

UZASADNIENIE

Wyrokiem z 17 września 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza (dalej jako KIO, Izba), po rozpoznaniu odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2015 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia (...) S.A. w W., w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w G., przy udziale Konsorcjum: Przedsiębiorstwo (...) S.A., (...) Budownictwo sp. z o.o. z siedzibą w S.: w punkcie 1 uwzględniła odwołanie wniesione przez (...) S.A. w W. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. dalej ustawa pzp) i nakazała Zamawiającemu – Zarządowi Dróg Wojewódzkich w G. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w S. oraz (...) Budownictwo Spółki z o. o. z siedzibą w S., w punkcie 2 oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie, w punkcie 3 kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w G., w ppkt. 1 zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł uiszczoną przez (...) S.A. w W. tytułem wpisu od odwołania, w ppkt. 2 zasądziła od Zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w G. na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 20.000 zł stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu.

Powyższe orzeczenie wydane zostało na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań.

Zamawiający, tj. Zarząd Dróg Wojewódzkich w G. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku od S. przez J. do węzła autostrady (...)”. (...) S.A. z siedzibą w W. wniosła odwołanie do KIO kwestionując, zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia oraz nie odrzucenie przez Zamawiającego wybranej, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Przedsiębiorstwa (...) S.A. (lider Konsorcjum) oraz (...) Budownictwo spółki z o.o. z siedzibą dla lidera w S. (dalej Konsorcjum (...)) z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, art. 89 ust. 1 pkt 2, 3, 4 ustawy pzp - a to z uwagi na to, że dokument w postaci „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” z dnia 14 lipca 2015 r. (dalej Gwarancja wadialna) nie zabezpieczała oferty ww. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz z uwagi na niezgodność treści złożonej przez nich wspólnej oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) oraz zawierającą rażąco niską cenę. Dalej KIO ustaliło, że Konsorcjum (...) dołączyło do swojej wspólnej oferty Gwarancję wadialną, z treści której wynika, że Gwarantem jest (...) S.A. w W. zaś Zleceniodawcą (wykonawcą) jest tylko Przedsiębiorstwo (...) S.A. w S., które złożyło Beneficjentowi Gwarancji (Zamawiającemu) ofertę na wykonanie Rozbudowy drogi wojewódzkiej nr (...). Po złożeniu przez Konsorcjum (...) pismem z 12 sierpnia 2015 r. na wezwanie Zamawiającego wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp, Zamawiający w dniu 25 sierpnia 2015 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, którą okazała się oferta Konsorcjum (...). Oferta złożona przez Konsorcjum (...) zdobyła, bowiem 100 punktów zaś oferta odwołującej się Spółki (...) zdobyła 95,17 punktów. Od tej czynności (...) S.A. złożyła odwołanie do KIO. Zdaniem KIO odwołanie (...) S.A. jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie, aczkolwiek nie wszystkie zarzuty okazały się zasadne. W ocenie KIO zasadny okazał się zarzut nieprawidłowego zabezpieczenia oferty wadium a tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania Konsorcjum (...) z postępowania. Wadliwość złożonej Gwarancji wadialnej polegała, bowiem w ocenie KIO na objęciu jej zakresem wyłącznie działań lub zaniechań Wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa (...) S.A. w S. z jednoczesnym pominięciem drugiego Wykonawcy, tj. (...) Budownictwo spółki z o.o. w S., pomimo że z tym ostatnim podmiotem Spółka Przedsiębiorstwo (...) złożyła wspólną ofertę. Uzasadniając powyższe stanowisko KIO odwołała się do konkretnych przepisów ustawy pzp oraz do innych przepisów szczególnych. W tym zakresie podkreśliła, że umowa gwarancji ubezpieczeniowej nie została uregulowana w sposób szczegółowy w przepisach ustawowych. Jedyną regulacją, jaką przewidziano zawarta jest w art. 3 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 950 z późn. zm.). Wobec powyższego w ocenie KIO treść

zobowiązania wynikającego z umowy gwarancji, w tym także zakres odpowiedzialności gwaranta, kształtowana jest przez strony umowy w sposób określony w treści takiej gwarancji. Dalej KIO zwróciła uwagę na brzmienie art. 24 ust. 2 pkt ustawy pzp, z którego wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust 3 ustawy pzp albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Z kolei pojęcie „wadium” zdefiniowane zostało przez ustawodawcę w art. 704 § 1 k.c. stosowanym w postępowaniu o udzielenie zamówienia w powiązaniu z art. 14 ustawy pzp. Przez wadium należy, zatem rozumieć sumę pieniężną albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które wykonawca powinien wpłacić zamawiającemu lub ustanowić na jego rzecz, pod rygorem niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Instytucja wadium w rozumieniu nadanym w art. 704 § 1 k.c. służyć ma, bowiem zabezpieczeniu interesów zamawiającego, jako organizatora przetargu i w takim znaczeniu transponowana jest do przepisów art. 45 i 46 ustawy pzp. Tym samym zdaniem KIO zabezpieczenie interesów zamawiającego ma miejsce tylko wówczas, gdy składający ofertę wnieśli wadium nie tylko w sposób wymagany przepisami ustawy pzp (art. 45), ale wtedy gdy wnieśli wadium w sposób, który w pełni umożliwi zamawiającemu jego realizację (tj. zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) jeżeli tylko zaistnieją przesłanki jego przepadku określone w art. 46 ust. 4a i 5 ustawy pzp. W oparciu o powyższe regulacje ustawowe KIO wywnioskowała zatem, iż gwarancja wadialna musi mieć charakter jasny, czytelny i nie budzący wątpliwości, zarówno w zakresie przedmiotowym jak i podmiotowym. Przedmiotowa Gwarancja wadialna z dnia 14 lipca 2015 r. takich warunków jednak nie spełnia, a nieustalenie zakresu podmiotowego czy też przedmiotowego powoduje nadwyrężenie pewności nieuchronności realizacji zabezpieczenia przez Zamawiającego. W ocenie KIO treść ww. Gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości, że zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym wyłącznie jest jeden Wykonawca - Przedsiębiorstwo (...) S.A. w S.. Z żadnego postanowienia Gwarancji wadialnej nie wynika, bowiem że obejmuje ona okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia, nie wskazuje przy tym drugiego z Wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum (...), tj. spółki (...). Dlatego też w ocenie KIO tak ukształtowana treść zobowiązania gwarancyjnego nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w przypadku, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum (...). KIO zaznaczyła przy tym, że nie ma żadnej wątpliwości (nadto jest to między stronami bezsporne), że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zawsze wnoszą jedno wadium zabezpieczające ich ofertę wspólną. Nie ma też żadnych przeszkód, aby umowa gwarancji ubezpieczeniowej została zawarta przez jednego z tych wykonawców, z tym jednak zastrzeżeniem, że udzielenie ochrony ubezpieczeniowej powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład Konsorcjum. KIO podkreśliła, że wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum, wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Stosuje się też do nich odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy (art. 23 ust. 1, 3 ustawy pzp). Dalej KIO podkreśliła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego nie posiadają podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek a tym samym nie tworzą oni niczego poza pewną grupą odrębnych podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego. Z brzmienia art. 23 ust. 2 jak również art. 23 ust. 3 ustawy pzp wynika, iż w takim wypadku nadal mamy do czynienia z wielością podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji powyższego uregulowania przesłanki zatrzymania wadium określone w art. 46 ust. 4a i 5 pkt 1 – 3 ustawy pzp materializują się odrębnie - dla każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. KIO zaznaczyła, że nie podziela stanowiska Zamawiającego o solidarnej odpowiedzialności członków Konsorcjum w zakresie innym niż ta określona w art. 141 ustawy pzp i wywodzonej z solidarnej odpowiedzialności skuteczności Gwarancji wadialnej obejmującej ochroną czynności tylko jednego z członków Konsorcjum. Zdaniem KIO wynikająca z ustawy pzp odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia dotyczy wyłącznie relacji między tymi wykonawcami a zamawiającym, stąd też nie kształtuje już ona relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak np. towarzystwo ubezpieczeniowe (gwarant). Żaden z przepisów ustawy pzp nie ustanawia też solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W ocenie KIO ze względu na charakter prawny gwarancji ubezpieczeniowej, sposób ukształtowania odpowiedzialności wykonawców wobec zamawiającego nie może przesądzić o skuteczności dochodzenia ewentualnych roszczeń z tytułu gwarancji. Zobowiązanie z gwarancji ubezpieczeniowej, które zostaje przez strony określone jako nieodwołalne i bezwarunkowe, jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj.

niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Istnienie i zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa, więc sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej, co oznacza, że zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są zawsze niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym. Wobec, zatem abstrakcyjnego charakteru tego zobowiązania bezzasadnym byłoby zdaniem KIO poszukiwanie poza treścią tego stosunku prawnego podmiotowego zakresu zobowiązania. W takiej sytuacji KIO uznała za bezskuteczne powoływanie się wobec Gwaranta na okoliczności dotyczące relacji Wykonawców z Zamawiającym. Nie podzieliła też stanowiska Konsorcjum (...), że o skutecznym wniesieniu wadium Gwarancją wadialną przesądza fakt, iż Przedsiębiorstwo (...) S.A. działało, jako lider Konsorcjum (...), na podstawie umowy konsorcjum z 7 maja 2015 r., umocowującej do złożenia wadium. Z powyższego faktu wynika, bowiem jedynie, że Przedsiębiorstwo (...) S.A. w S. było uprawnione do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej na rzecz wszystkich wykonawców tworzących Konsorcjum (...). Treść ww. umowy konsorcjum określa, bowiem kompetencje lidera do reprezentowania Konsorcjum, co jednak nie czyni z niego Wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie. Ponadto dotyczy relacji między Wykonawcami a Zamawiającym. Dalej KIO uznało, że ewentualne roszczenia wynikające z gwarancji ubezpieczeniowej powstają wyłącznie w odniesieniu do okoliczności przewidzianych w treści takiej gwarancji, zarówno jeśli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy. Dlatego też, przyjęte przez Zamawiającego i Konsorcjum (...) założenie, że (...) S.A., jako Gwarant z pewnością obejmie swoją odpowiedzialnością także okoliczności dotyczące drugiego niewymienionego w Gwarancji Wykonawcy – Spółki (...) (wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia), o którym Gwarant nie miał wiedzy zawierając umowę Gwarancji wadialnej, należy w ocenie KIO uznać za całkowicie bezpodstawne zarówno z prawnego, jak i z praktycznego punktu widzenia. Wniesienie wadium jest bowiem prawidłowe, jeżeli tylko daje ono zamawiającemu możliwość skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, albowiem wówczas spełnia ono swoją zabezpieczającą rolę. W świetle przedstawionych powyżej rozważań KIO stwierdziła, że w niniejszym przypadku, tj. objęcia gwarancją ubezpieczeniową tylko jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Gwarant będzie miał możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej, w sytuacji, gdy przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego z Wykonawców, tj. Spółki (...). Dlatego też w ocenie KIO nie można uznać, że złożona przez Konsorcjum (...) oferta wspólna, została prawidłowo zabezpieczona wadium. W konsekwencji zaniechanie wykluczenia Konsorcjum (...) z postępowania stanowiło naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, i miało wpływ na końcowy wynik postępowania, co wobec dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy pzp doprowadziło do uwzględnienia przez KIO odwołania.

Z kolei w ocenie KIO nie potwierdziły się zarzuty dotyczące zaniechania odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwa (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółki z o.o. z siedzibą w S. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy pzp (tj., że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, że zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia). KIO uznało, że skoro zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp, to tym samym Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym do wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółki z o.o. z siedzibą dla lidera konsorcjum w S..

Skargę od powyższego wyroku wywiedli Konsorcjum firm (...): Przedsiębiorstwa (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółka z o.o. z siedzibą dla lidera w S., któremu zarzucili:

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt. 2 ustawy pzp poprzez jego błędne zastosowanie i uznanie, że Skarżący nie wnieśli wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rozbudowę drogi wojewódzkiej nr (...) na odcinku od S. G. przez J. do węzła autostrady (...)” przez Zamawiającego Zarząd Dróg Wojewódzkich w G.,

- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 45 ust. 6 pkt. 4 pzp prawo poprzez jego błędną wykładnię polegającą na nieuzasadnionym przyjęciu przez KIO, wbrew treści przepisu, iż Gwarancja wadialna winna wskazywać, że wadium zostało wniesione przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, podczas gdy z treści przepisu taki wymóg nie wynika,
- naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 23 ust. 2 ustawy pzp w związku z art. 46 ust. 4a oraz art. 46 ust. 5 pkt. 1-3 ustawy pzp poprzez ich błędną wykładnię i uznanie, że przesłanki wskazane w art. 46 ust. 4a oraz w art. 46 ust- 5 pkt. 1-3 ustawy pzp materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego,
- naruszenie art. 65 § 1 k.c. w związku z art. 101 § 1 k.c. oraz w związku z postanowieniem § 6 umowy konsorcjum z dnia 7 maja 2015 roku oraz w związku z treścią pełnomocnictwa z dnia 16 lipca 2015 roku, w związku z art. 14 ustawy pzp poprzez błędną wykładnię treści pełnomocnictwa udzielonego przez Partnera Konsorcjum (...) oraz błędną wykładnię umowy konsorcjum polegającą na przyjęciu, że Lider Konsorcjum wniósł wadium w imieniu własnym,
- naruszenie art. 190 ust. 7 w związku z art. 190 ust. 1 ustawy pzp poprzez przyjęcie ustaleń sprzecznych za zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym, a w szczególności sprzecznych z treścią postanowień umowy konsorcjum z dnia 7 maja 2015 roku oraz sprzecznych z treścią pełnomocnictwa z dnia 16 lipca 2015 roku, a także zaniechanie wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania i orzeczenie co do istoty sprawy o zasądzenie od przeciwnika skargi (...) S.A. w W. kosztów postępowania wg norm przepisanych (k. 94).

Skargę od powyższego wyroku KIO wywiódł również Zamawiający – Zarząd Dróg wojewódzkich w G., który zarzucił:

- sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Gwarancja wadialna nie zabezpieczała oferty (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółki z o.o.,
- sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Zamawiający zaniechał wykluczenia oraz odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwa (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółki z o.o.,
- naruszenie prawa materialnego, tj. art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp poprzez niewłaściwe jego zastosowanie, polegające na bezpodstawnym uznaniu, że Gwarancja wadialna nie zabezpieczała oferty wykonawców Przedsiębiorstwa (...) S.A. oraz (...) Budownictwo spółki z o.o.,
- naruszenie art. 65 § 1 i § 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy pzp przez jego niezastosowanie,
- nieustosunkowanie się do żadnego z zarzutów wskazanych przez Zamawiającego.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania (...) S.A. z siedzibą w W., o obciążenie przeciwnika skargi (...) S.A. kosztami postępowania skargowego oraz postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz o zasądzenie od przeciwnika skargi (...) S.A. na rzecz Skarżącego Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na obie skargi przeciwnik skargi (...) S.A. wniósł o oddalenie skarg oraz o zasądzenie od skarżących na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z 22 stycznia 2016 roku Sąd Okręgowy w Gdańsku w sprawie o sygn. akt XII Ga 697/15 oddalił obie skargi (punkt I), zasądził solidarnie od wykonawców Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. (lider) oraz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. na rzecz przeciwnika (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym (punkt II) oraz zasądził od zamawiającego Zarządu Dróg Wojewódzkich w G. na rzecz przeciwnika skargi (...) Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 3.600 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu skargowym.

Obie skargi, jako niezasadne nie zasługiwały na uwzględnienie.

Sąd Okręgowy w całości podzielił ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz ich ocenę prawną a tym samym przyjął je za własne. Spór sprowadzał się w zasadzie do rozstrzygnięcia kwestii, czy Gwarancja wadialna - ubezpieczeniowa obejmująca zdaniem KIO tylko jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stanowi tym samym nieprawidłowo złożone wadium, jako zabezpieczenie ich wspólnej oferty. W ocenie Sądu Okręgowego podniesione w skargach zarzuty nie zdołały podważyć trafności stanowiska KIO wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp stanowi m.in., iż z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. W świetle powyższego za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia, uznaje się, co oczywiste nie tylko fakt nie wniesienia wadium w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy - wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie jednak mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji ubezpieczeniowej, a w konsekwencji nieskuteczności gwarancji. W realiach niniejszej sprawy Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – tworzący Konsorcjum (...), twierdzą, że skutecznie złożyli wadium w formie gwarancji wadialnej - ubezpieczeniowej. Jednakże w ocenie Sądu Okręgowego trafnie KIO uznała, iż przedstawiona przez skarżących „Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium” z 14 lipca 2015 r. jest nieskuteczna a w konsekwencji nie mogła spełnić swojej roli przypisanej stosownymi przepisami ustawy pzp. Gwarancja ubezpieczeniowa jest jedną z form wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy (art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy pzp). Mimo jej powszechnego stosowania w obrocie nie ma stricte szczegółowego uregulowania w prawie polskim. Zgodzić należy się ze Skarżącymi o tyle, że brak jest przepisów, które obligowałyby do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści. Dlatego też to strony w drodze umownej mogą kształtować zobowiązania wynikające z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta. Jednakże, skoro Skarżący zdecydowali się na wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to musiała ona spełniać swój podstawy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń każdego zamawiającego. W ocenie Sądu Okręgowego to „należyte” i „dające pewność” zabezpieczenie interesów zamawiającego wyznacza i determinuje skuteczność gwarancji wadialnej. Dokonując, zatem analizy z uwzględnieniem powyższych kryteriów - dokumentu Gwarancji wadialnej złożonego przez Konsorcjum (...), Sąd Okręgowy za KIO uznał, że nie czynił on zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium. Zgodzić się, bowiem należy z KIO, że treść Gwarancji wadialnej nie pozostawia wątpliwości, iż zakresem ochrony ubezpieczeniowej objęte zostały działania lub zaniechania Zobowiązanego, którym jest wyłącznie jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Przedsiębiorstwo (...) S. A. z siedzibą w S.. Z żadnego postanowienia Gwarancji wadialnej nie wynika, że obejmuje ona także okoliczności związane ze wspólnym ubieganiem się o udzielenie zamówienia ani też nie wskazuje drugiego z Wykonawców wchodzącego w skład Konsorcjum, tj. (...) Spółkę z o.o. W konsekwencji Sąd Okręgowy, nie podzielił poprzednio dominującego poglądu w orzecznictwie, iż w przypadku wadium zabezpieczającego ofertę składaną przez konsorcjum, wystarczające jest, aby gwarancja wymieniała tylko jednego z uczestników takiego konsorcjum. W ocenie Sądu Okręgowego koniecznym było, bowiem wymienienie w treści Gwarancji wadialnej bądź wszystkich Wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego - w myśl art. 23 ust. 1 ustawy pzp w związku z ust. 3 ustawy pzp, a co najmniej zasygnalizowanie Gwarantowi, że Zleceniodawca jako strona stosunku „gwarancyjnego” jest liderem i jednym z uczestników Konsorcjum (...), działającym także w imieniu ale i na rzecz drugiego uczestnika Konsorcjum, jako Wykonawcy – którzy, zatem wspólnie złożyli w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby Gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. Wszystko też po to, aby nie było żadnych wątpliwości interpretacyjnych i trudności w przypisaniu

wadium do konkretnej oferty oraz związanych z ustalaniem zakresu zobowiązań gwaranta oraz jak to już wskazano powyżej - żeby gwarancja spełniła swój cel, tj. należycie zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta), poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji nie wywiąże się ze swych powinności. Powinności te określone zostały przez ustawodawcę w art. 46 ustawy pzp, który stanowi, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana odmawia podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie, gdy nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Zamawiający wzywając wówczas do wypłaty mu sumy gwarancyjnej musi potwierdzić zaistnienie jednego z tych zdarzeń. Wynika to zresztą wprost z definicji gwarancji ubezpieczeniowej - która jest oświadczeniem woli zakładu ubezpieczeń (gwaranta), który zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do spełnienia określonego świadczenia pieniężnego (zapłaty sumy gwarancyjnej) na rzecz gwarantariusza (wierzyciela, beneficjenta gwarancji) w przypadku, gdy dłużnik - zobowiązany, nie wywiąże się z przyjętego zobowiązania wobec beneficjenta gwarancji. Z powyższej argumentacji wynika, że z treści gwarancji ubezpieczeniowej musi, więc jednoznacznie wynikać, jaki zabezpiecza, stosunek prawny i wynikające z niego zobowiązanie. Tymczasem literalne brzmienie Gwarancji wadialnej z 14 lipca 2015 r. pozwala na interpretację, że stosunek prawny zaistnieje tylko i wyłącznie pomiędzy beneficjentem gwarancji (Zamawiającym) Zarządem Dróg Wojewódzkich w G. - a Zleceniodawcą gwarancji (Zobowiązanym) tj. Przedsiębiorstwem (...) S.A. Przedmiotowa Gwarancja wadialna wystawiona de facto jedynie na zlecenie ww. Przedsiębiorstwa, nie wywołuje, zatem skutków prawnych wobec Konsorcjum (...), jako grupy wykonawców. W konsekwencji roszczenia z tytułu takiej Gwarancji powstają w razie zaistnienia wymienionych powyżej okoliczności (art 46 ustawy pzp) dotyczących wyłącznie tego Zobowiązanego, który został imiennie wymieniony i objęty gwarancją. W takiej sytuacji zdaniem Sądu Okręgowego zachodzi, więc bardzo poważne ryzyko, że Zamawiający z uwagi na zawarte w przedmiotowej Gwarancji nieścisłości, co do podmiotowego zakresu gwarancji, może nie uzyskać od Gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego Wykonawcy, który nie został objęty tą Gwarancją. Sąd Okręgowy zwrócił przy tym uwagę na powszechnie znany i stosowany przez ubezpieczycieli formalizm, co do interpretacji zapisów umów ubezpieczeniowych, ogólnych warunków ubezpieczenia czy też gwarancji. W ocenie Sądu Okręgowego bardzo wysoce prawdopodobnym jest, zatem że w przypadku nie podpisania umowy z zamawiającym z winy wykonawcy nie objętego gwarancją, gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej zarzucając, że skoro nie „gwarantował” za takiego wykonawcę to też nie ziściły się przyczyny do „uruchomienia gwarancji” a nadto, że w takiej sytuacji w ogóle nie podjąłby decyzji o wystawieniu gwarancji, skoro wzrasta ryzyko odpowiedzialności gwaranta, tj. już nie tylko za jednego wykonawcę ale już za dwóch wykonawców. Dlatego też zastosowanie w tym przypadku interpretacji forsowanej przez obu Skarżących nie jest zdaniem Sądu Okręgowego dopuszczalne, nie zabezpiecza w sposób pewny interesów finansowych Zamawiającego, dysponującego przecież publicznymi środkami pieniężnymi. Sąd Okręgowy odwołuje się w tym miejscu do podobnego stanowiska KIO wyrażonego w uzasadnieniu do wyroków z 15 września 2014 r. sygn. KIO 1785/14 i 7 stycznia 2015 r. sygn. KIO 2694/14, w których uznano, że „Wystawca gwarancji (ubezpieczyciel) nie jest zobowiązany do rozszerzającej interpretacji treści wystawionej przez siebie gwarancji ubezpieczeniowej. Ma, bowiem prawo uznać, że podmiot nie wymieniony wprost w treści gwarancji jest osobą trzecią w stosunku do wystawcy gwarancji, za działania i zaniechania której gwarant nie ponosi odpowiedzialności. A skoro tak, to gwarant może odmówić wypłaty sumy objętej gwarancją w sytuacji, gdy podstawa żądania wypłaty sumy gwarancyjnej będą działania lub zaniechania podmiotu nie wymienionego wprost w treści gwarancji”.

Sąd podkreślił, że za powyższym stanowiskiem przemawia także i to, że Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się, jako tzw. konsorcjum wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków. Stąd też prawidłowo KIO uznała, iż przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a i 46 ust. 5 pkt 1-3 ustawy pzp zawsze materializują się odrębnie, co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Sądu Okręgowego powyższej oceny nie zmienia także treść umowy Konsorcjum z 7 maja 2015 r. oraz pełnomocnictwa z 16 lipca 2015 r. Wynika to z faktu, iż byt gwarancji ubezpieczeniowej jest niezależny od stosunku

podstawowego, jaki łączy osobę ubiegającą się o wspólne zamówienia (Partnera Konsorcjum) z osobą, za którą gwarant gwarantuje (Lidera Konsorcjum). Zakres gwarancji ubezpieczeniowej jest tylko i wyłącznie wyznaczony treścią dokumentu gwarancyjnego, który ma podstawowe znaczenie dla określenia zobowiązania gwaranta. Słusznie KIO wskazała, że zobowiązanie gwaranta ma charakter zobowiązania abstrakcyjnego, nieakcesoryjnego, co tym samym oznacza, iż Skarżący nie mogą odwoływać się do treści ww. umowy i pełnomocnictwa, jako podstawy do ich zdaniem właściwej interpretacji dokumentu Gwarancji wadialnej. Poza tym podzielenie stanowiska Konsorcjum (...) oznaczałoby, iż o zakresie zobowiązania gwaranta decydowałaby wola konsorcjantów, a nie gramatyczna wykładnia treści gwarancji. Skarżący twierdzą, iż z ww. umowy konsorcjum wprost wynika, że wadium zostanie wniesione przez Lidera Konsorcjum (...) w imieniu wszystkich stron, jak również że (...) Konsorcjum Spółka (...) udzieliła pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum do wniesienia w jego imieniu wadium w postępowaniu. Nie negując powyższego, w ocenie Sądu Okręgowego, tym bardziej (...) S.A. działający w ramach tego upoważnienia powinien był ujawnić wobec (...) S.A., że działa, także jako pełnomocnik Konsorcjum (...). Tymczasem z treści dokumentu Gwarancji wadialnej okoliczność taka w żaden sposób nie wynika, tj. aby Przedsiębiorstwo (...) S.A. działało w imieniu i na rzecz Konsorcjum (...). Wprost przeciwnie, jako jedyny Zleceniodawca wymieniony jest wyłącznie ww. podmiot. W takiej sytuacji wzajemne relacje między konsorcjantami, regulowane treścią przywołanej powyższej umowy i zakresem ww. pełnomocnictwa pozostają bez wpływu zakres podmiotowy gwarancji. Dla wzmocnienia powyższego wyводу Sąd Okręgowy przywołał następujące stanowisko Sądu Najwyższego do wyroku z 7 stycznia 1997 r. sygn. I CKN 37/96 - „Istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego skierowanego do beneficjenta gwarancji)”.

W efekcie powyższych rozważań Sąd Okręgowy uznał, iż wniesione wadium nie dawało Zamawiającemu możliwości skutecznego zrealizowania swoich roszczeń w przypadku zaistnienia okoliczności uzasadniających zatrzymanie wadium, z przyczyn leżących po stronie Partnera Konsorcjum nieobjętego gwarancją ubezpieczeniową (Spółki (...)). Słusznie, więc uznała KIO, że w takim przypadku zaniechanie wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia z postępowania, stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy pzp. Nie można natomiast podzielić zarzutu jakoby KIO uznała, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Wykonawców. Jak wynika, bowiem z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, KIO uznała, iż nie było podstaw do odrzucenia oferty Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (k. 10-11 uzasadnienia).

Zamierzonego rezultatu nie mogły również odnieść zarzuty Zamawiającego, co do naruszenia przez KIO art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy pzp poprzez ich niezastosowanie. W ocenie Sądu Okręgowego Skarżący, bowiem w żaden sposób nie uzasadnił w czym upatruje naruszenia powyższych przepisów, przez co uniemożliwił dokonanie kontroli instancyjnej. Gdyby jednak przyjąć, że Skarżący naruszenia art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z art. 14 ustawy pzp upatrywał w nieprawidłowej wykładni Gwarancji wadialnej - ubezpieczeniowej, to zdaniem Sądu Okręgowego kwestia ta została już omówiona powyżej.

Nie sanuje powyższego „braku” przedmiotowej gwarancji wadialnej przywoływana przez obu skarżących zasada solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, jako podmiotów wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia publicznego w formie konsorcjum – a wynikająca z przywoływanego przez nich art. 141 ustawy pzp. Sąd Okręgowy w całości podzielił stanowisko KIO, jak i przeciwnika skargi (...) S.A., że solidarność objęta hipotezą ww. normy dotyczy wyłącznie ich stosunków z Zamawiającym i nie wywiera skutków prawnych wobec osób trzecich, a więc wobec Gwaranta. Ponadto z brzmienia tego przepisu wynika, że solidarna odpowiedzialność konsorcjantów dotyczy tylko etapu - wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A contrario, nie odpowiadają oni solidarnie za inne czynności w toku postępowania np. za skutki przeszkód w zawarciu samej umowy, a więc w ogóle nie obejmuje kwestii wadium. Niezależnie od powyższego do konsorcjum wykonawców nie można też zastosować przepisu art. 370 k.c. lub też art. 864 k.c. dotyczącego solidarnej odpowiedzialności współników. Ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani też nie posiada wspólnego majątku. Każdy z konsorcjantów odpowiada za długi indywidualnie (syngularnie) całym swoim majątkiem. Konsorcjum (art. 23 ust. 1 ustawy pzp), pomimo, że ma pewne wspólne cechy dla umowy spółki, to jednak nie jest jako takie samodzielny podmiotem

praw i obowiązków oraz nie jest trwałym związkiem gospodarczym. Przyczyną do jego stworzenia (zawiązania) jest zwykle połączenie sił kilku odrębnych podmiotów gospodarczych, tak aby zwiększyć w ten sposób potencjał finansowy, osobowy, techniczny jego członków a w konsekwencji, aby zwiększyć swoje szanse na wygraną przetargu. Solidarność zobowiązania musi zgodnie z art. 369 k.c. wynikać albo z ustawy albo z czynności prawnej. Jak to wyżej przedstawiono w realiach niniejszej sprawy solidarność taka nie wynika ani z ustawy pzp (oprócz solidarności powstałej już podpisaniu umowy z zamawiającym) ani z umowy konsorcjum z 7 maja 2015 r. ani też z czynności w postaci złożenia wspólnej oferty.

Sąd Okręgowy nie podzielił oceny zaprezentowanej przez Skarżącego Zamawiającego, że KIO nie ustosunkowała się do żadnego z zarzutów wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z 15 września 2015 r. Wyjaśnił, iż przedmiotem zarówno odwołania (...) S.A., jak i pisma zamawiającego z 15 września 2015 r. była kwestia zaniechania wykluczenia i odrzucenia oferty Konsorcjum (...). W treści uzasadnienia zaskarżonego wyroku KIO wyczerpująco ustosunkowała się do wymienionych kwestii. Sam fakt, że KIO nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, nie oznacza jeszcze, że nie ustosunkowała się do zarzutów Skarżącego.

Podsumowując Sąd Okręgowy przyjął, że przedmiotowa Gwarancją wadialna wskazuje tylko jednego z Wykonawców wchodzącego w rzeczywistości w skład Konsorcjum (...), a tym samym określa tylko warunki wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w powiązaniu z działaniem lub zaniechaniem tylko tego konkretnego wykonawcy, tj. Przedsiębiorstwa (...) S.A. To z kolei skutkuje uznaniem, że Gwarancja wadialna skuteczna tylko wobec jednego z członków Konsorcjum (...) nie zabezpiecza interesów Zamawiającego a w konsekwencji, że oferta wspólna Skarżących nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, co implikuje konieczność ich wykluczenia z postępowania. Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Dlatego też na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalił skargi jako bezzasadne, o czym orzekł jak w punkcie I sentencji wyroku.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skarg Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w związku z art. 198f ust. 5 ustawy pzp. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Biorąc pod uwagę, że skargi okazały się bezzasadne i podlegały oddaleniu kosztami postępowania wywołanego wniesieniem skarg należało obciążyć Skarżących. Na koszty te składało się wyłącznie wynagrodzenie pełnomocnika Przeciwnika skargi tj. (...) S.A. W związku z brakiem regulacji dotyczącej stawek wynagrodzenia z tytułu zastępstwa procesowego w postępowaniu wywołanym wniesieniem skargi, Sąd Okręgowy ustalił tę wartość kierując się treścią przepisu § 6 pkt 7 w związku § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz.1349), zasądzając od każdego ze Skarżących z osobna na rzecz Przeciwnika skargi po 3.600 zł, o czym Sąd Okręgowy orzekł jak w punkcie II i III sentencji wyroku.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 w związku z art. 23 ust 1 i ust. 3 w związku z art. 46 ust. 4a i ust. 5 art. 45 ust. 6 pkt 4 p.z.p. poprzez błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że brak wskazania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w treści ubezpieczeniowej gwarancji wadialnej oznacza brak zabezpieczenia oferty wadium, gdyż przesłanki zatrzymania wadium materializują się odrębnie co do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, co winno skutkować wykluczeniem ww. wykonawców z udziału w postępowaniu z powodu niewniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert. Zarzucił też naruszenie art. 370 w związku z art. 44 w związku z art. 380 § 1 k.c. w związku z art. 70³ § 3 w związku z art. 70² § 3 k.c. w związku z art. 14 i art. 139 ust. 1 w związku z art. 23 ust. 1 i 3 w związku z art. 46 ust. 4a i ust. 5 p.z.p. poprzez ich błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego odpowiadają solidarnie wyłącznie za wykonanie umowy oraz zabezpieczenie należytego jej wykonania, a zatem brak jest podstaw do przypisania wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia

publicznego solidarnej odpowiedzialności w kwestii wadium, podczas gdy prawidłowa wykładnia przywołanych przepisów winna prowadzić do przyjęcia, że solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego istnieje również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a więc odpowiadają oni łącznie za realizację uprawnień zamawiającego w kwestii zatrzymania wadium z tytułu gwarancji wadialnej wystawionej na pełnomocnika konsorcjum. Skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 września 2015 r. i oddalenie w całości odwołania (...) SA, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Gdańsku.

Wyrokiem z 15 lutego 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt IV CSK 86/17 Sąd Najwyższy uchylił wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22 stycznia 2016 r. i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

Uzasadniając swoje stanowisko Sąd Najwyższy zgodził się z Sądem Okręgowym, że wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla Zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. O tym, czy tak jest w konkretnym przypadku, decyduje - co trafnie dostrzegły orzekające w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy - treść gwarancji ubezpieczeniowej, która może być ukształtowana różnie. Ze względu na brak odrębnej regulacji ustawowej - ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., póź. 1844 ze zm.) poprzestaje w zasadzie na uwzględnieniu umowy gwarancji ubezpieczeniowej w katalogu czynności ubezpieczeniowych (art. 4 ust. 7 pkt 1 i 2) - należy uznać, że w tym względzie co do zasady miarodajne są reguły dotyczące ustawowo uregulowanej gwarancji bankowej (por. też wyroki Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, póź. 146; z 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15, nie publ.). Nawiązując zatem do dorobku powstałego na gruncie art. 81 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (ówcześnie tekst jedn. Dz. U. z 2015 r., póź. 128 ze zm.; dalej także: p.b.), można wskazać, że gwarancja ubezpieczeniowa jest jednostronnym zobowiązaniem ubezpieczyciela-gwaranta, że po ziszczeniu się określonych w nim „warunków”, które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, ubezpieczyciel ten spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Tak ukształtowane zobowiązanie gwaranta ma charakter nieakcesoryjny, co oznacza, że gwarant nie może powołać się na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, a więc np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, póź. 146, z 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ., z 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, nr 3, póź. 33, z 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Wynika to już z zasady względności zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09), znajduje potwierdzenie w art. 87 p.b. i legło u podstaw nowelizacji art. 82 p.b. z dnia 1 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy Prawo bankowe oraz o zmianie innych ustaw (Dz.U. Nr 91, poz. 870; por. uzasadnienie projektu nowelizacji Sejm IV kadencji, druk nr 2116; por. też art.5a zd. 1 Jednolitych Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie - Uniform Rules of Demand Guarantees - przyjętych przez Międzynarodową Izbę Handlową w dniu 3 grudnia 2009 r., Publikacja MIH nr 758). Tym niemniej, korzystając ze swobody umów (art. 3531 k.c.) strony mogą ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne sposoby (por. wyroki Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Mogą zatem postanowić, że zobowiązanie gwaranta aktualizować się będzie tylko w razie spełnienia materialnych „warunków” zapłaty - rzeczywistego wystąpienia wypadku gwarancyjnego - np. niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczonego zobowiązania, co podlega dowodzeniu na zasadach ogólnych i zakłada, iż zobowiązanie to istniało, zaktualizowały się przesłanki jego wymagalności oraz nie zostało wykonane (por. wyroki Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Strony mogą też postanowić, że zobowiązanie gwaranta zaktualizuje się już w razie przedstawienia gwarantowi dokumentów - ściśle określonych w treści gwarancji - „stwierdzających” spełnienie „warunków” zapłaty (tzw. gwarancja dokumentowa). Nie zależy ono i wówczas bezpośrednio od ziszczenia się jakichkolwiek przesłanek „warunków” materialnoprawnych,

leżących poza stosunkiem gwarancji. W przypadku zaś cieszącej się szczególną popularnością w obrocie gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie” strony uzależniają zazwyczaj ciężący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczone zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika. Ustalenie wynikającego z treści gwarancji stopnia zależności między zobowiązaniem gwaranta a istnieniem (ważnością), treścią i zdarzeniami (zwłaszcza niewykonaniem zobowiązania) dotyczącymi zabezpieczonego zobowiązania jest kwestią wykładni oświadczeń woli stron umowy gwarancji (art. 65 k.c.), uwzględniającej cały ich kontekst w aspekcie treści, jak i okoliczności, w których zostały złożone (por. wyroki Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z 29 listopada 2013 r., I CSK 90/13, OSNC-ZD 2015, nr 1, poz. 12). Samo posłużenie się zwyczajową formułą gwarancji „bezwarunkowej” i „na pierwsze żądanie” - jakkolwiek stanowiące bardzo ważną wskazówkę co do woli stron (por. wyrok Sądu Najwyższego z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z 27 marca 2013 r., I CSK 630/12). Z drugiej strony, samo nawiązanie w treści gwarancji - co jest sytuacją typową - do stosunku prawnego, z którego ma wynikać zabezpieczone zobowiązanie, nie przesądza o pośredniej (za pośrednictwem zarzutów opartych na treści gwarancji) „akcesoryjności” zobowiązania gwaranta (por. art. 5.A zd. 2 Jednolitych R. dla Gwarancji Płatnych na Żądanie; art. IV.G. - 3:101 (1) Draft C. (...) of R.). Cel gwarancji, którym jest udzielenie zabezpieczenia wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji - por. art. 82 p.b.) na wypadek, gdyby dłużnik nie wykonał określonego obowiązku, może być realizowany zarówno przez zabezpieczenia akcesoryjne (np. poręczenie), jak i nieakcesoryjne. W przypadku nieakcesoryjnej gwarancji sama przez się okoliczność, że świadczenie gwaranta nie zrealizuje celu zabezpieczenia (np. zabezpieczone zobowiązanie było nieważne albo jego podstawa odpadła) nie dezaktualizuje jego zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r., III CSK 155/14) i ma w zasadzie tylko to znaczenie, że czyni zapłatę nienależną w relacji między dłużnikiem a beneficjentem gwarancji (por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, nie publ.). Gwarancja ma zwykle stwarzać zabezpieczenie pewne i szybkie w realizacji, a celowi temu sprzeciwiałoby się wikłanie stron stosunku gwarancji w spór co do istnienia, ważności i kwestii niewykonania zabezpieczonego zobowiązania. Tylko w wyjątkowych przypadkach - zwłaszcza wtedy, gdy niecelowość zapłaty jest oczywista (np. dłużnik poinformował gwaranta i wykazał dokumentem, że zabezpieczone zobowiązanie wygasło wskutek zapłaty albo że umowa, z której wynikało to zobowiązanie, została rozwiązana) albo doszło do zмовы zainteresowanych - „bezelowość” świadczenia gwaranta może uzasadniać powołanie się przezeń względem beneficjenta na zarzut nadużycia prawa (por. uchwałę pełnego składu Izby Cywilnej Sądu Najwyższego z 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135; wyroki Sądu Najwyższego: z 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, z 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Przypisując trafnie podstawowe znaczenie treści Gwarancji wadialnej, Sąd Okręgowy dokonał jednak - podobnie jak Krajowa Izba Odwoławcza - tylko jej szczątkowej wykładni i poprzestał w istocie na stwierdzeniu, że jako zleceniodawcę i oferenta wskazano w niej (...) S.A., co ma przesądzać, iż Zamawiający mógł skorzystać z Gwarancji tylko wtedy, gdyby to (...) S.A. nie wykonał ciężących na nim zobowiązań. Tymczasem, jak wynika z poczynionych uwag, decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 k.c.), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków” i formalnych przesłanek zapłaty. Już z tego względu teza Sądu o naruszeniu art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. nie może być - jako przedwczesna uznana za prawidłową, a wyrok podlegał uchyleniu. Dodatkowo zgodził się Sąd Najwyższy z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza nie mają charakteru solidarnego. Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 p.z.p. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotami obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), są świadczenia niepodzielne. Także bowiem wtedy, gdy wykonawcy ubiegają się o udzielenie zamówienia wspólnie, zamówienie jest jedno, jedna (wspólna) jest składana przez nich oferta i jako wspólne powinny być postrzegane wszelkie obowiązki związane z jej złożeniem oraz wadium. Jedynie częściowe wykonanie tych obowiązków - ich wykonanie przez poszczególnych wykonawców w odniesieniu do nich samych, bez ich wykonania przez pozostałych - nie ma żadnej wartości dla Zamawiającego, nie umożliwia bowiem wyboru oferty ani zawarcia umowy. Dlatego też należy uznać, zgodnie z art. 380 § 1 k.c., że wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za ich wykonanie. In casu oznacza to, że w razie niewykonania któregośkolwiek z obowiązków przez (...) sp. z o.o., odpowiedzialność z tego tytułu ponosiły także

(...) S.A. W przypadku wniesienia wadium w pieniądzu wyrażałoby się to w tym, że Zamawiający miałby podstawę do jego zatrzymania w całości, choćby bezpośrednią przyczyną zatrzymania były tylko zaniechania (...) sp. z o.o. Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje - jak wyjaśniono - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczanego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.). Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”. Ma to także znaczenie dla dopuszczalności złożenia przez beneficjanta stosownego oświadczenia o tym, że zaistniały przyczyny aktualizujące zobowiązanie gwaranta - także wtedy, gdy przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji - a tym samym spełnienia formalnej przesłanki zapłaty. W razie odpowiedzi pozytywnej - z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (zleceniodawca, oferent itp.) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta. Z tych względów, na podstawie art 398¹⁵ § 1 k.p.c. Sąd Najwyższy orzekł, jak w sentencji.

Sąd Okręgowy po ponownym rozpoznaniu sprawy zważył, co następuje:

Obie skargi, jako niezasadne nie zasługiwały na uwzględnienie. Sąd Okręgowy w całości podzielił natomiast ustalenia faktyczne poczynione przez Krajową Izbę Odwoławczą i przyjął je za własne, wobec czego wystarczające było odniesienie się do tych argumentów i ocen, które zostały zakwestionowane w złożonych środkach odwoławczych. Stan faktyczny nie był przy tym w zasadzie w ogóle sporny, gdyż jedyny zarzut formalnie skierowany przeciwko tym ustaleniom dotyczył w istocie kwestii materialnoprawnych.

Już na wstępie zauważyć należało, a co wynika także z zapadłego w sprawie wyroku Sądu Najwyższego, że spór w niniejszej sprawie sprowadzał się w istocie wyłącznie do rozstrzygnięcia kwestii, czy przedstawiona przez skarżących - Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w S. oraz (...) Budownictwo Spółki z o.o. z siedzibą w S., gwarancja wadium - ubezpieczeniowa stanowiła prawidłowo złożone wadium, jako zabezpieczenie złożonej w ramach Konsorcjum oferty. W ocenie Sądu Okręgowego, po dokonanej zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego analizie sprawy, podniesione w skargach zarzuty wciąż nie zdołały podważyć trafności stanowiska KIO wyrażonego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. W tym miejscu Sąd Okręgowy zaznacza, iż zarzuty obydwu skarg zmierzały łącznie do podważenia w istocie wyłącznie jedynej spornej w sprawie kwestii i zasadnym będzie całościowe odniesienie się do tego zagadnienia, bez konieczności każdorazowego wskazywania na konkretne zarzuty.

Rozpocząć zatem należało od przypomnienia, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert. Zgodnie natomiast z art. 45 ust. 3 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Ponadto, w świetle art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Z

kolei w myśl art. 46 ust. 5 ustawy Pzp, Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana: 1) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie; 2) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy; 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

W świetle powyższego raz jeszcze stanąć należało na stanowisku, iż za brak wadium wypełniający ww. przesłankę wykluczenia, uznać należy nie tylko fakt niewniesienia wadium w ogóle, ale także wniesienie wadium w sposób nieprawidłowy - wadium, które w świetle zidentyfikowanych okoliczności faktycznych lub prawnych nie będzie mogło posłużyć do zabezpieczenia roszczeń zamawiającego np. na skutek wad stanowiącej wadium gwarancji ubezpieczeniowej, a w konsekwencji nieskuteczności gwarancji. W realiach niniejszej sprawy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia złożyli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, która jest jedną formą wniesienia wadium dopuszczoną przepisami ustawy (art. 45 ust. 6 pkt 4 ustawy PZP). Gwarancja ubezpieczeniowa, mimo jej powszechnego stosowania w obrocie nie doczekała się jednak szczegółowego uregulowania w prawie polskim, co do czego zgodne były wszystkie strony sporu. Brak jest zatem przepisów, które obliłowałyby do złożenia gwarancji ubezpieczeniowej o określonej treści. Dlatego też strony w drodze umownej mogą kształtować zobowiązania wynikające z umowy gwarancji, w tym zakres odpowiedzialności gwaranta. Jednakże skoro skarżący zdecydowali się na wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, to musiała ona spełnić podstawy cel wadium, jakim jest należyte zabezpieczenie roszczeń zamawiającego i właśnie ten aspekt wyznacza skuteczność gwarancji wadium. Przypomnieć w tym miejscu należy, iż zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego wyrażonym w niniejszej sprawie wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej można uznać za prawidłowe i wystarczające tylko wtedy, gdy stwarza dla zamawiającego podstawę do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty pieniężnej niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia doprowadził do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Już tylko z tej przyczyny stanowisko skarżących odnośnie tego, że zabezpieczenie interesów zamawiającego wyłącznie w kontekście działań lidera konsorcjum i tych zależnych od niego (a zdaniem skarżących wszystkie działania i tak mają taki charakter) jest wystarczające dla spełnienia przesłanki skuteczności gwarancji wadium, nie znajduje swojego uzasadnienia. Tym bardziej, iż jak słusznie wskazywał przeciwnik skargi, SIWZ przewidywała, że dokumenty dotyczące drugiego z członków konsorcjum – (...) Sp. z o.o. musiałyby być podpisane także przez ten podmiot i nie mogło zostać to konwalidowane samodzielnie przez (...) S.A. To z kolei mogło doprowadzić do ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a i 5 PZP. Tym samym zabezpieczenie wyłącznie przed konsekwencjami działań lub zaniechań lidera konsorcjum nie mogło realizować interesów zamawiającego. Przechodząc do dalszych rozważań, przypomnieć należy, iż o przesłankach realizacji gwarancji decyduje – jak to Sąd Najwyższy wyjaśnił i podkreślał - treść gwarancji. W sytuacji, w której jako dłużnika (zleceniodawcę, dostawcę, wykonawcę, oferenta) zobowiązanego do zaspokojenia zabezpieczonego roszczenia wskazano w gwarancji jedynie jednego z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, a wskazane w gwarancji przyczyny uzasadniające żądanie zapłaty pokrywają się z wymienionymi w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., decydujące znaczenie dla oceny, czy wadium wniesiono prawidłowo, powinna mieć wykładnia zastrzeżenia sformułowanego jako „z przyczyn leżących po jego stronie” (por. art. 46 ust. 4a i ust. 5 pkt 3 p.z.p.).

Za Sądem Najwyższym przyjąć zatem należało, iż rozważenia zatem w niniejszej sprawie wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) - czy wyżej wskazane określenie obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. Inaczej mówiąc, wymaga rozstrzygnięcia, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”.

Po dokonaniu analizy zgodnie z wytycznymi Sądu Najwyższego, Sąd Okręgowy uznał, iż dokument złożony przez konsorcjum firm nie czynił jednak zadość obowiązkowi skutecznego wniesienia wadium, bowiem nie spełniał opisanych wyżej wymogów.

Dostrzeżenia wymagało w pierwszej kolejności, że konieczność wypłaty przez gwaranta kwoty zabezpieczonej w gwarancji ubezpieczeniowej składanej tytułem wadium w sytuacjach wynikających z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy

Pzp, nie może budzić wątpliwości. W szczególności za niedopuszczalną należy uznać sytuację, w której wypłata kwoty z gwarancji zależy od dobrej woli gwaranta, bądź pozostaje uzależniona od interpretacji tej gwarancji dokonywanej wbrew jej treści. Ponadto obowiązek złożenia prawidłowego wadium spoczywa na tym wykonawcy, który chce nim zabezpieczyć swą ofertę. Mając świadomość, iż wadliwie wniesione wadium stanowi przesłankę dla wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinien dbać o swoje interesy i dołożyć wszelkiej staranności by dokument został złożony prawidłowo. Jak wskazuje się w orzecznictwie, treść gwarancji składanych tytułem wadium powinna być jasna, przejrzysta i czytelna (por. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 11 lipca 2013 r. X Ga 189/13). Ponadto ustawa Pzp w 45 ust. 6 określa dopuszczalne formy wadium, z których wszystkie powinny w jednakowy sposób zapewniać zaspokojenie roszczeń zamawiającego i być tak samo łatwo egzekwowalne jak wadium wniesione w gotówce. Powyższe dotyczy również gwarancji ubezpieczeniowej. Z treści gwarancji musiała zatem wynikać konieczność wypłaty przez ubezpieczyciela kwot wymienionych w gwarancji w sytuacjach, które zgodnie z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy Pzp uprawniają zamawiającego do zatrzymania wadium.

W realiach niniejszej sprawy, w gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium z dnia 14 lipca 2015 r. jako gwarant wskazany został (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w W., zaś jako zleceniodawca – Przedsiębiorstwo (...) Spółka Akcyjna z siedzibą w S.. Beneficjentem gwarancji był natomiast Zarząd Dróg Wojewódzkich w G.. Zgodnie z treścią gwarancji stanowiła ona zabezpieczenie zapłaty wadium, wystawione stosownie do przepisów określonych w art. 45 ustawy PZP. Zgodnie z jej treścią gwarant zobowiązał się nieodwołalnie, bezwarunkowo i zagwarantował zapłatę pełnej kwoty wadium na pierwsze, każde pisemne żądanie beneficjenta, jeżeli zleceniodawca – o ile jego oferta nie zostanie wybrana: a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego w warunkach określonych w ofercie, b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, c) zawarcie umowy w sprawie zamówienia stało się niemożliwe z przyczyn leżących po jego stronie. Dodatkowo zagwarantował zapłatę kwoty wadium jeżeli zleceniodawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust 3, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, pełnomocnictw, listy podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5, lub informacji o tym, że nie należy do grupy kapitałowej, lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co powodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Ponieważ ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 23 ustawy Pzp) to możliwość zaspokojenia interesów zamawiającego, tj. uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania „wykonawcy” rozumianego w tym przypadku jako dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub też wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu w treści gwarancji ubezpieczeniowej zrównane musiały zostać pojęcia „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy /zleceniodawcy” oraz „przyczyn, za które wykonawca/zleceniodawca odpowiada”.

W pierwszej kolejności odniósł się jednak Sąd Okręgowy do kwestii solidarności zobowiązania spółkonsorcjantów względem zamawiającego, przyjmując za Sądem Najwyższym, iż zobowiązanie to ma taki właśnie, tj. solidarny charakter. Powodować to miało automatyzm w przyjęciu, iż skoro podmioty odpowiadają za wykonanie bądź niewykonanie zobowiązania solidarnie, a odpowiedzialność zleceniodawcy względem zamawiającego nieodłącznie wiąże się także z odpowiedzialnością za działania innego członka konsorcjum, to winno mieć to odzwierciedlenie w ocenie skuteczności udzielonej przez gwaranta gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Sąd Okręgowy uznał jednak, iż solidarność spółkonsorcjantów względem zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Znaczenie takie ma bowiem wyłącznie okoliczność, którą potwierdził także i Sąd Najwyższy, że zobowiązanie gwaranta jest zobowiązaniem abstrakcyjnym, tj. niezależnym od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielnym (nieakcesoryjnym), którego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Charakter, istnienie, zakres samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji bankowej potwierdza regulacja zawarta w ustawie z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r, póź. 1376, z późn. zm.). Zgodnie z art. 81 tej ustawy gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie

beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku. Art. 87 ust. 2 tej ustawy stanowi natomiast o wymagalności roszczeń z tytułu gwarancji bankowej, choćby zobowiązanie, z którym gwarancja była związana, już wygasło. Uprawnia to tym samym stwierdzenie, iż ani sposób ukształtowania ani treść stosunku prawnego podstawowego (zamawiający - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia) nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta. Odpowiedzialność ta jest bowiem wyznaczona samą treścią gwarancji. Z pewnością zaś rozważania dotyczące gwarancji bankowej należy odnieść także i do gwarancji ubezpieczeniowej, mając na względzie zarówno podobieństwo jak i charakter oraz cel obu dokumentów.

Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych samą treścią gwarancji, tak w granicach jej przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 7 stycznia 1997 r. (sygn. akt I CKN 37/96), istota gwarancji przejawiająca się w odrębności przedmiotu zobowiązania gwaranta od długu głównego, przesądza, że wyłącznie rozstrzygającymi o odpowiedzialności gwaranta są postanowienia zawarte w treści oświadczenia (listu gwarancyjnego) skierowanego do beneficjanta gwarancji. Powoływanie się przez zamawiającego na okoliczności dotyczące jego relacji z wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia nie będzie skuteczne względem gwaranta. W efekcie okoliczność, że wskazany w treści gwarancji podmiot, którego działań lub zaniechań dotyczyć miałyby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta na działania i zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji.

Zatem nawet jeśli, jak w niniejszej sprawie, członkowie konsorcjum są zobowiązani solidarnie wobec zamawiającego, to wciąż byłaby to jedynie cecha stosunku podstawowego (zamawiający-wykonawcy), niewpływająca na treść stosunku gwarancji. Jeżeli natomiast gwarant zdecydowałby się wziąć odpowiedzialność również za działania i zaniechania ewentualnych i nieznanym sobie konsorcjantów wykonawcy zlecającego udzielenie gwarancji, musiałoby to znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji ubezpieczeniowej. Przejawem takim mogłoby być wskazanie, że przez wykonawcę/zlecającego należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w tym dokumencie, ale i wszystkich wykonawców, z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę. Tymczasem na próżno szukać w treści gwarancji ubezpieczeniowej z 14 lipca 2015 r. takich zastrzeżeń lub choćby ujawnienia świadomości gwaranta co do działania zlecającego jako lidera konsorcjum. Przeciwnie, podkreślane jest wielokrotnie przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po „jego” stronie (nie „ich”, czy „podmiotów powiązanych” czy „współwykonawców”), jako podmiotu w sposób pełny i kompletny zdefiniowanego już w komparycji gwarancji ubezpieczeniowej. Nie zaznaczono w tym miejscu by działał bądź zamierzał działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów, bądź by uzgodniono objęcie działań i zaniechań takich podmiotów definicją „przyczyn leżących po stronie zleceniodawcy”. Przeciwnie - z jej treści, ani wprost ani w sposób domniemany, nie wynika by rozszerzona została odpowiedzialność gwaranta także poza wprost wskazane w niej „przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy”. Wyłącznie zatem od dobrej woli gwaranta bądź ewentualnie wykładni treści tej gwarancji, poczynionej wbrew jej treści, uzależnione byłoby przyjęcie, iż obejmowała także przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny”. Podkreślić należy, iż ewentualne przyjęcie o objęciu gwarancją także i „przyczyn, za które zleceniodawca odpowiada” istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta. A wziąć pod rozwagę należy, iż z praktyki ubezpieczeniowej wynika, iż zakres ponoszonej przez gwaranta odpowiedzialności jest każdorazowo sprawdzany i ustalany jeszcze przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego. Gwarant udziela bowiem gwarancji w celu osiągnięcia zysku a zatem przede wszystkim realizacji własnego celu gospodarczego. Weryfikuje zatem szczegółowo kondycję ekonomiczną wykonawcy, na podstawie czego decyduje o akceptacji gwarancji i kalkuluje opłacalność dokonywanej z nim czynności. Stąd zdaniem Sądu Okręgowego gwarant w dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej precyzyjnie określa za jakie działania lub zaniechania i jakiego podmiotu bierze odpowiedzialność. Tym samym uznać należy, iż w treści tejże gwarancji znajduje odzwierciedlenie wyłączny - zarówno podmiotowy, jak i przedmiotowy - zakres odpowiedzialności gwaranta. Oczywistym jest, że w sytuacji, gdy gwarancja wystawiona jest na rzecz wyłącznie jednego członka konsorcjum ryzyko wystąpienia okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 ustawy PZP, może być przecież inne niż gdyby jej treścią objęte było więcej podmiotów. Biorąc

powyższe pod uwagę, aby uznać złożenie gwarancji ubezpieczeniowej za skuteczne, z przedłożonego przez skarżących dokumentu gwarancji powinien w jakikolwiek sposób wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust 5 ustawy PZP dotyczyć będą „wykonawcy” rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę bądź, że dotyczy warunków aktualizujących odpowiedzialność gwaranta rozumianych szerzej aniżeli „leżących po stronie zamawiającego”.

Tymczasem z treści przedłożonej przez skarżących gwarancji ubezpieczeniowej okoliczności takie w żaden sposób nie wynikają i nie sposób ich na żadnej podstawie domniemywać czy uzyskać w drodze wykładni gwarancji. Okoliczności, jakie należy brać pod uwagę przy dokonywaniu wykładni umowy (co stosować należy i do gwarancji) to przede wszystkim: zgodny zamiar stron i cel umowy, literalne brzmienie spornego postanowienia oraz całej umowy, kontekst słowny, w jakim postanowienie to zostało użyte w umowie, a nadto szeroko rozumiany kontekst sytuacyjny towarzyszący zawarciu danej umowy, przykładowo: czynności dokonywane przez strony przed zawarciem umowy, a związane już z jej zawarciem, czas, miejsce, przedmiot umowy, doświadczenie jej stron w obrocie, sytuacja osobista stron, itp. (por. m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 14 września 2017 r. I ACa 309/17, LEX nr 2402400). A jak już wyżej nadmieniono - za przyjęciem, iż gwarant swoją wolą obejmował nie tylko odpowiedzialność za wskazany w jej treści jako zleceniodawca podmiot, ale także inne, współdziałające z nim podmioty a także inne przesłanki aktualizujące jego odpowiedzialność niż wprost określone „przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy”, nie przemawiają ani literalne brzmienie gwarancji, ani ustalone zwyczaje ani praktyka ubezpieczeniowa ani żadna inna okoliczność. A z uwagi na powszechnie stosowany przez ubezpieczycieli formalizm gwarancji, jakakolwiek interpretacja rozszerzająca nie jest zdaniem Sądu Okręgowego dopuszczalna.

Prawidłowość gwarancji nieobejmującej wszystkich członków konsorcjum nie może być również wywodzona z faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie. Bezwarunkowość nie oznacza bowiem, że gwarant ponosi odpowiedzialność za zdarzenia, których nie objął ochroną, w tym za działania lub zaniechania podmiotu niewskazanego w treści gwarancji. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 25 stycznia 1995 r. (III CRN 70/94) wypowiadając się o odpowiedzialności gwaranta z gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie, odpowiedzialność ta nie jest nieograniczona i nie może być traktowana w sposób bezwzględny. W wyroku tym Sąd stwierdził, że bank, który udzielił drugiemu bankowi (kredytodawcy) gwarancji bezwarunkowej i na pierwsze żądanie może uchylić się od spełnienia świadczenia, jeżeli żądanie beneficjenta jest sprzeczne z treścią gwarancji (art. 3531 k.c.) albo stanowi nadużycie prawa (art. 5 k.c.). Żądanie wypłaty z gwarancji w związku z działaniem lub zaniechaniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy zgodnie z treścią gwarancji dotyczy ona zdarzeń związanych z udziałem w postępowaniu pojedynczego wykonawcy, byłoby sprzeczne z treścią tej gwarancji. W doktrynie wskazuje się, że gwarant może bronić się względem beneficjenta zarzutami wynikającymi z treści gwarancji (M. Pyziak-Szafnicka. Gwarancja autonomiczna, 1994 nr 2, s.20, A. Szpunar, Zabezpieczenia osobiste wierzycielności, Sopot 1997, s. 173; G. tracz, Umowa gwarancji, Kraków 1998, s. 261, Z. Radwański, J. Panowicz-Lipska, Zobowiązania-część szczegółowa, Warszawa 2008, s. 273, T. Spyra, [w:] F. Zoil (red.) , Prawo bankowe. Komentarz, Tom I, Kraków 2005, s. 790, za Poręczenia i gwarancja bankowa, R. Trzaskowski, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2011, s. 283).

Z uwagi na powyższe Sąd Okręgowy, za KIO, nie mógł podzielić stanowiska skarżących, że gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr KOR- (...) z dnia 14 lipca 2015 r. wystawiona na jednego członka konsorcjum ((...) S.A. w S.) zabezpiecza interesy zamawiającego a tym samym jest prawidłowa. Podzielił w ten sposób Sąd Okręgowy ugruntowane stanowisko orzecznictwa, wskazujące na konieczność objęcia treścią gwarancji wszystkich podmiotów wchodzących w skład konsorcjum (por. wyroki zespołów arbitrów: z 25 września 2002 r. sygn. akt: UZP/ZO/o-1221/02, z 24 stycznia 2006 sygn. akt UZP/ZO/o-149/06, wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 20 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1408/10, z 15 września 2014 r. sygn. akt KIO 1785/14, z 7 stycznia 2015 r. sygn. akt KIO 2694/14, z 5 maja 2015 r. sygn. akt KIO 813/15, z 22 maja 2015 r. sygn. akt KIO 974/15, z 1 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1251/15, z 17 września 2015 r. sygn. akt KIO 1936/15, z 5 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 82/16, z 8 października 2015 r., sygn. akt KIO 2067/15, 2069/15, 2071/15, z 2 listopada 2015 r., sygn. akt KIO 2287/15, wyroki sądów powszechnych: Sądu Okręgowego w Katowicach z 24 marca 2005 r. sygn. akt III Ca 39/05, Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 września 2015 r. sygn. akt XXIII Ga 1041/15,

Sądu Okręgowego w Gdańsku sygn. akt: XII Ga 697/15). Pogląd taki wyrażany jest również w piśmiennictwie (por. m.in. Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego, E. K., W. M., Wiadomości Ubezpieczeniowe (...), M. M., Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, PZP 2008, Nr 2). W ocenie Sądu Odwoławczego koniecznym było bowiem wymienienie w treści gwarancji bądź wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego (w myśl art. 23 ust. 1 w związku z ust. 3 Ustawy PZP), a co najmniej zasygnalizowanie, że strona stosunku „gwarancyjnego” jest liderem - jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz innych uczestników jako wykonawców - którzy wspólnie złożyli lub złożą w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. W ten sposób wykluczone zostałyby zaś wszelkie wątpliwości interpretacyjne związane z ustalaniem zakresu zobowiązań ubezpieczyciela a tym samym gwarancja spełniłaby swój cel, tj. zabezpieczyła interes finansowy zamawiającego (beneficjenta) poprzez wypłatę mu określonej kwoty pieniężnej przez gwaranta - zakład ubezpieczeń w przypadku, gdy zobowiązany - zleceniodawca gwarancji (lub inny podmiot z nim powiązany i objęty zakresem gwarancji) nie wywiąże się ze swych powinności. Tymczasem zdaniem Sądu Okręgowego w niniejszej sprawie zachodzi bardzo poważne ryzyko, że zamawiający z uwagi na nieściskości, co do podmiotowego i przedmiotowego zakresu gwarancji, nie uzyskałby od gwaranta sumy gwarancyjnej, jeżeli przyczyny uruchomienia gwarancji będą leżeć po stronie tylko tego wykonawcy należącego do konsorcjum, który nie jest objęty tą gwarancją. A raz jeszcze zwrócić należało na uwagę, iż sytuację taką trafnie zidentyfikował przeciwnik skargi.

Podsumowując, wskazać należy, iż stanowisko KIO, w którym wyraziła ona przekonanie, iż w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaktualizowały się przesłanki do unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności badania i oceny ofert a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Przedsiębiorstwa (...) Spółki Akcyjnej w S. oraz (...) Budownictwo Spółki z o.o. z siedzibą w S. zasługuje na pełną aprobatę Sądu Okręgowego.

Z przedstawionych wyżej względów Sąd Okręgowy uznał, że zaskarżone orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej odpowiada przepisom prawa i brak jest podstaw do jego zmiany. Dlatego też Sąd Okręgowy na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oddalił obydwie skargi jako bezzasadne.

O kosztach postępowania wywołanego wniesieniem skargi Sąd Okręgowy orzekł na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 198f ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z treścią drugiego z wymienionych przepisów koszty postępowania skargowego ponoszą strony tego postępowania, stosownie do jego wyniku, przy czym określając wysokość kosztów w treści orzeczenia sąd uwzględnia także koszty poniesione przez strony w związku z rozpoznaniem odwołania. Biorąc pod uwagę, że skargi okazały się bezzasadne i podlegały oddaleniu kosztami postępowania wywołanego wniesieniem skargi należało obciążyć wszystkich Skarżących – zarówno skarżących wykonawców jak i skarżącego zamawiającego i zasądzić od nich koszty postępowania na rzecz przeciwnika skargi - (...) S.A. z siedzibą w W..

SSO Dariusz Kardaś SSO Mirosław Tułodziecki SSO Jolanta Safader – Skwarlińska

Z/

Odpis doręczyć zgodnie z wnioskiem