



Sygn. akt IV CSK 86/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Zbigniew Kwaśniewski (przewodniczący)

SSN Maria Szulc

SSN Roman Trzaskowski (sprawozdawca)

w sprawie ze skargi Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwa B. Spółki Akcyjnej z siedzibą w S. i R. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w S. oraz zamawiającego Województwa P. - Zarządu Dróg Wojewódzkich w G. przy uczestnictwie S. Spółki Akcyjnej z siedzibą w W. o udzielenie zamówienia publicznego, po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Cywilnej w dniu 15 lutego 2018 r., skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od wyroku Sądu Okręgowego w G. z dnia 22 stycznia 2016 r., sygn. akt XII Ga (...),

uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi Okręgowemu w G. do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Wykonawca S. S.A. w W. na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.; dalej także: „p.z.p.”) wniosła odwołanie od zaniechania przez Zarząd Dróg Miejskich w G. („Zamawiający”) czynności polegającej na wykluczeniu oraz odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia („Konsorcjum PB.(...)”), tj. Przedsiębiorstwa B. S.A. w S. („PB.(...) S.A.”) oraz R. B. Sp. z o.o. w S. („R. sp. z o.o.”), żądając nakazania Zamawiającemu unieważnienia tego wyboru, powtórzenia badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum, wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wybór - jako najkorzystniejszej - oferty S. S.A. Wśród podstaw odwołania wskazała m.in. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 p.z.p. przez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum PB.(...), mimo że wadium wniesione przez P.B.(...) S.A. w formie gwarancji ubezpieczeniowej nie zabezpiecza oferty Konsorcjum. Wadliwość wadium miała polegać na tym, że w gwarancji jako Zleceniodawcę (Dostawcę, Wykonawcę, Oferenta), którego zobowiązanie jest zabezpieczane, wymieniono tylko P.B.(...) S.A. - bez wskazania, że działa on w charakterze lidera Konsorcjum - i nadmieniono w niej, iż to P.B.(...) złożyło ofertę, a nie Konsorcjum. Oznacza to, że gwarancja zabezpieczała nieistniejącą ofertę P.B.(...) S.A., a nie złożoną w postępowaniu ofertę Konsorcjum; oferta Konsorcjum pozostała zatem niezabezpieczona. Odwołująca powołała się także na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 p.z.p.

Wyrokiem z dnia 17 września 2015 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie S. S.A. w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. P.B.(...) S.A. oraz R. sp. z o.o. (pkt 1 wyroku), oddaliła odwołanie w pozostałym zakresie (pkt 2) i orzekła o kosztach postępowania (pkt 3).

Wyrokiem z dnia 22 stycznia 2016 r. Sąd Okręgowy w G. oddalił skargi P.B.(...) S. A. oraz R. sp. z o.o. od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, aprobując w całości ustalenia faktyczne i ocenę prawną Izby.

W sprawie ustalono, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy - Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia pod nazwą „Rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 222 i 229 na odcinku od S. przez J. do węzła autostrady A1” (dalej także: Zamówienie). W postępowaniu tym wpłynęły m.in. oferty Konsorcjum P.B.(...) oraz S. S.A. P.B.(...) S.A. (lider Konsorcjum) dołączyło do oferty gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium (dalej także: „Gwarancja wadialna”) udzieloną przez G. Towarzystwo Ubezpieczeń S. A. w W. („Gwarant”), z której wynika, że Zleceniodawcą jest P.B.(...) S.A. oraz że Zleceniodawca w związku z ogłoszonym przetargiem na wykonanie Zamówienia złożył ofertę zgodną z ustalonymi wymaganiami. W wyniku postępowania Zamawiający dokonał wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Konsorcjum P.B.(...), która uzyskała 100 punktów, podczas gdy oferta S. S.A. - 95,17 punktów.

Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sąd Okręgowy były zgodne co do tego, że w świetle art. 45 i 46 p.z.p. za prawidłowe zabezpieczenie oferty można uznać tylko wniesienie wadium, które umożliwia skorzystanie z niego (zatrzymanie bądź uzyskanie sumy wadialnej) w każdym przypadku zaistnienia przesłanek jego przepadku określonych w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. Jeżeli gwarancja ubezpieczeniowa ma zabezpieczać ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, udzielenie ochrony ubezpieczeniowej powinno nastąpić na rzecz wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum. Niezbędne jest wymienienie w treści gwarancji wadialnej wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia, a co najmniej zasygnalizowanie (ujawnienie) gwarantowi, że zleceniodawca jest liderem i jednym z uczestników konsorcjum, działającym także w imieniu i na rzecz drugiego uczestnika, razem z którym wspólnie złożyli w postępowaniu przetargowym ofertę, po to aby gwarant mógł prawidłowo zidentyfikować, kto jest wykonawcą w postępowaniu przetargowym. Skoro bowiem w gwarancji ubezpieczeniowej gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do spełnienia określonego świadczenia

pieniężnego na rzecz beneficjenta w razie, gdy dłużnik nie wywiąże się z zobowiązania względem beneficjenta gwarancji, z treści gwarancji musi jednoznacznie wynikać, jakie (czyje) zobowiązanie zabezpiecza. Wzywając do wypłaty sumy gwarancyjnej, Zamawiający musi też potwierdzić zaistnienie jednego z tych zdarzeń wskazanych w art. 46 ust. 5 u.z.p.

W razie 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, w której przyczyny uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją po stronie drugiego wykonawcy. Wykonawcy bowiem wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (konsorcjum) nie stają się odrębnym podmiotem praw i obowiązków, w związku z czym przesłanki zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a p.z.p. materializują się odrębnie dla każdego z nich. Żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie ustanawia też solidarnej odpowiedzialności podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego jeszcze na etapie postępowania. Przewidziana w art. 141 p.z.p. solidarna odpowiedzialność dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, co uzasadnia argumentację *a contrario*. Odpowiedzialności solidarnej nie uzasadnia także art. 370 k.c., ponieważ konsorcjum nie zaciąga własnych zobowiązań ani też nie posiada wspólnego majątku, a każdy z konsorcjantów odpowiada za długi indywidualnie całym swoim majątkiem. Jej podstawą nie jest również art. 864 k.c., choć konsorcjum ma pewne wspólne cechy umowy spółki.

Niezależnie od tego Krajowa Izba Gospodarcza i Sąd Okręgowy zwróciły uwagę, że solidarna odpowiedzialność dotyczyłaby wyłącznie stosunku między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a Zamawiającym i nie wywierałaby skutków względem Gwaranta. Zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny i nieakcesoryjny, a jego zakres wytycza sama umowa gwarancji ubezpieczeniowej. Oznacza to, że zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Roszczenia wynikające z gwarancji powstają wyłącznie w odniesieniu

do okoliczności przewidzianych w treści gwarancji, zarówno jeżeli chodzi o jej zakres przedmiotowy, jak i podmiotowy.

Z tych względów Sąd Okręgowy uznał - w zgodzie ze stanowiskiem Krajowej Izby Gospodarczej - że oferta Konsorcjum była zabezpieczona nieprawidłowo. Literalne brzmienie Gwarancji wadialnej bowiem wskazuje, że zabezpieczany stosunek prawny istnieje wyłącznie między Zamawiającym (beneficjentem gwarancji), a P.B.(...) S.A. - nie zastrzeżono w niej, iż P.B.(...) S.A. działa w imieniu i na rzecz Konsorcjum - i w konsekwencji Gwarancja uprawniać będzie do dochodzenia roszczeń od Gwaranta tylko w razie zaistnienia okoliczności wymienionych w art 46 p.z.p. dotyczących P.B.(...) S.A. Zważywszy na formalizm ubezpieczycieli w zakresie interpretacji gwarancji istnieje bardzo poważne ryzyko, że w przypadku niepodpisania umowy z Zamawiającym z winy R. sp. z o.o. Gwarant może odmówić wypłaty sumy gwarancyjnej, zarzucając, że nie „gwarantował” za takiego wykonawcę i 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 za dwóch. W związku z tym Sąd przyjął, że zobowiązanie gwarancyjne nie zapewnia Zamawiającemu możliwości skutecznego dochodzenia roszczeń w razie, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium zaistnieją również lub tylko po stronie drugiego członka Konsorcjum P.B.(...) (R. sp. z o.o.). W konsekwencji uznał, że wspólna oferta P.B.(...) S.A. i R. S.A. nie została prawidłowo zabezpieczona wadium, co implikuje konieczność wykluczenia Konsorcjum z postępowania.

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 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 S. S.A., ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w G.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarżący zarzuca naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020). Przepisy te, jako obowiązujące w dacie orzekania przez Sąd Okręgowy, należy uznać za miarodajne czasowo dla oceny skargi. Zgodnie z art. 16 ust. 1 ww. ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Decydujące znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 p.z.p. w związku z innymi przepisami ma odpowiedź na pytanie, czy wystawiona w okolicznościach sprawy Gwarancja wadialna czyni zadość wymaganiom

dotyczącym wniesienia wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (art. 45 ust. 6 p.z.p.), a więc czy należycie zabezpiecza „postępowanie do zawarcia umowy” (por. art. 184 p.z.p.). Wątpliwość wiąże się z tym, że *in casu* o udzielenie Zamówienia ubiegali się wspólnie konsorcjanci P.B.(...) S.A. i R. sp. z o.o. - umocowując P.B.(...) S.A. do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia - natomiast w treści Gwarancji jako zleceniodawcę i oferenta oznaczono wyłącznie P.B.(...) S.A.

Rozpatrując tę kwestię, należy zgodzić 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., poz. 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 dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146; z dnia 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., poz. 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 dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, OSNC 2010, nr 11, poz. 146, z dnia 27 marca 2013 r., I CSK 630/12, nie publ., z dnia 6 marca 2015 r., III CSK 155/14, OSNC 2016, nr 3, poz. 33, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 388/15). Wynika to już z zasady względności zobowiązania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 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 for 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 dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 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 zabezpieczanego 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 dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09 oraz z dnia 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 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 dnia 12 kwietnia 2013 r., IV CSK 569/12, nie publ., z dnia 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 dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09) - nie ma jeszcze znaczenia przesądzającego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 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 Reguł dla Gwarancji Płatnych na Żądanie; art. IV.G. - 3:101 (1) *Draft Common Frame of Reference*). 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 dnia 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 wklanie 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 dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, OSNC 1995, nr 10, poz. 135; wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 10 lutego 2010 r., V CSK 233/09, z dnia 14 kwietnia 2016 r., II CSK 307/15, z dnia 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 szcążtkowej wykładni i poprzestał w istocie na stwierdzeniu, że jako zleceniodawcę i oferenta wskazano w niej P.B.(...) S.A., co ma przesądzać, iż Zamawiający mógłby skorzystać z Gwarancji tylko wtedy, gdyby to P.B.(...) S.A. nie wykonał ciążących 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 należy zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że Sąd Okręgowy błędnie ocenił, iż obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, 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 przedmiotem 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 któregokolwiek z obowiązków przez R. sp. z o.o. odpowiedzialność z tego tytułu ponosiłby także P.B.(...) 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 R. 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 beneficjenta 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.

kc

jw