacji, w której Konsorcjum (...) w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawiło informacje wprowadzające w błąd, dotyczące rzekomego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, określonego w pkt 14.2.5. lit. h) Specyfikacji Warunków Zamówienia, w zakresie Kierownika robót kolejowych, ponieważ wskazany do pełnienia tej funkcji Pan I. C. nie spełnia przedmiotowego warunku z uwagi na brak wymaganego doświadczenia (zarzut numer 8);

a w konsekwencji:

9. naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP i w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP, a także w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP i art. 16 pkt 1 ustawy PZP, przez wybór oferty Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) i zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy z uwagi na zarzuty wskazane powyżej (zarzut numer 9).

W rezultacie zaprezentowanych zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) zobowiązanie Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem konsekwencji stawianych Zamawiającemu zarzutów;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym kosztami zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Przedmiotowe odwołanie (...) sp. z o.o. zostało zarejestrowane przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt (...).

W dniu 11 grudnia 2023 roku Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym oświadczył, że cofa zarzuty o numerach 2, 6, 7 i 8.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w dniu 30 listopada 2023 roku zgłosił swój udział Wykonawca (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść Odwołującego.

W dniu 4 grudnia 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili się Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. z siedzibą w S. (T.); 2) (...) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., 3) „(...)” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...)K., w A., reprezentowana przez swój oddział w Polsce, tj.: „(...)” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oddział w Polsce z siedzibą w W., wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazali, że w toku postępowania zostało złożone sześć ofert, przy czym to oferta złożona przez Przystępujących uzyskała najwyższą liczbę punktów w ramach przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert i została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza.

W dniu 6 grudnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że nie uwzględnia żadnego z zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

***Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku wydanym w dniu 15 grudnia 2023 roku w sprawach połączonych zarejestrowanych pod sygn. akt (...) oraz sygn. akt (...) po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2023 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2023 roku przez:***

***A. Wykonawcę (...) spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. (sygn. akt (...)),***

***B. Wykonawcę (...)spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w P. (sygn. akt (...)),***

***w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Zarząd (...)spółkę akcyjną z siedzibą w G.,***

***przy udziale Wykonawcy (...)sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt (...) po stronie Odwołującego;***

**przy udziale Wykonawcy (...)sp. z o.o. zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt (...) po stronie Zamawiającego;**

**przy udziale Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum w składzie: 1) (...) spółki akcyjnej z siedzibą w T. I., 2) (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W., 3) „(...)” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w (...) K. A., reprezentowanej przez oddział w Polsce, tj.: „(...)” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oddział w Polsce z siedzibą w W., zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt (...) i w sprawie o sygn. akt (...) po stronie Zamawiającego**

**w punkcie pierwszym litera A uwzględniła odwołanie w sprawie o sygn. akt (...) w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w związku z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na to, że Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy zabezpieczającego interesy zamawiającego,**

**w punkcie pierwszym litera B w pozostałym zakresie oddaliła odwołanie o sygn. akt (...);**

**w punkcie pierwszym litera C oddaliła odwołanie o sygn. akt (...) w całości.**

**Izba w punkcie drugim kosztami postępowania obciążyła Zarząd (...) S.A. i (...)sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o., w następujący sposób: zaliczyła na poczet postępowania kwotę 40 000,00 zł uiszczoną przez (...) sp. z o.o. i (...)sp. z o.o. tytułem wpisów od odwołań, (ppkt 2.1.); zasądziła od Zarządu (...)S.A. na rzecz**

**(...) sp. z o.o. kwotę 9 440,00 zł tytułem zwrotu części kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika (ppkt 2.2.).**

Krajowa Izba Odwoławcza w ramach ustaleń stanu faktycznego przywołała istotne z punktu widzenia okoliczności przedmiotowej sprawy postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia zawarte w ustępie 9:

„9. Wymagania dotyczące wadium

9.1. Przystępując do niniejszego postępowania każdy Wykonawca zobowiązany jest wnieść wadium w wysokości: 7 000 000 PLN (słownie: siedem milionów złotych);

9.2. Wadium może być wnoszone według wyboru wykonawcy w jednej lub kilku następujących formach:

9.2.1., pieniądzu;

9.2.2. , gwarancjach bankowych;

9.2.3. , gwarancjach ubezpieczeniowych;

9.2.4., 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 2019 r. poz. 310, ze zm.).

9.3. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 Ustawy.

9.4. Skuteczne wniesienie wadium w pieniądzu następuje z chwilą wpływu środków pieniężnych na rachunek bankowy, o którym mowa w pkt 9.5. poniżej, przed upływem terminu składania Ofert. Zaleca się, aby Wykonawca złożył wraz z Ofertą dowód wniesienia wadium w formie pieniężnej (kopię potwierdzenia przelewu).

9.5. Wadium w pieniądzu należy wnieść na konto Zamawiającego:

Nr konta bankowego: (...) Bank S.A. (...).

W tytule przelewu należy wpisać: WADIUM w postępowaniu nr (...).

9.6. W przypadku, gdy Wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) 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.

9.7. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w pkt 9.2.2-9.2.4, Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia, w postaci elektronicznej.

9.8. Zamawiający zwraca wadium niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia wystąpienia jednej z okoliczności:

9.8.1. upływu terminu związania ofertą;

9.8.2. zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego;

9.8.3. unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, z wyjątkiem sytuacji gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

9.9. Zamawiający, niezwłocznie, nie później jednak niż w terminie 7 dni od dnia złożenia wniosku zwraca wadium Wykonawcy:

9.9.1. który wycofał ofertę przed upływem terminu składania ofert;

9.9.2. którego oferta została odrzucona;

9.9.3. po wyborze najkorzystniejszej oferty, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza;

9.9.4. po unieważnieniu postępowania, w przypadku gdy nie zostało rozstrzygnięte odwołanie na czynność unieważnienia albo nie upłynął termin do jego wniesienia.

9.10. Złożenie wniosku o zwrot wadium, o którym mowa w pkt 9.9., powoduje rozwiązanie stosunku prawnego z Wykonawcą wraz z utratą przez niego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa w Dziale IX Ustawy.

9.11. Zamawiający zwraca wadium wniesione w pieniądzu wraz z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszty prowadzenia rachunku bankowego oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wskazany przez wykonawcę.

9.12. Zamawiający zwraca wadium wniesione w innej formie niż w pieniądzu poprzez złożenie gwarantowi lub poręczycielowi oświadczenia o zwolnieniu wadium.

9.13. Niewniesienie wadium w wymaganym terminie, wniesienie go w sposób nieprawidłowy lub nieutrzymanie wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożenie wniosku o zwrot wadium, w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3 Ustawy, spowoduje odrzucenie Oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 Ustawy.

9.14. W przypadku składania Oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie Zamówienia, wadium może być wniesione przez dowolny podmiot (podmioty). Z dokumentu wadium lub innego dokumentu załączonego do Oferty powinno wynikać, w imieniu jakich Wykonawców wadium jest wnoszone. Zamawiający zwróci wadium poszczególnym podmiotom (wchodzącym w skład Wykonawcy) stosunkowo do stopnia, w którym to wadium zostało przez te poszczególne podmioty wniesione, chyba że podmioty wchodzące w skład Wykonawcy zgodnie postanowią inaczej i pisemnie poinformują o tym Zamawiającego.”

Dalej Izba zrelacjonowała, że Zamawiający przewidział ubruttowioną wartość zamówienia w kwocie 448 898 424, 23zł.

Jak ustaliła Krajowa Izba Odwoławcza, w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego złożono następujące oferty:

1. (...) sp. z o.o. – 356 498 547,62 zł brutto;

2. (...) sp. z o.o. – 351 378 712,58 zł brutto;

3. Konsorcjum:

- G. D.§ (...) S. A. S. (T.) - Lider Konsorcjum;

- (...) sp. z o.o. - (...) Konsorcjum

- „(...)” sp. z o.o. A. (K.), działający przez swój oddział w Polsce - Partner Konsorcjum

- 340 012 012,00 zł brutto;

4. (...) S.A. – 364 593 014,71 zł brutto;

5. (...) S.A. – 416 332 055,99 zł brutto;

6. Konsorcjum:

- (...) S.A. - Lider Konsorcjum;

- (...) S.A. - Partner Konsorcjum ul

- 351 999 730,18 zł brutto.

Kolejno Krajowa Izba Odwoławcza przytoczyła treść gwarancji wadium Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., „ SP (...) sp. z o.o. z siedzibą w A. ((...K.) reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w W. w tłumaczeniu na język polski:

(...) LTD

Biuro w Z.

L.(...)

L. (...) (Z.)

(...) (...)

(...) Ltd

Rejestr Firm Nr (...) - Organ Nadzoru Finansowego Nr (...)

KOD LEI: (...)

Zarejestrowane Biuro w (...), (...) L. (Z.)

TŁUMACZENIE DOKUMENTU z języka (...):

GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA ZAPŁATY WADIUM

Data: 17.06.2023

Miejsce wydania: L. (Z.)

Do: Zarząd (...) S.A., (...), (...) - (...) G., P. (zwany dalej: BENEFICJENTEM)

Numer gwarancji ubezpieczeniowej: (...) (zwana dalej: „GWARANCJA”)

Do Beneficjenta,

My, (...) z siedzibą w L., (...) L., (...) Rejestr Firm Nr (...), Instytucja Nadzoru Finansowego Nr (...), działający jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Z. (zwani dalej:

„GWARANTEM”), reprezentowani przez Prezydenta Pana A. M., zostaliśmy poinformowani, że (...) z zarejestrowaną siedzibą w I. (...) T., (...), Nr: (...), zarejestrowana w Izbie Handlowej w I. pod numerem: (...) (Lider) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (P.) ul. (...), (...) - (...) W. (nr KRS (...)) (Partner) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w A. (K.) ul. (...), kod (...) A. (Nr (...)) działająca przez swój oddział w Polsce z siedzibą w W. ul. (...), (...) - (...) W. (Nr KRS (...)) (Partner) (zwanymi dalej łącznie „OFERENTEM”) zamierzają wspólnie złożyć Państwu ofertę (zwaną dalej: „OFERTA”) na wykonanie zamówienia publicznego pod nazwą: „Przebudowa infrastruktury portowej w rejonie Nabrzeża W. w Porcie G.” („PRZETARG”) w ramach zaproszenia do składania ofert w postępowaniu Nr (...).

Ponadto rozumiemy, że zgodnie z Państwa warunkami, oferty muszą być poparte gwarancją wadialną.

W związku z powyższym

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.

2. Płatność zostanie dokonana w terminie 14 dni od otrzymania przez nas Państwa pierwszego żądania na piśmie lub w formie elektronicznej zawierającego oświadczenie, że OFERENT nie dopełnił swoich obowiązków zgodnie z prawem, ponieważ:

I. OFERENT w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 polskiej Ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11.09.2019 r. (Dz. U. 2019 poz. 2019 ze zm.) (zwana dalej „PPL”), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 PPL; oświadczenia, o którym mowa



w art. 125 ust. 1 PPL; innych dokumentów lub oświadczeń; lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania OFERTY złożonej przez OFERENTA jako najkorzystniejszej;

II. OFERENT, którego oferta została wybrana:

- a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w OFERCIE,
- b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;

III. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie OFERENTA, którego oferta została wybrana.

3. GWARANCJA wygaśnie, w zależności co nastąpi wcześniej, jeżeli:

- a. Płatności wykonane na podstawie GWARANCJI osiągną wartość określoną w pkt 1 powyżej;
- b. Otrzymamy oświadczenie BENEFICJENTA o zwolnieniu nas z obowiązków wynikających z GWARANCJI;
- c. BENEFICJENT w sposób wyraźny i prawidłowy oświadczy, że wadium OFERENTA jest zwrócone.
- d. Upłynie okres ważności GWARANCJI jak w pkt 4 poniżej.

4. GWARANCJA jest ważna w okresie od 19.06.2023 (włączając ten dzień) do 18.10.2023 (włączając ten dzień) i wygasa automatycznie i w całości jeżeli wezwanie do zapłaty określone w pkt. 5 poniżej nie zostanie wysłane GWARANTOWI w tym okresie.

5. Wezwanie do zapłaty kwoty określonych w punkcie 1 powyżej musi być podpisane przez osoby uprawnione do działania w imieniu BENEFICJENTA i doręczone GWARANTOWI z oświadczeniem opisanym w punkcie 2 powyżej w formie pisemnej na adres: (...), L. (...) (Z.) lub podpisane ważnym elektronicznym podpisem kwalifikowanym przez osoby upoważnione do działania w imieniu BENEFICJENTA oraz wysłane na adres mailowy: (...) wraz z żądaniem potwierdzenia otrzymania wezwania do zapłaty.

6. Cesja praw wynikających z GWARANCJI wymaga uprzedniej pisemnej zgody GWARANTA.

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.

8. Płatność z tytułu GWARANCJI będzie dokonana w walucie polskiej PLN lub innej zaakceptowanej przez BENEFICJENTA.

9. Niniejsza GWARANCJA podlega Międzynarodowym Regułom Gwarancji na Żądanie, Publikacja(...)

(...) LTD.

A. M.

PREZYDENT”

Krajowa Izba Odwoławcza ustalając stan faktyczny sprawy wskazała także na treść tłumaczenia aneksu do wspomnianej gwarancji ubezpieczeniowej:

„PIERWSZY ANEKS DO GWARANCJI UBEZPIECZENIOWEJ ZAPŁATY WADIUM

Gwarancja Ubezpieczeniowa Nr: (...)

Data: 16.10.2023

Miejsce wydania: L.

DO: [tekst w j. polskim:] Zarząd (...)S.A., ul. (...), (...)-(...) G., P. (zwany dalej: BENEFICJENTEM)

Do BENEFICJENTA,

My, (...) LIMITED z siedzibą w L.,(...) L., (...), Rejestr Firm Nr (...), Instytucja Nadzoru Finansowego Nr (...), działający jako Towarzystwo Ubezpieczeniowe zgodnie z prawem Z. (zwani dalej: „GWARANTEM”), reprezentowani przez Prezydenta Pana A. M., zgodnie z informacją otrzymaną od (...)z zarejestrowaną siedzibą w I. (...) T., (...), Nr:(...), zarejestrowana w Izbie Handlowej w I. pod numere: (...) (Lider) oraz (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. (P.) ul. (...), (...)-(...) W. (nr KRS (...)) (Partner) oraz "(...)" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w A. (K.) ul. (...), kod (...) A. (Nr (...)) działająca przez swój oddział w Polsce z siedzibą w W. ul. (...), (...)-(...) W. (Nr KRS (...)) (Partner) (zwanymi dalej łącznie "OFERENTEM") na zlecenie którego dostarczyliśmy Gwarancję Ubezpieczeniową zapłaty wadium Nr (...) z 17.06.2023 r. dotyczącą zamówienia publicznego pod nazwą:

[tekst w j. polskim:] “Przebudowa infrastruktury portowej w rejonie Nabrzeża W. w Porcie G.” [/koniec tekstu w j. polskim] [powtórzenie w j. (...) (dalej zwana “GWARANCJĄ”)

Rozumiemy, że procedura dotycząca zamówienia publicznego dla której wydana została GWARANCJA jest w toku a OFERENT zamierza przedłużyć termin związania ofertą i z tego względu niezbędny jest aneks przedłużający do GWARANCJI,

W związku z powyższym

1. Na zlecenie OFERENTA, my GWARANT, niniejszym przedłużamy okres ważności GWARANCJI do dnia 15.12.2023 r. i konsekwentnie wszystkie nasze zobowiązania w tym zakresie pozostają wiążące do tej daty. W związku z powyższym przedłużeniem, aktualna treść punktu 4 GWARANCJI zostaje zastąpione następującym nowym brzmieniem:

“4. GWARANCJA jest ważna w okresie od 06.06.2023 (włączając ten dzień) do 15.12.2023 (włączając ten dzień) i wygasa automatycznie i w całości jeżeli wezwanie do zapłaty określone w pkt. 5 poniżej nie zostanie wysłane GWARANTOWI w tym okresie.”

2. Pozostałe postanowienia GWARANCJI oraz nasze zobowiązania wynikające z GWARANCJI pozostają w mocy i obowiązujące.

(...) LTD.

A. M.

Prezydent”

Przystępujący Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., „(...)” sp. z o.o. z siedzibą w A. ((...) K.) reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w W. przedstawili w ramach postępowania odwoławczego oświadczenie (...) LIMITED Biuro w Z. L. z dnia 6 grudnia 2023 roku, z którego wynika, że gwarancja ubezpieczeniowa numer (...) z dnia 17 czerwca 2023 roku jest w pełni skuteczna na terenie Rzeczypospolitej Polskiej i gwarantuje Beneficjentowi bezwarunkowe uzyskanie płatności w przypadku wystąpienia okoliczności opisanych w pkt II tej gwarancji. Gwarancja ta została wystawiona w ramach działalności wykonywanej przez Gwaranta pod nadzorem organów nadzoru finansowego. Dla gwarancji dokonano wyboru prawa polskiego i podlega ona jurysdykcji polskich sądów.

Przechodząc do analizy merytorycznej sprawy Krajowa Izba Odwoławcza za częściowo zasadny uznała zarzut numer 1 tj. zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, ponieważ Konsorcjum wniosło wadium 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, co w konsekwencji należy uznać za sytuację równoznaczną z brakiem wniesienia przez Konsorcjum wadium.

Izba wzięła pod uwagę, że zgodnie z pkt. 9.6 Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający określił, że w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołanie i bezwarunkowo na pierwsze żądanie zamawiającego stwierdzające, że występuje jedna lub więcej okoliczności wskazanych w art. 98 ust 6 ustawy PZP – bez konieczności potwierdzania tych okoliczności.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej z tych postanowień wynika, że Zamawiający oczekiwał złożenia mu gwarancji bezpośredniej, abstrakcyjnej i samoistnej. Zamawiający jako beneficjent oczekiwał, że nie będą wobec niego podnoszone zarzuty ze stosunku podstawowego, w tym przypadku żądania gwarancji.

Izba oceniając postawione zarzuty dostrzegła, że koncentrują się one na dwóch płaszczyznach. Pierwsza, to zarzut bezwarunkowości gwarancji, który odwołujący opiera na tym, że Zamawiający wysyłając wezwanie do zapłaty z gwarancji musi żądać potwierdzenia otrzymania tej gwarancji przez gwaranta. Drugi, to, że gwarancja została wystawiona przez podmiot nieuprawniony, wprawdzie w odwołaniu brak uprawnienia podmiotu jest wywodzony z braku wpisu oddziału głównego w Urzędzie Komisji Nadzoru Bankowego, ale w ocenie Izby w rzeczywistości Odwołujący podważa możliwość wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej przez podmiot nie posiadający odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego.

W zakresie pierwszego elementu zarzutu Izba stanęła na stanowisku, że wymóg żądania potwierdzenia otrzymania przez gwaranta żądania zapłaty, nie stanowi o warunkowości gwarancji. Przede wszystkim w treści gwarancji nie został określony skutek braku takiego potwierdzenia zgłoszenia żądania. W opinii Izby, słusznie Konsorcjum(...)kwalifikowało ten wymóg jako wymóg techniczny, służący bardziej Zamawiającemu, aby mógł uzyskać pewność, że jego żądanie dotarło do gwaranta. Takie żądanie daje możliwość ustalenia, czy i kiedy gwarant żądanie otrzymał, ale także pozwala na ustalenie, czy gwarant pozostaje w zwłoce w stosunku do beneficjenta w przypadku braku wypłaty. Z tych względów w tej części zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza natomiast uznała, że zgromadzony materiał dowodowy wskazuje, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że gwarant nie prowadzi swojej działalności jako działalności zarejestrowanej. Wprawdzie gwarant posiada w Z. oddział zarejestrowany w F. (F. pod numerem (...)) jednak, w ocenie Izby, z przedłożonego wydruku z tego rejestru wynika, że jest on tam zarejestrowany, gdyż jest objęty nadzorem mającym przeciwdziałać praniu brudnych pieniędzy. Natomiast Izba doszła do przekonania, że z rejestru tego nie wynika, że jest to podmiot zarejestrowany w celu prowadzenia działalności ubezpieczeniowej zgodnie z prawem Z.. Jak wywodziła dalej Izba, gwarant ma swoją podstawową działalność na wyspie N., a więc w przypadku niezarejestrowania oddziału jako głównego w zakresie działalności ubezpieczeniowej w F. we właściwym rejestrze usług ubezpieczeniowych na potrzeby prowadzenia działalności ubezpieczeniowej (a nie z uwagi na nadzór sprawowany w innym zakresie) jest wątpliwym, aby mógł składać skuteczne oświadczenia, że gwarancja jest wystawiona zgodnie z prawem Z.. Przystępujący nie podjął polemiki z faktem, że w treści gwarancji gwarant takie właśnie zapewnienie złożył. Wątpliwości Izby budził fakt, że z informacji z rejestru F. wynika, że ani ombudsman Z., ani sam (...) urząd nadzoru finansowego nie przyjmują odpowiedzialności za gwaranta, w przypadku niezrealizowania jego zobowiązań wobec klientów. Zgodnie z wnioskami Izby w przypadku niezrealizowania żądania wypłaty sumy gwarancyjnej Zamawiający nie będzie mógł złożyć w tym zakresie skutecznej skargi na działalność gwaranta. (...) sp. z o.o. podnosili, że w rzeczywistości gwarant nie prowadzi

działalności ubezpieczeniowej na terenie Z., a jedynie jest brokerem ubezpieczeniowym, bo wynika to z ujawnionego w rejestrze charakteru prowadzonej działalności jako doradztwa w zakresie ubezpieczeń.

W tym miejscu Izba przywołała art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy o dystrybucji ubezpieczeń z dnia 15 grudnia 2017 roku, zgodnie z którym broker ubezpieczeniowy oznacza osobę fizyczną albo osobę prawną, posiadającą wydane przez organ nadzoru zezwolenie na wykonywanie działalności brokerskiej w zakresie ubezpieczeń, wpisaną do rejestru brokerów.

W myśl art. 4 ust. 1 tej ustawy dystrybucja ubezpieczeń oznacza działalność wykonywaną wyłącznie przez dystrybutora ubezpieczeń polegającą na:

- 1) doradzaniu, proponowaniu lub wykonywaniu innych czynności przygotowawczych zmierzających do zawarcia umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych;
- 2) zawieraniu umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych w imieniu zakładu ubezpieczeń, w imieniu lub na rzecz klienta albo bezpośrednio przez zakład ubezpieczeń;
- 3) udzielaniu pomocy przez pośrednika ubezpieczeniowego w administrowaniu umowami ubezpieczenia lub umowami gwarancji ubezpieczeniowych i ich wykonywaniu, także w sprawach o odszkodowanie lub świadczenie.

Dystrybucja ubezpieczeń polega również na udzielaniu informacji dotyczących jednej lub większej liczby umów ubezpieczenia lub umów gwarancji ubezpieczeniowych na podstawie kryteriów wybranych przez klienta za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów oraz opracowywaniu rankingu produktów ubezpieczeniowych obejmującego porównanie cen i produktów lub składek z tytułu umowy ubezpieczenia lub umowy gwarancji ubezpieczeniowej, w przypadku gdy klient jest w stanie pośrednio lub bezpośrednio zawrzeć umowę ubezpieczenia lub umowę gwarancji ubezpieczeniowej za pośrednictwem stron internetowych lub innych mediów (ust. 2). Broker ubezpieczeniowy, w ramach prowadzonej działalności brokerskiej, wykonuje czynności w zakresie dystrybucji ubezpieczeń w imieniu lub na rzecz klienta, zwane dalej „czynnościami brokerskimi w zakresie ubezpieczeń” (ust. 3).

Z powyższego Izba wydedukowała, że jeśli (...) LTD jest jedynie brokerem, to zawiera on umowę nie jako zakład ubezpieczeń, ale z zakładem ubezpieczeń w imieniu klienta, natomiast z gwarancji nie wynika, jaki zakład ubezpieczeń jest w rzeczywistości gwarantem tej umowy. Jeśli tym zakładem byłaby spółka macierzysta (...) LTD zarejestrowana na wyspie N., to nie wynika to z treści gwarancji. Tym bardziej zatem budziło wątpliwości Izby w jakim charakterze i z jakimi uprawnieniami działał wystawca gwarancji (...) LTD, uznała za przesłankę do twierdzenia, że zamawiający nie uzyskał skutecznego zabezpieczenia złożonej oferty i nie uznała, że gwarancja została złożona w sposób prawidłowy, a z uwagi na to, że jest to dokument, który nie podlega wyjaśnieniu w trybie art. 223 ust. 1 ustawy PZP ani w trybie art. 128 ust. 4 ustawy PZP, a także uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, tym samym nieprawidłowości wystawionej gwarancji nie mogą być konwalidowane. Z tego względu Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta Konsorcjum (...) nie została zabezpieczona wadium. Izba stanęła na stanowisku, że w tym przypadku miała do czynienia z taką kategorią dokumentów, której treść nie może budzić wątpliwości, a wszelkie niejasności nie mogą być rozpatrywane na korzyść wykonawcy. Jak podkreśliła Izba celem złożenia dokumentu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jest zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w przypadku niewywiązania się wykonawcy z określonych w ustawie obowiązków.

Izba wskazała, że przedstawiono jej dwie sprzeczne opinie prawne. O ile sam charakter tych dowodów nie budzi wątpliwości, to z treści tych dokumentów wnioskować można, że sporne jest jaki reżim prawny zastosować do czynności wystawienia tego dokumentu i reguły jakiego prawa ostatecznie będą rządziły w przypadku powstania sporu związanego z tym dokumentem.

Z opinii prof. N. wynikało, że złożona zamawiającemu gwarancja nie zabezpiecza jego interesów. Odwołujący generalnie nie neguje możliwości zawarcia umowy ubezpieczenia na terytorium państwa trzeciego i uważa, że samo zawarcie umowy nie stanowi wykonywania czynności ubezpieczeniowych na terytorium RP. Jednakże już

szereg innych czynności związanych z zabezpieczeniem roszczeń zamawiającego poczytuje się właśnie za czynności ubezpieczeniowe. To zaś oznacza, że czynności te podlegają ustawie o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracji. Jako przykład takich czynności w opinii wskazuje się na kwestię dochodzenia roszczeń, która jak wskazuje sam odwołujący poddana została prawu polskiemu.

W opozycji do powyższego Przystępujący złożył opinię dr hab. J. P., z której jedna z tez stanowi, że dokonany przez strony wybór prawa właściwego i umowa prorogacyjna nie przesądzają, w jakim państwie jest in casu wykonywana działalność ubezpieczeniowa związana z daną gwarancją. Jednocześnie Przystępujący stanowczo podkreśla, że wystarczającym zabezpieczeniem dla zamawiającego jest poddanie egzekucji roszczeń z przedmiotowej gwarancji pod jurysdykcję sądów polskich.

Zestawienie stanowisk wyrażonych przez przedstawicieli doktryny w ocenie Izby dowodziło zasadności zarzutu. W opinii Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w żaden sposób nie zbadał okoliczności warunkujących skuteczność wystawionej gwarancji, na które zwrócono uwagę, tak w odwołaniu przy sformułowaniu zarzutu, jak też w treści opinii. Także podczas postępowania odwoławczego Zamawiający pozostał całkowicie bierny w postępowaniu dowodowym. Są to natomiast kwestie na tyle istotne, iż w ocenie Izby wpływają na ważność i prawidłowość dokumentów, który przecież stanowić ma podstawę, w przypadku okoliczności istotnych przedmiotowo dla Zamawiającego.

Zgodnie ze stanowiskiem Izby, samo poddanie pod jurysdykcję sądów polskich dochodzenia roszczeń z gwarancji wydaje się być niewystarczające dla zabezpieczenia roszczeń zamawiającego, jeżeli weźmie się pod uwagę, że mamy do czynienia z dokumentem, co do którego istnieje spór jaki reżim prawa zastosować do istoty (charakteru) samego dokumentu i czy na gruncie tego reżimu dokument będzie prawnie wiążący i skuteczny. Izba uznała, że klauzula ujęta w gwarancji nie wskazuje bowiem prawa właściwego do oceny ważności samej umowy. Także co do tych elementów stanowiska odwołującego i przystępującego GAP były rozbieżne, to jest prawo jakiego państwa jest wiążące dla treści samego dokumentu. Izba ponownie podkreśliła, że sama treść gwarancji nie jest w tym zakresie jednoznaczna. Zarzut odwołania został natomiast sformułowany także wobec skuteczności działań podjętych przez samego gwaranta. W ocenie Izby nie doszło do rozstrzygnięcia zarzutu w oparciu o okoliczności przedstawione dopiero na rozprawie. Jak twierdziła Izba, Odwołujący konsekwentnie w odwołaniu podnosił, iż złożony dokument jest wadliwy z uwagi na uregulowania ustawy o prowadzeniu działalności ubezpieczeniowej, dodatkowo na rozprawie argumentując o innych poczynionych przez Odwołującego ustaleniach co do zasad prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot, który wystawił dokument gwarancyjny.

Tym samym w ocenie Izby zaistniała podstawa do odrzucenia oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP. W opinii Izby Zamawiający zaniechał dokonania tej czynności działając niezgodnie z ustawą z tego względu konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym nakazanie odrzucenia oferty Konsorcjum (...) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w związku z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na to, że Wykonawca nie wniósł wadium w sposób prawidłowy zabezpieczającego interesy Zamawiającego tj. wystawionego przez podmiot, co do którego istnieją poważne wątpliwości, co do możliwości podejmowania czynności ubezpieczeniowych, w tym czynności, o której mowa w art. 4 ust. 1 w związku z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej z dnia 11 września 2015 roku jako działalności regulowanej zgodnie z prawem Z., to jest zgodnie z oświadczeniem zawartym w treści gwarancji (...).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy PZP, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 roku (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437)

Zrelacjonowany powyżej wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie punktu pierwszego litera A zaskarżyli Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą

w W., „(...)” sp. z o.o. z siedzibą w A. (R. reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w W., podnosząc zarzuty naruszenia:

1. art. 555 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, co doprowadziło do wydania zaskarżonego wyroku w oparciu o zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu;
2. art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz błędną, sprzeczną z zasadami logiki jego ocenę, jak i poprzez przyjęcie za udowodnione okoliczności niewykazanych przez odwołującego, co doprowadziło do błędnego ustalenia stanu faktycznego, skutkującego uznaniem, że zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania, podczas gdy Odwołujący nie udowodnił wystąpienia okoliczności, które legły u podstaw wydania zaskarżonego wyroku;
3. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, poprzez ich błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie, co doprowadziło do uznania, że Zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył wadium wystawione przez podmiot, co do którego istnieją poważne wątpliwości, co do możliwości podejmowania czynności ubezpieczeniowych, podczas gdy prawidłowa wykładnia wskazanych przepisów jednoznacznie wskazuje, że opisana okoliczność nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

W rezultacie Skarżący wnieśli o

1. zmianę zaskarżonego wyroku w zakresie punktu 1 litera A sentencji i oddalenie w całości odwołania rozpoznanego przez Krajową Izbę Odwoławczą pod sygn. akt (...);
2. udzielenie zabezpieczenia roszczenia Skarżących dochodzonego niniejszą skargą na podstawie art. 730 § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 730<sup>1</sup> i 2 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 ustawy PZP, poprzez wydanie postanowienia o ustanowieniu zakazu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w postępowaniu do czasu prawomocnego zakończenia postępowania skargowego zainicjowanego niniejszą skargą;
3. doręczenie Skarżącym postanowienia o udzieleniu zabezpieczenia, zaopatrzonego w klauzulę wykonalności;
4. uznanie sprawy za przypadek niecierpiący zwłoki w rozumieniu art. 735 § 2 k.p.c.;
5. przeprowadzenie rozprawy;
6. zasądzenie od Przeciwnika Skargi na rzecz Skarżących kosztów postępowania skargowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym wedle norm prawem przepisanych.

Przeciwnik Skargi (...)sp. z o.o. w odpowiedzi na skargę wnosił o:

- 1) oddalenie skargi jako oczywiście bezzasadnej i zasądzenie od Skarżących na rzecz Przeciwnika Skargi kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym według norm przepisanych;
- 2) odrzucenie wniosku o zabezpieczenie, na podstawie art. 373 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 ustawy PZP, z uwagi na jego niedopuszczalność;

ewentualnie, w przypadku braku uwzględnienia wniosku wskazanego w pkt 2 powyżej:

- 3) oddalenie wniosku o zabezpieczenie w całości, na podstawie art. 730<sup>1</sup> § 1 i 2 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 ustawy PZP, z uwagi na jego bezzasadność.

Postanowieniem z dnia 22 lutego 2024 roku Sąd Okręgowy odrzucił wniosek o zabezpieczenie jako niedopuszczalny.

Na rozprawie dnia 16 kwietnia 2024 roku Sąd Okręgowy postanowił pominąć wnioski dowodowe zawarte w piśmie Przeciwnika (...) sp. z o.o. z dnia 19 marca 2024 roku. Przeciwnik Skargi wnioskował o dopuszczenie szeregu dowodów na okoliczność, że:

- (...) Limited nie jest uprawniona do prowadzenia na terenie Z. regulowanej działalności ubezpieczeniowej, polegającej w szczególności na wystawianiu gwarancji ubezpieczeniowych,
- (...) Limited zarejestrowana jest przez F.(F.), tj. finansowy organ regulacyjny w W. jedynie w celu przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy,
- wystawiony dokument, oznaczony przez Skarżących jako „gwarancja ubezpieczeniowa” nie jest gwarancją ubezpieczeniową, a co za tym idzie oferta Skarżących nie została prawidłowo zabezpieczona wadium.

Sąd Okręgowy ocenił wskazywane okoliczności, na które miałyby być przeprowadzone dowody powołanie przez Przeciwnika Skargi w ramach postępowania skargowego jako wykraczające poza zakres zarówno zarzutów skargi, ale co znamienne nawet za zakres zarzutów odwołania. Przypomnieć bowiem w tym miejscu należy, że przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Tym samym Sąd Zamówień Publicznych nie był uprawniony do prowadzenia postępowania w zakresie wykraczającym poza zakres zarzutów skargi i wnioskowane dowody podlegały pominięciu.

Dodatkowo wskazać należy, że Odwołujący mógł wcześniej doprowadzić do wymiany korespondencji z (...) w Z., F.(F.) w Z., (...) Bank(...) w Z. i przedstawić informacje uzyskane od tychże podmiotów, a więc analogiczne dowody już na etapie postępowania odwoławczego. Zgodnie bowiem z art. 381 k.p.c. w zw. z art. 579 ust. 2 ustawy PZP Sąd pomija nowe fakty i dowody, jeżeli strona mogła je powołać w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą, chyba że potrzeba powołania się na nie wynikła później. W niniejszej sprawie wnioskowane przez Przeciwnika Skargi dowody w ocenie Sądu Okręgowego mogły być powołane już na etapie postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą. Przeciwnik Skargi jednocześnie nie wykazał, że nie mógł ich powołać na tamtym etapie oraz, że potrzeba ich powołania powstała dopiero na etapie postępowania skargowego przed Sądem. Dlatego też wnioskowane przez Przeciwnika Skargi (...) sp. z o.o. dowody podlegały pominięciu także jako spóźnione.

#### **Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych zważył, co następuje:**

W ocenie Sądu Okręgowego skarga Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., „(...)” sp. z o.o. z siedzibą w A. (R. reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w W. była zasadna.

Sąd Okręgowy podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Krajową Izbę Odwoławczą w zakresie zrelacjonowania przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz odwzorowania treści dokumentów postępowania, a także treści dowodów złożonych w ramach postępowania odwoławczego. W pozostałym zakresie ustalenia faktyczne jak i rozważania prawne Krajowej Izby Odwoławczej nie zasługiwały na uznanie, o czym szerzej Sąd Zamówień Publicznych wypowie się poniżej w ramach rozważań czynionych względem poszczególnych zarzutów skargi.

Wszystkie zarzuty przedstawione w skardze zasługiwały na uwzględnienie tym samym doprowadzając do zmiany zaskarżonego orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 grudnia 2023 roku.

Jako pierwszy wystosowano zarzut naruszenia art. 555 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie, co doprowadziło do wydania zaskarżonego wyroku w oparciu o zarzuty, które nie były zawarte w odwołaniu.

Przedmiotem wskazanego zarzutu było zatem orzekanie przez Krajową Izbę Odwoławczą co do zarzutu, który nie był zawarty w odwołaniu naruszając przy tym art. 555 ustawy PZP.

Zarówno Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jak i Sąd Zamówień Publicznych nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 555 ustawy PZP

oraz art. 583 ustawy PZP). Dodatkowo w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 582 ustawy PZP).

Powyższe przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecznicze (Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu.

Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 555; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 kwietnia 2022 roku, sygn. akt KIO 835/22, KIO 846/22; P. Wiśniewski [w:] J. E. Nowicki, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V, Warszawa 2023, art. 555).

Co do zasady możliwa jest modyfikacja zarzutu odwołania/skargi poprzez „ograniczenie” zakresu żądania. Jeśli bowiem przedmiotem orzekania Krajowej Izby Odwoławczej były różne zarzuty to nasuwa się oczywista i jedyna logicznie konstatacja, iż każdy z nich osobno był przedmiotem orzekania Izby, a tym samym podtrzymanie jednego z zarzutów odwołania w skardze oznacza orzekanie przez Sąd co do zarzutu, który był przedmiotem odwołania. Nie można jednak skutecznie dokonać modyfikacji poprzez rozszerzenie dotychczasowych żądań.

Stosownie zaś do treści art. 535 ustawy PZP odwołujący może przedstawiać dowody aż do zamknięcia rozprawy, natomiast okoliczności faktyczne, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio przedstawić precyzyjnie w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą z uwagi na treść wspomnianego już art. 555 ustawy PZP. Rozgraniczenia wymagają bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie. W pierwszej kolejności w postępowaniu odwoławczym muszą zostać wskazane fakty, z których wywodzone są przez odwołującego skutki prawne.

W tym miejscu przypomnieć należy, że zarzut odwołania wniesionego w dniu 27 listopada 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Wykonawcę (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. brzmiał następująco: zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, ponieważ Konsorcjum wniosło wadium 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, co w konsekwencji należy uznać za sytuację równoznaczną z brakiem wniesienia przez Konsorcjum wadium (zarzut numer 1).

Zarzut ten należy ocenić jako jednoznaczny i kategoryczny, co potwierdza także lektura uzasadnienia odwołania dotycząca zarzutu numer 1 w pełni z nim skorelowana.

Zaprezentowany zarzut zawierał dwie podstawy faktyczne czyli niespełnienie przez gwarancję ubezpieczeniową numer (...) wymogu bezwarunkowości oraz wystawienie gwarancji przez podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego.



Pierwsza część zarzutu nie została uwzględniona przez Krajową Izbę Odwoławczą i również nie była przedmiotem skargi.

Rozważania w ramach przedmiotowej sprawy winny skupiać się zatem wokół drugiej podstawy faktycznej przywołanego zarzutu - wystawienia gwarancji przez podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego.

W tym zakresie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej uwzględniał odwołanie Wykonawcy (...) sp. z o.o. z siedzibą w G. czyli w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 97 ust. 7 pkt 4 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum w składzie: 1) (...) S.A. (Lider Konsorcjum), 2) (...) sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), 3) „(...)” sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), w sytuacji, w której oferta Konsorcjum nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, ponieważ Konsorcjum wniosło wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, która została wystawiona przez podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego.

Zgodzić należy się ze Skarżącymi, że to jest treść zarzutu, poza ten zarzut Krajowa Izba Odwoławcza nie miała prawa wychodzić. Nie ma żadnych wątpliwości, że Przeciwnikowi Skargi chodziło właśnie o to, że gwarancja wadium została wystawiona przez (...) Ltd. jako podmiot, który nie widnieje na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego i dlatego uważał, że wadium zostało nieprawidłowo wniesione przez Konsorcjum.

Pomimo wskazania w uzasadnieniu wyroku Izby, że to wyżej wskazana część zarzutu jest zasadna i była podstawą uwzględnienia odwołania, to z dalszej części wywodów Krajowej Izby Odwoławczej dowiadujemy się, że Izba oparła swoje rozstrzygnięcie na okolicznościach faktycznych, które w ogóle nie zostały przywołane przez Odwołującego we wniesionym przez niego odwołaniu jako element podstawy faktycznej zarzutów odwołania, a dopiero na rozprawie przed Izbą. W sposób oczywisty wyrok Krajowej Izby Odwoławczej obejmuje rozstrzygnięcie dotyczące zarzutu, który nie został sformułowany w odwołaniu.

Izba wprost wyraziła, że zarzut został oparty o to, że gwarancja została wystawiona przez podmiot nieuprawniony i w odwołaniu brak uprawnienia podmiotu jest wywodzony z braku wpisu oddziału głównego w Urzędzie Komisji Nadzoru Finansowego, ale Izba w sposób całkowicie nieuprawniony oceniła, że w rzeczywistości Odwołujący podważał możliwość wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej przez podmiot nie posiadający odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego. Konkluzja taka nie wynikała jednakże ani z treści zarzutu, ani z jego uzasadnienia zawartego w odwołaniu. Jak słusznie wskazywali Skarżący to Odwołujący, jako podmiot inicjujący postępowanie jurysdykcyjne ponosi odpowiedzialność za zakres (w tym podstawę faktyczną) podnoszonych zarzutów. Nie jest natomiast rolą Krajowej Izby Odwoławczej wyręczenie strony w formułowaniu podstawy faktycznej podniesionych zarzutów. Ustawodawca w sposób jasny przesądził, że postępowanie odwoławcze prowadzone przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradiktoryjnym, a Izba pozostaje związana zarzutami odwołania określonymi przez podmiot wnioskujący o udzielenie mu ochrony prawnej. Każde wykroczenie przez Izbę poza zakres podstawy faktycznej zarzutu przy wyrokowaniu należy zatem pochytywać jako działanie podjęte przez Izbę z urzędu i stanowiące naruszenie art. 555 ustawy PZP.

Żadne inne argumenty poza brakiem wpisu gwaranta na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego nie były podnoszone w odwołaniu w odniesieniu do gwaranta. Modyfikacja zarzutu, która pojawiła się na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą zmierzała do drastycznej zmiany okoliczności przedstawionych w odwołaniu, jak wskazano wyżej w sposób prawnie niedopuszczalny. Dlatego też należało uznać, że Przeciwnik Skargi w sposób nieuprawniony rozszerzył zarzuty odwołania poprzez powołanie i dowodzenie wcześniej nie wskazanych okoliczności, podczas gdy pierwotna podstawa faktyczna dotyczyła jasno sformułowanego zarzutu.

Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez odwołującego argumentacji – uzasadnieniu odwołania.

Jednakże w przedmiotowej sprawie, wbrew twierdzeniom Krajowej Izby Odwoławczej, ani z treści zarzutu odwołania ani z uzasadnienia odwołania nie wynikało, że Odwołujący podważał możliwość wystawienia gwarancji jako wykonywania czynności ubezpieczeniowej przez podmiot nie posiadający odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego.

Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez odwołującego nie tylko podstawy prawnej formułowanych zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych zamawiającemu. Poza treścią samego odwołania wykonawca nie ma możliwości doprecyzowywania zawartych w nim zarzutów przez wskazywanie na właściwe im okoliczności faktyczne w stanowisku prezentowanym po wniesieniu odwołania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 9/20, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31 marca 2022 r., sygn. akt KIO 700/22, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26 czerwca 2017 r., sygn. akt KIO 1187/17).

W tym miejscu należy zwrócić uwagę, na co zwracali również uwagę Skarżący, że aż do rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą Przeciwnik Skargi w ogóle nie podnosił okoliczności faktycznych związanych z brakiem uprawnień do wykonywania działalności ubezpieczeniowej przez podmiot, który wystawił gwarancję ubezpieczeniową czy też okoliczności o ograniczonej działalności do działalności brokerskiej, a przedstawiał argumenty i dowody wyłącznie na okoliczność braku notyfikacji Komisji Nadzoru Finansowego. Dopiero na rozprawie przedkładane były dowody, które zmierzały do dyskredytowania wiarygodności gwaranta. Zarzut zaczął być lawinowo rozszerzany, a do Krajowej Izby Odwoławczej, a następnie Sądu Zamówień Publicznych wpływały liczne wnioski dowodowe na okoliczności nie objęte zarzutem odwołania, ani zakresem zaskarżenia w postępowaniu skargowym. Tymczasem uzasadnienie odwołania zostało w pełni skorelowane z treścią podstawy faktycznej zarzutu numer 1 odwołania. W tych okolicznościach Sąd Okręgowy nie miał wątpliwości, co do tego jaką podstawę faktyczną określił Przeciwnik Skargi jako podstawę swojego wniosku o udzielenie ochrony prawej, a tym samym jaki zarzut sformułował w swoim odwołaniu.

Natomiast Krajowa Izba Odwoławcza nie tylko nie skupiła się na treści zarzutu odwołania, ale oparła orzeczenie na zarzucie którego nie było w odwołaniu i jego rozpoznaniu na podstawie ustaleń stanu faktycznego opartych na wysokim prawdopodobieństwie nie zaś na udowodnionych okolicznościach faktycznych. Izba bowiem nie stwierdziła, że podmiot (...) Ltd. nie jest uprawniony do wykonywania działalności ubezpieczeniowej, ale przyjęła, że istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że gwarant nie prowadzi swojej działalności jako działalności zarejestrowanej. Wprawdzie gwarant posiada w Z. oddział zarejestrowany w F.(F.) pod numerem (...) jednak, w ocenie Izby, z przedłożonego wydruku z tego rejestru wynika, że jest on tam zarejestrowany, gdyż jest objęty nadzorem mającym przeciwdziałać praniu brudnych pieniędzy. Natomiast Izba doszła do przekonania, że z rejestru tego nie wynika, że jest to podmiot zarejestrowany w celu prowadzenia działalności ubezpieczeniowej zgodnie z prawem Z.. Jak wywodziła dalej Izba, gwarant ma swoją podstawową działalność na wyspie N., a więc w przypadku niezarejestrowania oddziału jako głównego w zakresie działalności ubezpieczeniowej w F. (F.) we właściwym rejestrze usług ubezpieczeniowych na potrzeby prowadzenia działalności ubezpieczeniowej (a nie z uwagi na nadzór sprawowany w innym zakresie) jest wątpliwym, aby mógł składać skuteczne oświadczenia, że gwarancja jest wystawiona zgodnie z prawem Z..

Jak słusznie zostało podkreślone w zdaniu odrębnym - Izba upatrywała w przedstawionych okolicznościach możliwości wystawienia gwarancji przez podmiot nie posiadający właściwego zezwolenia na prowadzenie działalności regulowanej, a w konsekwencji tego faktu - nieważnej. Izba oparła stanowisko na dopuszczalności badania i oceny argumentacji i dowodów przedstawionych przez Odwołującego dopiero na rozprawie. Izba nieprawidłowo doszła do wniosków, że zarzut w odwołaniu wskazuje na wystawienie gwarancji przez podmiot nieuprawniony, a więc w zarzucie mieści się badanie tego braku uprawnienia szeroko, a nie tylko jako brak wpisu na listę Komisji Nadzoru Finansowego. Zdaniem Sądu Okręgowego, jeśli Odwołujący chciał, aby kwestia ta była badana tak obszernie, to winien to wyartykułować w zarzucie odwołania, a nie dopiero na etapie prowadzenia posiedzenia i rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą. Wykonawca miał ku temu sposobność poprzez wcześniejsze zapoznanie się z ofertą wraz

załącznikami, w tym gwarancją ubezpieczeniową złożoną przez Skarżących albowiem zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP oferty wraz z załącznikami podlegają udostępnieniu niezwłocznie, nie później niż w terminie 3 dni od dnia otwarcia ofert. Przeciwnik Skargi mógł więc odpowiednio wcześniej zapoznać się z treścią gwarancji ubezpieczeniowej, aby zgromadzić argumenty i dowody niezbędne mu w przypadku konieczności złożenia odwołania. Skoro pomimo uprawnienia do zapoznania się z dokumentacją postępowania po otwarciu ofert Odwołujący w odwołaniu nie powołał się na brak właściwego zezwolenia na prowadzenie działalności regulowanej przez gwaranta, to okoliczność ta nie może być przedmiotem rozpoznania w wyroku.

Nie wiadomo też na jakiej podstawie Krajowa Izba Odwoławcza przyjęła, że skoro gwarant ma swoją podstawową działalność na wyspie N., jest wątpliwym, aby mógł składać skuteczne oświadczenia, że gwarancja jest wystawiona zgodnie z prawem Z.. W tym zakresie przeciwnik Skargi nie przedstawił żadnego dowodu potwierdzającego tę okoliczność. Przede wszystkim dowodu na treść prawa Z..

Z okoliczności sprawy wynika bowiem, że gwarant wystawiając gwarancję zapłaty wadium działał jako właściwie zarejestrowany podmiot prowadzący działalność ubezpieczeniową na terenie Z. (co potwierdza wypis z (...) oraz rejestru F.), a złożona przez Wykonawcę gwarancja wadium w sposób należyty zabezpieczała interesy Zamawiającego. Złożona gwarancja zapłaty wadium była również zgodna z wymaganiami postawionymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia przez Zamawiającego i miała płynność finansową na takim samym poziomie jak wadium, które zostałyby wniesione w pieniądzu.

Na aprobatę nie zasługuje stanowisko Przeciwnika Skargi wyrażone w Odpowiedzi na skargę, że zakres zarzutu wyznaczają też dowody przeprowadzone w sprawie. Jak zasadnie wskazywali Skarżący z twierdzeniem tym trudno się zgodzić, gdyż dowody stanowią jedynie instrument ustalenia czy w istocie zaistniały fakty, z których strona wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. W stosunku jednakże do podstawy faktycznej zarzutu mają one jedynie funkcję służebną, gdyż podstawa faktyczna zarzutu obejmuje określenie takiej okoliczności. Dowody zaś mają służyć jedynie udowodnieniu, że w istocie miała ona miejsce. Tym bardziej bez znaczenia pozostają wywody dotyczące dopuszczania dowodów przez Krajową Izbę Odwoławczą. Kwestia ciężaru dowodu oraz możliwości działania przez Krajową Izbę Odwoławczą ex officio w ramach postępowania dowodowego jest bez znaczenia dla podstawowej kwestii obowiązku wskazania zarzutu (w tym jego podstawy faktycznej) już w odwołaniu.

Podsumowując dotychczasowe rozważania stwierdzić należy, że zarzut naruszenia art. 555 ustawy PZP był w pełni uzasadniony albowiem rozpoznanie odwołania (...) sp. z o.o. i jego częściowe uwzględnienie przez Krajową Izbę Odwoławczą oparte zostało o zarzuty, które nie były podniesione w odwołaniu, lecz już po upływie terminu na wniesienie odwołania, tj. w trakcie rozprawy w dniu 11 grudnia 2023 roku.

Kolejnym zarzutem przedstawionym w skardze było naruszenie art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz błędną, sprzeczną z zasadami logiki jego ocenę, jak i poprzez przyjęcie za udowodnione okoliczności niewykazanych przez Odwołującego.

Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Z kolei Izba ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału (art. 542 ust. 1 ustawy PZP).

Zasada swobodnej oceny dowodów w postępowaniu odwoławczym oznacza, że Krajowa Izba Odwoławcza ocenia wiarygodność i moc dowodów według własnego przekonania, na podstawie wszechstronnego rozważenia zebranego materiału, nie pod kątem ich mocy formalnej. Izba powinna ocenić moc i wiarygodność dowodów wedle własnego przekonania, które to z kolei musi być oparte na analizie całego materiału dowodowego, względach doświadczenia życiowego oraz logicznego myślenia. Dopiero poddany takiej analizie materiał dowodowy może stać się podstawą ustalania stanu faktycznego (P. Wójcik [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2024, art. 542).

Zaniechanie wszechstronnego rozpatrzenia zebranego w sprawie materiału dowodowego, jego błędna i sprzeczna z zasadami logiki ocena doprowadziły Krajową Izbę Odwoławczą do nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Powyższe skutkowało uznaniem przez Izbę, że zachodzą podstawy do częściowego uwzględnienia odwołania w sytuacji kiedy niewątpliwie Odwołujący nie udowodnił wystąpienia okoliczności, które legły u podstaw wydania zaskarżonego wyroku.

W sytuacji kiedy Odwołujący oczekiwał korzystnego rozstrzygnięcia w zakresie uznania, że gwarant (...) Ltd. nie miał możliwości wystawienia gwarancji gdyż był podmiotem nie posiadającym odpowiedniego zezwolenia właściwego organu nadzoru finansowego, to powinien kierować się ogólną zasadą ciężaru dowodu z art. 534 ust. 1 ustawy PZP i zawnioskować o przeprowadzenie właściwego dowodu. Jednak przede wszystkim Odwołujący powinien precyzyjnie przedstawić fakty, które miałyby się stać podstawą do ustalenia zastosowania odpowiedniego prawa. Należy zwrócić uwagę, na co wskazywano także w zdaniu odrębnym, że znamienna w tym zakresie jest wypowiedź reprezentanta Odwołującego, że zasadniczo nie wiadomo jakie prawo miałyby być zastosowane (...), (...), (...), (...), czy (...).

Odwołujący powinien był nadto przedstawić stosowny dowód w celu wykazania, że rejestry F. są rejestrami ustanowionymi w celu badania czy dany podmiot prowadzący działalność ubezpieczeniową na terenie Z. prowadzi tę działalność na podstawie zezwolenia F. lub odpowiedniej decyzji tego organu. Odwołujący wskazywał na rejestr F. jako właściwy, ale instytucje ubezpieczeniowe podlegają również ujawnieniu w rejestrze P. (P. zlokalizowaną w strukturze Bank (...)), do którego w ogóle się nie odniósł. Jednocześnie wskazywał na możliwe podleganie gwarancji ubezpieczeniowej prawu (...), na to, że gwarant jest brokerem, że jest mikroprzedsiębiorstwem i dlatego nie podlega ujawnieniu w F. w innym zakresie niż rejestr przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy.

Odwołujący nie przeprowadził, ani nie wnioskował o przeprowadzenie dowodu z informacji z F. na okoliczność wykazania faktu jak należy rozumieć informację, że dany podmiot figuruje jedynie w rejestrze w zakresie przeciwdziałania praniu brudnych pieniędzy, czy i jaką działalność i w jakim zakresie może wykonywać (...) LTD na podstawie wpisu do rejestru nr (...). Odwołujący sam wskazywał, że pewna działalność w zakresie działalności ubezpieczeniowej może nie wymagać rejestracji w F., powoływał, że dotyczy to mikroprzedsiębiorstw. Jednak nie przedstawił dowodu na to, że działalność polegająca na zawieraniu umów gwarancji ubezpieczeniowych wymaga rejestracji w F. w rejestrze usług ubezpieczeniowych dla ich skutecznego wykonywania zgodnie z prawem Z.. To oznacza, że nie udowodnił on tezy, że gwarant nie może wystawić gwarancji ubezpieczeniowej zgodnie z prawem Z., a więc zgodnie z oświadczeniem zawartym w gwarancji (...).

Istotnym jest zatem brak podania stosownych faktów oraz brak udowodnienia wskazywanych faktów, z których Izba mogłaby dokonać oceny i ustalenia prawa właściwego, a następnie jego stosowania. Obowiązek inicjatywy dowodowej w tym zakresie leżał bezsprzecznie po stronie Odwołującego.

Niewątpliwie zasady dowodzenia stanowią, że jak strona wskazuje określone okoliczności faktyczne to ma obowiązek je udowodnić, a nie uprawdopodobnić. To też była podstawowa kwestia, która została błędnie rozstrzygnięta przez Krajową Izbę Odwoławczą. Izba bowiem oparła się na wysokim prawdopodobieństwie a nie na udowodnieniu. Nie można zastąpić dowodu uprawdopodobnieniem. Wysokie prawdopodobieństwo nie może być podstawą do przyjęcia istnienia faktu, na którym Krajowa Izba Odwoławcza oparła swoje rozstrzygnięcie w sprawie.

Należy podzielić argumentację prezentowaną przez Skarżących, że zgodnie z zasadami dowodzenia obowiązującymi w postępowaniu odwoławczym, fakty, z których strony wywodzą korzystne dla siebie skutki prawne, powinny zostać udowodnione, a nie jedynie uprawdopodobnione. Z tego właśnie powodu przepis art. 534 ust. 1 ustawy PZP przypisuje obowiązek inicjatywy dowodowej stronie postępowania odwoławczego stanowiąc, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepisy o postępowaniu dowodowym pozwalają Izbie z urzędu dopuścić dowód niewskazany przez stronę (art. 534 ust. 2 ustawy PZP), jednakże w żadnym przypadku nie pozwalają zastąpić dowodu uprawdopodobnieniem. Z tego też względu „wysokie prawdopodobieństwo”, na które wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, nie mogło być podstawą do przyjęcia istnienia faktu, na którym Izba opiera swoje rozstrzygnięcie w sprawie.

Aby rozstrzygnąć sprawę w oparciu, o fakt prawnie relewantny Krajowa Izba Odwoławcza musi mieć pewność, wynikającą z przeprowadzonych dowodów, że fakt ten w istocie miał miejsce.

Także stanowisko zaprezentowane w zdaniu odrębnym zasługuje na aprobatę, że nawet gdyby jednak przyjąć stanowisko Izby wyrażone w wyroku o dopuszczalności rozszerzenia granic faktycznych postawionego zarzutu, to i tak rozstrzygnięcie zostało oparte wyłącznie na wątpliwościach Odwołującego, a nie ustalonych i udowodnionych w postępowaniu faktach. Izba nie ma bowiem kompetencji do usuwania wątpliwości Odwołującego, natomiast obowiązkiem Izby jest ustalenie, czy w danym stanie faktycznym zamawiający swoim zachowaniem naruszył przepisy ustawy. Fakty, których ustalenia Odwołujący się domagał nie zostały przez niego jednoznacznie sprecyzowane, ani udowodnione.

Na marginesie wskazania także wymaga, że informacje w postaci zdjęć siedziby gwaranta i doniesień prasowych na temat dyrektora gwaranta nie mają żadnego związku z twierdzeniem Odwołującego, że gwarancja jest nieskuteczna, bo została wystawiona przez podmiot nieuprawniony do podejmowania działalności ubezpieczeniowej. Tym samym są to jedynie informacje mające na celu wywołanie wrażenia nielegalności działania gwaranta, ale go nie dowodzą. Sąd Zamówień Publicznych zwraca uwagę, co też zostało zaakcentowane w zdaniu odrębnym, że F. podobnie jak polski KNF zamieszcza na swojej stronie ostrzeżenia zawierające listy nieautoryzowanych firm, ich analiza prowadzi do ustalenia, że wobec gwaranta takie ostrzeżenie nie zostało wydane. To na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu w tej sprawie, a z powyższych wywodów wynika, że jemu nie sprostał, zatem nie było podstaw do uwzględniania odwołania także w zakresie rozszerzonego zarzutu odwołania.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 542 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 534 ust. 1 ustawy PZP okazał się zasadny wobec oparcia rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej o ustalenia dokonane w na podstawie wysokiego prawdopodobieństwa wystąpienia określonych okoliczności, nie zaś zgodnie z regułami postępowania dowodowego zawartymi w ustawie Prawo zamówień publicznych.

Skarżący zarzucili także naruszenie prawa materialnego tj. art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 838 z późn. zm.), poprzez ich błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie, co doprowadziło do uznania, że zamawiający jest uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy, który złożył wadium wystawione przez podmiot, co do którego istnieją poważne wątpliwości, co do możliwości podejmowania czynności ubezpieczeniowych.

Zgodnie z treścią 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 ustawy PZP.

Stosownie zaś do normy zawartej w 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 2023 r. poz. 462).

Przez działalność ubezpieczeniową rozumie się wykonywanie czynności ubezpieczeniowych związanych z oferowaniem i udzielaniem ochrony na wypadek ryzyka wystąpienia skutków zdarzeń losowych. Czynnościami ubezpieczeniowymi są: zawieranie umów ubezpieczenia, umów gwarancji ubezpieczeniowych lub zlecenie ich

zawierania uprawnionym pośrednikom ubezpieczeniowym w rozumieniu ustawy o dystrybucji ubezpieczeń, a także wykonywanie tych umów (art. 4 ust. 1 i ust. 7 pkt 1 ustawy o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej)

Również w tym zakresie Krajowa Izba Odwoławcza dokonała błędnych wykładni przepisów, co doprowadziło do uznania, że Zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty wykonawcy w okolicznościach gdy istnieją poważne wątpliwości. Poważne wątpliwości co do możliwości podejmowania czynności ubezpieczeniowych nie mogły stanowić podstawy odrzucenia oferty. Za niedopuszczalne należało uznać oparcie odrzucenia oferty tylko o wysokie prawdopodobieństwo, że gwarant nie prowadzi swojej działalności jako działalności zarejestrowanej zgodnie z prawem Z..

Jak słusznie wskazywali Skarżący z uwagi na sankcyjny charakter przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, nie jest możliwe rozszerzające jej interpretowanie, czy też stosowanie omawianego przepisu w sytuacjach innych, niż te konkretnie wyrażone w ustawie Prawo zamówień publicznych. Tym samym nie jest uprawnionym opieranie odrzucenia oferty o okoliczności niewyrażone w treści przywołanego przepisu, a także okoliczności nieudowodnione. Wykładnia literalna wskazanego przepisu wskazuje, że do odrzucenia oferty prowadzi wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy, a nie wysokie prawdopodobieństwo wniesienia wadium w sposób nieprawidłowy.

Jednakże Krajowa Izba Odwoławcza dokonała nieuprawnionej wykładni art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP, która doprowadziła ją do wniosku, że dopuszczalnym jest oparcie uzasadnienia odrzucenia oferty o okoliczności niewykazane, a jedynie uprawdopodobnione, a co więcej nieujęte w treści przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP stanowiącego dla wykonawcy sankcją za nieprawidłowo wniesione wadium.

W niniejszej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza nieprawidłowo zastosowała też przepis art. 4 ust. 7 pkt 1 UDUiR przyjmując, że gwarancja wystawiona przez (...) Ltd. powinna podlegać ocenie z punktu widzenia przepisów o wykonywaniu działalności ubezpieczeniowej w Polsce.

Gwarancja ubezpieczeniowa jest umową nienazwaną wykształconą pod wpływem praktyki i orzecznictwa sądowego. Przepisy prawa polskiego nie regulują treści umowy gwarancji ubezpieczeniowej. W nauce zaś ugruntowany został pogląd, że co do zasady gwarancja ubezpieczeniowa oparta jest na tej samej konstrukcji prawnej co gwarancja bankowa.

Nie obowiązują na gruncie prawa polskiego żadne przepisy, które regulowałyby kwestię wykonywania działalności ubezpieczeniowej na terytorium Polski w przypadku zawierania umów gwarancji ubezpieczeniowej. Należy zgodzić się z opinią prawną przedstawioną przez Skarżących, że na gruncie przepisów regulujących wykonywanie działalności ubezpieczeniowej w Polsce nie zostały wyznaczone kryteria, na podstawie których należałoby przesądzić kiedy dochodzi do wykonywania takiej działalności w Polsce w przypadku wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej.

Podkreślenia także wymaga, że ani siedziba beneficjenta (Zamawiający z siedzibą w Polsce), ani stosunek podstawowy, którego dotyczy gwarancja (w tym przypadku wynikający z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w Polsce) nie stanowi wystarczającego kryterium przesądzającego o prowadzeniu działalności ubezpieczeniowej w Polsce przez Wystawcę Gwarancji. Dodatkowo dług wadialny wynikający z uczestnictwa oferenta

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest stosunkiem prawnym, w którym gwarant (tutaj (...) Ltd.) w ogóle nie uczestniczy. Podstawą wystawienia gwarancji jest natomiast stosunek prawny zachodzący pomiędzy gwarantem a zleceniodawcą gwarancji (w ramach tego postępowania: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., „(...)” sp. z o.o. z siedzibą w A. (...) K. reprezentowanej przez oddział w Polsce), czyli podmiotami posiadającymi siedziby głównie poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Nie jest zatem tak by wszystkie kluczowe elementy stanu faktycznego były zlokalizowane w Polsce i tym samym przesądzały o prowadzeniu przez gwaranta działalności ubezpieczeniowej w Polsce.

Co więcej sam fakt, że umowę gwarancji poddano prawu polskiemu (wybór prawa materialnego właściwego dla czynności prawnej) i jako właściwy do rozpatrywania sporów został wskazany polski sąd nie ma kluczowego znaczenia

dla określenia miejsca wykonywania działalności ubezpieczeniowej przez ubezpieczyciela. Wybór prawa właściwego dla czynności prawnej stanowi wyraz swobody umów. Nie przesądza to jednak o tym, że dochodzi do wykonywania działalności ubezpieczeniowej w kraju, którego prawo wybrano.

W końcu, co niezwykle istotne przepisy ustawy normujące formy wnoszenia wadium w stosunku do gwarancji ubezpieczeniowej nie ograniczają możliwości jej wniesienia tylko do gwarancji wystawionych przez ubezpieczyciela z siedzibą w Polsce. Ponadto 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. Wystawienie gwarancji nie stanowi naruszenia przez gwaranta – (...) Ltd. przepisów o wykonywaniu w Polsce działalności ubezpieczeniowej przez zagraniczny zakład ubezpieczeń z uwagi na to, że brak jest podstaw do uznania, że jej wystawienie stanowi przejaw wykonywania przez niego działalności ubezpieczeniowej na terenie Polski (Opinia prawna – dr hab. J. P., prof. (...) w P.).

Dopełniając argumentacji potwierdzającej prawidłowość wniesienia wadium przez Skarżących wskazać w tym miejscu należy, że (...) Ltd. w pełni odpowiada wymogom zawartym w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Zgodnie z pkt 9.6 SWZ – w przypadku, gdy wykonawca wnosi wadium w formie gwarancji bankowej, gwarancji ubezpieczeniowej albo poręczenia, z treści tych dokumentów musi w szczególności jednoznacznie wynikać zobowiązanie gwaranta (banku, ubezpieczyciela, poręczyciela) do zapłaty całej kwoty wadium nieodwołanie 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. Wszystkie powyższe wymagania spełnia (...) Ltd. Postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia nie przewidywały konieczności posiadania przez gwaranta wpisu na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych Komisji Nadzoru Finansowego. Tym samym, co znamienne zarzut odwołania dotyczył wymogów podmiotowych, których nie było określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Ze względu na powyżej opisane okoliczności za niezasadny należało także uznać właściwy co do zakresu przedstawiony przez Odwołującego zarzut dotyczący braku notyfikacji wystawcy gwarancji na liście notyfikowanych podmiotów ubezpieczeniowych prowadzonej przez Komisję Nadzoru Finansowego.

Reasumując zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy PZP w zw. z art. 4 ust. 7 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2015 roku o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej okazał się chybiony, albowiem wbrew twierdzeniom Izby Zamawiający zasadnie zaniechał odrzucenia oferty Skarżących z uwagi na brak podstaw do uznania, że Wykonawcy wnieśli wadium w sposób nieprawidłowy. Ponadto ocena czynności wystawienia gwarancji ubezpieczeniowej z punktu widzenia przepisów regulujących działalność ubezpieczeniową nie powinna następować poprzez pryzmat UDUiR, gdyż wystawienie tej gwarancji nie stanowi wykonywania działalności ubezpieczeniowej w Polsce.

W świetle przytoczonych ustaleń i wniosków, Sąd Okręgowy na podstawie art. 588 ust. 2 ustawy PZP zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie.

Na podstawie art. 589 ust. 1 ustawy PZP statuującego zasadę odpowiedzialności za wynik sporu, Sąd Okręgowy kosztami postępowania skargowego obciążył (...) sp. z o.o. jako stronę przegrywającą.

Koszty postępowania wywołanego wniesieniem skargi, poniesione przez Skarżących sprowadzają się do: wpisu od skargi w kwocie 60 000,00 zł oraz kwoty wynagrodzenia reprezentującego ich radcy prawnego w kwocie 3 600,00 zł ustalonej na podstawie § 14 ust. 2a pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 roku w sprawie opłat za czynności radców prawnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1935 z późn. zm.). Wysokość wpisu została ustalona na podstawie art. 34 ustawy z dnia 28 lipca 2005 roku o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1144 z późn. zm.) w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437) czyli jako opłata stała w wysokości trzykrotności wpisu wniesionego od odwołania w sprawie, której dotyczy skarga. Wpis wniesiony od odwołania wynosił 20 000,00 zł, zatem opłata od skargi w przedmiotowej sprawie wyniosła 60 000,00 zł.

Stosownie do treści art. 98 § 1<sup>1</sup> k.p.c. koszty zostały przyznane wraz odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się orzeczenia o kosztach do dnia zapłaty.

W konsekwencji Sąd Okręgowy zasądził od Przeciwnika Skargi (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w G. na rzecz Skarżących Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: (...) S.A. z siedzibą w S. (T.), (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., „(...) sp. z o.o. z siedzibą w A. (R. reprezentowana przez oddział w Polsce t.j. „(...)” sp. z o.o. oddział w Polsce z siedzibą w W. kwotę 63 600, 00 zł tytułem kosztów postępowania skargowego, wraz z odsetkami w wysokości odsetek ustawowych za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego, za czas od dnia uprawomocnienia się niniejszego orzeczenia do dnia zapłaty, tytułem kosztów postępowania skargowego.

Mając powyższe na względzie Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji wyroku.

Arkadiusz Kucharski Andrzej Kubica Anna Janas