Sygn. akt KIO 662/20

WYROK

z dnia 24 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Członkowie: Monika Kawa-Ogorzałek

Piotr Kozłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2020 r. przez Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Zarmen sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, przy udziale wykonawcy POSCO Engineering & Construction Co., Ltd. z siedzibą w Pohang-si, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Członkowie:

Sygn. akt KIO 662/20

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający") prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp", postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Zaprojektowanie i rozbudowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów na terenie Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych (ZUSOK) w Warszawie" realizowany w ramach Przedsięwzięcia pn.: „Rozbudowa i Modernizacja Zakładu Unieszkodliwiania Stałych Odpadów Komunalnych przy ul. Zabranieckiej 2 w dzielnicy Targówek m. st. w Warszawie", zwane dalej „Postępowaniem".

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 14 sierpnia 2019 r., pod nr 2019/S 156-384257.

19 marca 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Zarmen sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Remak-Energomontaż S.A. z siedzibą w Warszawie o odrzuceniu złożonej przez nich oferty, co zostało przez nich zaskarżone odwołaniem wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba" lub „KIO") 27 marca 2020 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie jego oferty z uwagi na rzekomo nieprawidłowe wniesienie wadium, co - zdaniem Zamawiającego - przejawiało się wniesieniem wadium w formie gwarancji bankowej, w której jako wykonawca wskazany został wyłącznie jeden z członków odwołującego się konsorcjum.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum i ponowną ocenę ofert złożonych w Postępowaniu;

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem Zamawiający, przez niezgodne z przepisami Pzp działanie, odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego, czym całkowicie pozbawił go możliwości realizacji zamówienia. Z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu, w przypadku wystąpienia okoliczności i powodów, dla których oferta złożona przez podmiot konkurencyjny -

POSCO Engineering & Construction Co. Ltd. (dalej: „Wykonawca P") winna zostać odrzucona, to właśnie oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Swoim działaniem Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości sformułowania zarzutów dotyczących oferty Wykonawcy P, faworyzując w ten sposób konkurencyjnego oferenta i tym samym uniemożliwił uzyskanie Zamówienia przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z Częścią I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ"), tj. Instrukcją dla Wykonawców (dalej: „IDW"), punktem 9, wykonawcy ubiegający się o udzielenie Zamówienia zobowiązani byli wnieść wadium: (1) w jednej z form przewidzianych przepisami Pzp, (2) w wysokości 15.000.000 zł, (3) na okres związania ofertą wynoszący 90 dni, (4) dający możliwość zaspokojenia roszczenia o wypłatę ww. kwoty w przypadku ziszczenia się jednej z przesłanek wskazanych w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. W punkcie tym przedstawiono wszystkie wymagania dotyczące wadium, a także przewidziano wprost, że może ono zostać wniesione w formie gwarancji bankowej.

Jeszcze przed upływem terminu składania ofert, na skutek pytań wykonawców dotyczących treści SIWZ, w piśmie z dnia 22 października 2019 r. Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 21 dotyczące złożenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wyraźnie wskazał:

„Zamawiający dokonuje modyfikacji pkt 9 Części I SIWZ - IDW poprzez dodanie dodatkowego

pkt 9.11 o następującej treści: „W przypadku Wykonawców składających ofertę jako Konsorcjum wadium w wysokości jak podano w pkt 9.1. musi być wniesione w pełnej wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Wadium może być wniesione przez dowolnego z Konsorcjantów ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia (pod warunkiem posiadania stosownego upoważnienia) lub oddzielnie przez każdego z Konsorcjantów w imieniu całego Konsorcjum wspólnie składającego ofertę, tak, że suma wniesionych zabezpieczeń pokryje 100% wymaganej kwoty zabezpieczenia wskazanej w punkcie 9.1".

Do oferty złożonej przez Odwołującego dołączono:

1. stosowne pełnomocnictwo udzielone liderowi konsorcjum przez wykonawcę Remak-Energomontaż S.A. w dniu 25 lutego 2020 r. (po uprzednim zawarciu umowy konsorcjum) do reprezentowania tej spółki oraz konsorcjum w Postępowaniu; z pełnomocnictwa tego jednoznacznie wynikało, że wykonawca Zarmen sp. z o.o., jako lider konsorcjum, uprawniony jest do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum;

2. uzyskaną po zawarciu umowy konsorcjum oraz udzieleniu ww. pełnomocnictwa gwarancję wadialną nr BOFH20020261GP/K z dnia 26 lutego 2020 r. (dalej „Gwarancja") wystawioną na zlecenie Zarmen sp. z o.o. przez Bank Polska Kasa Opieki S.A.

Pomimo takiej treści SIWZ oraz złożenia w Postępowaniu ww. pełnomocnictwa z dnia 25 lutego 2020 r. oraz Gwarancji z dnia 26 lutego 2020 r., pismem z dnia 19 marca 2020 r., Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp z uwagi na rzekomo nieprawidłowe wniesienie wadium. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji nie odniósł się w żaden sposób do treści SIWZ wskazując m. in., że z treści Gwarancji wynika, że została ona wystawiona wyłącznie na rzecz Zarmen sp. z o.o. i z żadnego fragmentu jej treści nie wynika, jakoby została wystawiona także na rzecz członka Konsorcjum, tj. Remak-Energomontaż S.A. Wedle Zamawiającego „wniesione w formie gwarancji bankowej wadium nie zabezpiecza w sposób wystarczający oferty złożonej przez Konsorcjum firm, ponieważ uprawnienie Zamawiającego do żądania zapłaty kwoty nie obejmuje przypadków, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpią po stronie członka Konsorcjum firm, czyli Remak-Energomontaż S.A.".

Uzasadniając decyzję w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający przywołał orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17), którego wydanie, w przekonaniu Zamawiającego, doprowadziło do ujednolicenia dotychczas rozbieżnego stanowiska w przedmiocie poprawności gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
Jak wywnioskować można z treści pisma Zamawiającego, uznaje on, że wspomniane wyżej orzeczenie Sądu Najwyższego (i wydane w konsekwencji orzeczenie Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., XII Ga 555/18) przesądziło, że za prawidłowo wniesione wadium w formie gwarancji bankowej nie można uznać gwarancji wadialnej, w której jako wykonawcę wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Z decyzją Zamawiającego nie sposób jednak się zgodzić, gdyż pozostaje ona w całkowitej sprzeczności zarówno z treścią SIWZ, powołanym przez Zamawiającego orzeczeniem Sądu Najwyższego, jak również ugruntowaną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej.

I. Działanie Zamawiającego wbrew postanowieniom SIWZ

W pierwszej kolejności wyraźnego podkreślenia wymaga, że zachowanie i decyzja Zamawiającego nie znajdują żadnego uzasadnienia w przepisach Ustawy oraz treści SIWZ (IDW). Jak wskazano powyżej Zamawiający zawarł w IDW jednoznaczne wytyczne i jasno określił sposób wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, dopuszczając wniesienie wadium przez dowolnego członka konsorcjum.
Takie działanie Zamawiającego stanowi wyraz stosowania art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp. Z tego też względu całkowicie niezrozumiałym jest powoływanie się przez Zamawiającego na obecnym etapie na jakiekolwiek orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych dotyczące prawidłowości wadium wnoszonego w formie gwarancji bankowej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Od dnia zmodyfikowania przez Zamawiającego treści SIWZ na skutek pytania nr 21, w orzecznictwie nie pojawił się bowiem żaden nowy pogląd uzasadniający przyjęcie obecnie odmiennej argumentacji w tym zakresie.

Bez wątpienia tak jednoznaczny zapis IDW sam w sobie stanowi wystarczającą

podstawę do uznania wniesionego przez Odwołującego wadium za prawidłowe. Jako że Zamawiający jednoznacznie określił, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczające będzie wniesienie wadium przez dowolnego z konsorcjantów, wniesione dokładnie w ten właśnie sposób wadium nie może obecnie zostać uznane za nieprawidłowe. Zamawiający nie może na obecnym etapie w odmienny sposób interpretować powyższego, całkowicie jednoznacznego postanowienia SIWZ, gdyż doprowadza w ten sposób do naruszenia przewidzianej w art. 7 Pzp zasady przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Skoro bowiem Zamawiający nagle przestaje respektować postanowienia SIWZ, to z całą pewnością nie sposób mówić o przejrzystości prowadzonego przez niego postępowania. Podkreślenia wymaga również, że organizowane przez Zamawiającego postępowanie kierowane było do szerokiego grona potencjalnych wykonawców, w tym także zagranicznych, niemających przecież żadnej wiedzy na temat istniejącej do niedawna rozbieżności, zarówno wewnątrz samej KIO, jak również orzecznictwie sądów, w stanowisku dotyczącym wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro zatem Zamawiający zdecydował się zawrzeć w IDW zapis, który kwestię tę jednoznacznie rozstrzyga, to nie sposób obecnie znaleźć żadnego uzasadnienia dla przyjęcia, że nie powinien on mieć zastosowania i że konieczne jest sięganie w tym zakresie do dorobku judykatury.

Już zatem wyłącznie z powodu określenia przez Zamawiającego jasnego sposobu wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na rzekome wniesienie wadium w nieprawidłowy sposób uznać należy za działanie sprzeczne z Ustawą, co niniejsze odwołanie czyni w pełni uzasadnionym.

II. Ocena Gwarancji w kontekście orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego, jakoby wydane dnia 15 lutego 2018 r. orzeczenie Sądu Najwyższego (IV CSK 86/17) w sposób jednoznaczny przesądzało o wadliwości gwarancji wadialnej, w której jako wykonawcę wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a tym samym Gwarancji wniesionej przez Odwołującego, podkreślić należy, że wniosku takiego nie sposób wywieść z przywołanego wyżej orzeczenia. Wręcz przeciwnie, wytyczne Sądu Najwyższego prowadzą do uznania, że wniesiona przez Odwołującego Gwarancja stanowi prawidłowe zabezpieczenie wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, co szczegółowo przedstawione w dalszej części odwołania.
Zdaniem Sądu Najwyższego:

„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 ZamPublU, 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 ZamPublU). Rozważenia wymaga - w świetle czynników wskazanych w art. 65 KC (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".

a) Nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji wadialnej

Dokonując zatem oceny Gwarancji z uwzględnieniem wytycznych Sądu Najwyższego zawartych w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na charakter gwarancji wadialnej. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Najwyższy, gwarancja jest jednostronnym zobowiązaniem gwaranta, zgodnie z którym po ziszczeniu się określonych w nim „warunków", które mogą być stwierdzone określonymi dokumentami, jakie beneficjent gwarancji załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, gwarant spełni świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Zdaniem Sadu Najwyższego:

„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".

W dalszej części swojego wywodu Sąd Najwyższy wskazał, że strony są w pełni uprawnione do ustalenia, że podstawą wypłaty świadczenia z gwarancji będzie wyłącznie przedłożenie wskazanych w gwarancji dokumentów, bez konieczności ziszczenia się jakiejkolwiek przesłanki materialnoprawnej uzasadniającej żądanie wypłaty:

„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 ciążący na gwarancie obowiązek zapłaty jedynie od skierowania doń przez beneficjenta żądania zapłaty ewentualnie połączonego z jego oświadczeniem, że zabezpieczane zobowiązanie nie zostało wykonane przez dłużnika".

Sąd Najwyższy podkreślił także, że:

„decydujące znaczenie dla określenia zakresu zobowiązania Gwaranta ma całościowa wykładnia Gwarancji (art. 65 KC), w tym zwłaszcza wykładnia określonych w niej „warunków" i formalnych przesłanek zapłaty".

Mając powyższe na uwadze stwierdzić niewątpliwie należy, że w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia dokładnie z taką właśnie nieakcesoryjną, bezwarunkową i płatną na pierwsze żądanie gwarancją bankową, co jednoznacznie wynika z jej treści. Jedyną przesłanką wypłaty świadczenia na rzecz beneficjenta Gwarancji - Zamawiającego, jest wystosowanie przez niego do gwaranta odpowiedniego wezwania do zapłaty wraz ze wskazaniem, że wykonawca nie wywiązał się z ciążących na nim obowiązków. Gwarancja ta nie stawia żadnych innych warunków wypłaty, co oznacza, iż gwarant nie jest w ogóle uprawniony do weryfikacji, czy przesłanki do wypłaty świadczenia z gwarancji w rzeczywistości zostały spełnione. W piśmiennictwie utrwalony jest bowiem pogląd, że z uwagi na abstrakcyjny i samoistnych charakter gwarancji, gwarant nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) zarzutów ze stosunku podstawowego, a tym samym w stosunku wewnętrznym gwarant nie jest zobligowany, a nawet upoważniony, do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji.

Tym samym należy uznać, że interes Zamawiającego, na wypadek konieczności zatrzymania wadium, niezależnie od powodów takiego zatrzymania, jest w pełni zabezpieczony i nie dozna żadnego uszczerbku.

b) Solidarna odpowiedzialność wykonawców za realizację obowiązków zabezpieczonych wadium

Dokonując analizy treści Gwarancji należy mieć także na uwadze pogląd Sądu Najwyższego dotyczący odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie obowiązków zabezpieczonych wadium.

W orzeczeniu z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) Sąd Najwyższy, podzielając tym samym stanowisko Prezesa UZP uznał, że nie sposób jest przyjąć, jakoby obciążające wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązki, które zabezpiecza wadium, nie mają charakteru solidarnego. W tym kontekście Sąd Najwyższy podniósł:

„Wniosku takiego nie uzasadnia brak wyraźnej regulacji ustawowej w tym względzie ani rozumowanie a contrario na podstawie art. 141 ZamPublU. Decydujące znaczenie ma natomiast stwierdzenie, że przedmiotem obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 ZamPublU), 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 KC, 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.”.

Powyższe oznacza, że niezależnie od tego, czy w Gwarancji złożonej przez Odwołującego, wskazany jako wykonawca został wyłącznie wykonawca Zarmen sp. z o.o., czy też wymienieni zostaliby wszyscy uczestnicy Konsorcjum, jako że za niewykonanie przez wykonawców obowiązków zabezpieczonych wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp ponoszą oni solidarną odpowiedzialność w stosunku do Zamawiającego, to w przypadku naruszenia tych obowiązków przez członka Konsorcjum niewymienionego w gwarancji wadialnej - w tym przypadku wykonawcy Remak-Energomontaż S.A., Zamawiający może sformułować roszczenie w stosunku do któregokolwiek z tych podmiotów, a zatem także do wykonawcy Zarmen sp. z o.o. i tym samym byłby w pełni uprawniony do skorzystania z przedłożonej mu w niniejszej spawie Gwarancji Wadialnej.

Solidarna odpowiedzialność wykonawców za obowiązki, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp oznacza, że zamawiający ma dowolność co do tego, do którego z wykonawców skieruje roszczenie na wypadek niewykonania poszczególnych obowiązków przez jednego z nich. Na wypadek zatem wystąpienia podstawy do zatrzymania wadium z uwagi na działania lub zaniechania po stronie wykonawcy niewymienionego w gwarancji wadialnej, tj. Remak-Energomontaż S.A., Zamawiający będzie posiadał pełne uprawnienie do skorzystania z Gwarancji, w której jako wykonawcę wskazano wyłącznie wykonawcę Zarmen sp. z o.o.

Bez wątpienia fakt występowania po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego solidarnej odpowiedzialności za obowiązki zabezpieczone wadium także przemawia za prawidłowością złożonego w postępowaniu wadium w postaci Gwarancji.

c) Należyte umocowanie wykonawcy Zarmen sp. z o.o. do reprezentacji Konsorcjum

Nie bez znaczenia dla oceny prawidłowości wystawionej i przedłożonej Zamawiającemu Gwarancji Wadialnej jest również fakt, że wykonawca Zarmen sp. z o.o. był w pełni upoważniony do wniesienia wadium w imieniu całego Konsorcjum, co jednoznacznie wynika z pełnomocnictwa z dnia 25 lutego 2020 r. dołączonego do oferty Odwołującego. Skoro najpierw spółki zawarły umowę konsorcjum, a potem doszło do udzielenia pełnomocnictwa liderowi konsorcjum, w oparciu o które wykonawca Zarmen sp. z o.o. wniósł Gwarancję także w imieniu wykonawcy Remak-Energomontaż S.A., to niewątpliwie oznacza to, że Gwarancja obejmuje działania i zaniechania, których dopuści się drugi członek Konsorcjum. Sytuacja ta jest bowiem tożsama z sytuacją, w której wykonawca Remak-Energomontaż S.A. wniósłby Gwarancję we własnym zakresie.

Wystawiając Gwarancję w imieniu Konsorcjum, jego lider - wykonawca Zarmen sp. z o.o. ponosi także odpowiedzialność za działanie lub zaniechanie mogące skutkować zatrzymaniem wadium, których dopuści się członek Konsorcjum - wykonawca Remak-Energomontaż S.A.

Wyraźnego podkreślenia wymaga, że wspomniane pełnomocnictwo udzielone zostało dnia 25 lutego 2020 r., podczas gdy Gwarancja wystawiona została dnia następnego, tj. 26.02.2020 r. W momencie wystawienia Gwarancji lider Konsorcjum był zatem w pełni uprawniony do reprezentowania wykonawcy Remak-Energomontaż S.A. w powyższym zakresie.

d) Omówienie przypadków zatrzymania wadium; każdorazowa możliwość skorzystania z Gwarancji przez Zamawiającego

Z punktu widzenia prawidłowości wniesionego wadium w postaci gwarancji istotna jest również analiza poszczególnych powodów zatrzymania wadium, pod kątem tego, który z uczestników Konsorcjum wywiązać będzie się musiał z konkretnego obowiązku określonego w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Analiza taka jest niezbędna w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy złożona Zamawiającemu Gwarancja należycie zabezpiecza jego interesy. W przypadku udzielenia na tak zadane pytanie odpowiedzi twierdzącej, wniesioną Gwarancję należało będzie uznać za absolutnie prawidłową.

Gwarancja, zgodnie z jej treścią odpowiadającą przepisom Pzp, uprawnia do skorzystania z niej w następujących przypadkach:

- doszło do odmowy podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie lub

- nie wniesiono zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub

- zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy lub

- w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego (wykonawcy) stronie, nie złożył on oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

W każdym z wyżej wymienionych przypadków zobowiązanym do działania będzie lider Konsorcjum, tj. wykonawca Zarmen sp. z o.o., który wskazany został w wystawionej Gwarancji. Zgodnie bowiem ze wspomnianym powyżej pełnomocnictwem, jak również łączącą konsorcjantów umową konsorcjum, zobowiązanym do podpisania umowy z Zamawiającym (obowiązek, o którym mowa w pkt a) powyżej) jest lider Konsorcjum. Jeżeli zatem do podpisania umowy nie dojdzie (niezależnie od przyczyn takiej sytuacji), Zamawiający będzie w pełni uprawniony do skorzystania ze złożonej mu Gwarancji.

Odnośnie obowiązku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy (pkt b) powyżej), zgodnie z art. 141 Pzp, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za jego wniesienie. Oznacza to, że w przypadku niewniesienia wymaganego zabezpieczenia, Zamawiający może sformułować swoje roszczenie zarówno w stosunku do wykonawcy Remak-Energomontaż S.A., jak również do wykonawcy Zarmen sp. z o.o., a tym samym będzie w pełni uprawniony do skorzystania z Gwarancji, w której jako wykonawcę wskazano wyłącznie wykonawcę Zarmen sp. z o.o.

W przypadku, o którym mowa w tiret trzecie powyżej, jako że jak wskazano wcześniej, to wykonawca Zarmen sp. z o.o. zobowiązany jest do zawarcia umowy z Zamawiającym, w przypadku niepodpisania umowy przez tego uczestnika Konsorcjum, Zamawiający będzie miał pełne prawo do skorzystania z przedłożonej mu Gwarancji.

W przedmiocie obowiązków, o których mowa w tiret czwarte powyżej, zgodnie z dołączonym do oferty pełnomocnictwem, to lider Konsorcjum odpowiedzialny jest za kontakt z Zamawiającym, składanie dokumentów w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentacji przedłożonej przez Konsorcjum, składania wyjaśnień dotyczących dokumentów i oświadczeń w odpowiedzi na wezwania do złożenia wyjaśnień oraz do dokonywania wszelkich czynności związanych ze złożoną przez Odwołującego ofertą. Cała korespondencja Zamawiającego kierowana jest właśnie do wykonawcy Zarmen sp. z o.o. Jeżeli zatem ten uczestnik Konsorcjum nie złoży wymaganego przez Zamawiającego dokumentu lub też nie złoży odpowiedniego oświadczenia (niezależnie od powodów takiego działania i uczestnika Konsorcjum, którego dokument czy oświadczenie będzie dotyczyło), to po jego stronie powstanie naruszenie uzasadniające zatrzymanie wadium i tak jak w pozostałych przypadkach, Zamawiający będzie w pełni uprawniony do skorzystania z przedłożonej mu Gwarancji.

Niejako na marginesie Odwołujący zauważył, że żaden przepis Pzp nie wskazuje, jakoby wnoszone przez wykonawców działających w ramach konsorcjum wadium w formie gwarancji bankowej, czy też ubezpieczeniowej, dla swej skuteczności musiało w swojej treści wymieniać wszystkie podmioty, które wspólnie ubiegają się o udzielenie takowego zamówienia. Kwestia ta została zaś rozstrzygnięta na korzyść Odwołującego przez samego Zamawiającego, który na etapie formułowania odpowiedzi na pytanie nr 21 przesądził, że „Wadium może być wniesione przez dowolnego z Konsorcjantów ubiegającego się

wspólnie o udzielenie zamówienia (pod warunkiem posiadania stosownego upoważnienia)".

Podsumowując przedstawione powyżej stanowisko Odwołujący wskazał, że sporna Gwarancja stanowi prawidłowe wniesienie wadium w organizowanym przez Zamawiającego Postępowaniu. Dodał, że w rzeczywistości Sąd Najwyższy orzeczeniem z dnia 15 lutego 2018 r. (IV CSK 86/17) zakończył istniejący wcześniej spór w orzecznictwie w przedmiocie dopuszczalności złożenia przez uczestników konsorcjum wadium w postaci gwarancji wadialnej, w której jako wykonawcę wskazano wyłącznie jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wyraźnego podkreślenia wymaga jednak, iż spór ten nie został zakończony w sposób, w jaki próbuje przedstawić to Zamawiający.
Sąd Najwyższy uznał bowiem, iż gwarancja wadialna, w której jako wykonawcę wskazano tylko jednego z uczestników konsorcjum zabezpiecza w należyty sposób interesy Zamawiającego na wypadek konieczności zatrzymania wadium z przyczyn, za które odpowiada wykonawca, który w tej gwarancji nie został wymieniony. Mając bowiem na uwadze abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji oraz solidarną odpowiedzialność wykonawców za obowiązki zabezpieczone wadium, niezależnie od powodów konieczności jego zatrzymania, Zamawiający będzie mógł skorzystać z Gwarancji Wadialnej, w której jako wykonawcę wskazano tylko jednego z członków Konsorcjum. Z tego też względu należy niewątpliwie uznać, że zwrot na który wskazywał Sąd Najwyższy „z przyczyn leżących po jego (wykonawcy) stronie" może być utożsamiany z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada". Wskazuje na to bez wątpienia także fakt udzielenia przez wykonawcę Remak-Energomontaż S.A. na rzecz lidera Konsorcjum pełnomocnictwa z dnia 25 lutego 2020 r. uprawniającego wykonawcę Zarmen sp. z o.o. do wniesienia wadium w imieniu Konsorcjum. W kontekście powyższego wadium w formie Gwarancji zostało wniesione także przez wykonawcę Remak-Energomontaż S.A., tyle że przez działanie należycie umocowanego pełnomocnika. Nie należy również zapominać, że jak wskazano powyżej, każdorazowo za wykonanie obowiązków zabezpieczonych wadium w stosunku do Zamawiającego odpowiedzialna będzie wykonawca Zarmen sp. z o.o., działający jako lider Konsorcjum, co oznacza, że Zamawiający każdorazowo będzie mógł skorzystać z przedłożonej mu Gwarancji.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W zakresie okoliczności stanu faktycznego Zamawiający podał, że w Postępowaniu wpłynęły dwie oferty - Odwołującego i wykonawcy POSCO Engineering & Construction Co., Ltd. (dalej „Wykonawca P").

Odwołujący dołączył do oferty gwarancję wadialną Nr BOFH20020261GP/K z dn. 26.02.2020 r. wydaną przez Bank Polska Kasa Opieki S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej „Bank").

W treści gwarancji wadialnej wymieniono: beneficjenta (Zamawiającego), pełną nazwę Postępowania wraz z numerem, wysokość zobowiązania, pełną nazwę Banku oraz wskazano nazwę dającego zlecenie, tj. Zarmen sp. z o.o., zwanego dalej w treści gwarancji „Wykonawcą". Z treści gwarancji wadialnej wynikało zatem, że została ona wystawiona wyłącznie na rzecz ww. podmiotu. W dokumencie gwarancji nie zasygnalizowano w żaden sposób, że została ona wystawiona również na rzecz członka konsorcjum, tj. Remak-Energomontaż S.A., ani nie zostało nawet zasygnalizowane, że Zarmen sp. z o.o. działa w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Ponadto, w gwarancji wadialnej wskazano, że Zamawiającemu będzie przysługiwało prawo żądania zapłaty kwoty wadium wyłącznie w przypadkach, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpią „z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy"', zdefiniowanego w treści gwarancji jako Zarmen sp. z o.o.

Jednocześnie, w gwarancji nie przewidziano rozszerzenia odpowiedzialności wystawcy gwarancji bankowej w przypadkach, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpią „z przyczyn, za które Wykonawca odpowiada" lub „z przyczyn, za które Wykonawca jest odpowiedzialny", co pozwoliłoby przyjąć, że w przypadku wystąpienia jakiejkolwiek przesłanki zatrzymania wadium w odniesieniu do któregokolwiek z członków konsorcjum, Zamawiający byłby uprawniony do zrealizowania uprawnień wynikających z gwarancji.

W związku z powyższym, Zamawiający uznał, że wniesione w formie gwarancji bankowej wadium nie zabezpiecza w sposób wystarczający oferty złożonej przez konsorcjum, ponieważ wynikające z gwarancji wadialnej uprawnienie Zamawiającego do żądania zapłaty kwoty nie obejmowało przypadków, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpiłyby po stronie członka konsorcjum, czyli Remak-Energomontaż S.A.

W dn. 19.03.2020 r. Zamawiający przekazał informację o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, ze względu na wniesienie przez konsorcjum wadium w sposób nieprawidłowy (wniesione wadium nie zabezpiecza w sposób wystarczający oferty).

W uzasadnieniu tej czynności Zamawiający przedstawił wykładnię brzmienia gwarancji wadialnej przedstawionej przez Odwołującego oraz przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dn. 27.02.2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18 i wyrok Sądu Najwyższego z dn. 15.02.2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17, w którym rozstrzygnięto kwestię gwarancji wadialnych wnoszonych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Zamawiający oświadczył następnie, że nie zgadza się z zarzutami Odwołującego oraz jego stanowiskiem zawartym w odwołaniu.

Odnosząc się do szczegółowej argumentacji Odwołującego przedstawionej w odwołaniu, Zamawiający stwierdził, co następuje.

Odwołujący po pierwsze wskazał, że odrzucenie jego oferty pozostawało w sprzeczności z treścią SIWZ. Zwrócił przy tym uwagę na brzmienie pkt 9 Części I SIWZ - IDW, określającego zasady wnoszenia wadium, w tym formie niepieniężnej oraz odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 21 dotyczące złożenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Zgodnie z odpowiedzią, Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 9 Części I SIWZ - IDW poprzez dodanie dodatkowego pkt 9.11 0 następującej treści:

„W przypadku Wykonawców składających ofertę jako Konsorcjum wadium w wysokości jak podano w punkcie 9.1 musi być wniesione w pełnej wymaganej przez Zamawiającego wysokości. Wadium może być wniesione przez dowolnego z Konsorcjantów ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia (pod warunkiem posiadania stosownego upoważnienia) lub oddzielnie przez każdego z Konsorcjantów w imieniu całego Konsorcjum wspólnie składającego ofertę, tak, że suma wniesionych zabezpieczeń pokryje 100% wymaganej kwoty zabezpieczenia wskazanej w punkcie 9.1”.

Na gruncie tak udzielonej odpowiedzi, Odwołujący stwierdził, że Zamawiający odrzucając jego ofertę, postąpił wbrew przyjętemu brzmieniu SIWZ. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 21 dopuścił bowiem wniesienie wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zasady tej, zdaniem Odwołującego, nie mogły zatem modyfikować poglądy sądów powszechnych i KIO, zwłaszcza, że, jak wskazał Odwołujący, od momentu udzielenia tej odpowiedzi nie pojawił się bowiem żaden nowy pogląd w tym zakresie.

Argumentacja Odwołującego jest nieprawidłowa.

Po pierwsze, należy odróżnić wniesienie wadium, jako samą czynność prawną, od skuteczności tej czynności, ze względu na samą treść przedłożonej gwarancji wadialnej. W konsekwencji Zamawiający w całości podtrzymuje swoje stanowisko, wyrażone m.in. w odpowiedzi na pytanie nr 21, że w Postępowaniu jak najbardziej było możliwe wniesienie wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Co więcej, przywołane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wyroki, również nie wykluczają takiej możliwości. Jednak o ile na gruncie najbardziej aktualnych poglądów orzecznictwa, za dopuszczalne uznaje się wniesienie wadium przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, o tyle taka możliwość nie jest bezwarunkowa. Ze stanowisk sądów powszechnych wynika, że wadium wniesione przez jednego członka konsorcjum powinno zawierać w swojej treści stosowne zastrzeżenia, aby można je było uznać za zabezpieczające ofertę w sposób prawidłowy i sądy powszechne ujęły w wyrokach dyrektywy formułowania treści takiego wadium.

Jak wynika przede wszystkim ze wspomnianego wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku gwarancja wadialna wnoszona przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinna zawierać:

1. wskazanie nazw wszystkich konsorcjantów lub podanie informacji, że wykonawca (lider) działa w imieniu wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie;

2. ewentualnie poszerzenie odpowiedzialności wystawcy gwarancji bankowej w przypadkach, gdy okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wystąpią „z przyczyn, za które Wykonawca odpowiada" lub „z przyczyn, za które Wykonawca jest odpowiedzialny";

3. zasygnalizowanie w treści gwarancji wadialnej, że odpowiedzialność odnosi się nie tylko do okoliczności leżących po stronie wykonawcy, ale również po stronie podmiotów z nim powiązanych, współwykonawców itp.

Na poglądy orzecznictwa w tym zakresie powołał się Zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, przedstawiając wykładnię treści złożonej gwarancji wadialnej oraz wskazując na elementy oświadczenia gwaranta, których brak spowodował uznanie jej za nieprawidłową. Stąd, nie można uznać, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego, postąpił wbrew postanowieniom zawartym w SIWZ (również tym, wynikającym z późniejszych modyfikacji). Jak wykazano powyżej, w Postępowaniu dopuszczono możliwość składania wadium przez jednego członka konsorcjum, z której to możliwości Odwołujący skorzystał. Przy czym, jak podniósł sam Odwołujący, od momentu dokonania modyfikacji SIWZ na skutek udzielenia odpowiedzi na pytanie nr 21, nie doszło do zmiany poglądów judykatury w tym zakresie. Zatem Odwołujący, jako profesjonalista, powinien był wiedzieć, że w świetle najnowszego orzecznictwa sądów powszechnych oraz KIO, wniesienie wadium przez jednego z członków konsorcjum wymaga ujęcia w treści gwarancji odpowiednich zastrzeżeń. Ponieważ jednak złożona przez Odwołującego gwarancja wadialna nie odpowiadała warunkom, od których spełnienia uzależniona jest prawidłowość takiego wadium, Zamawiający miał, nie tylko podstawy, ale wręcz obowiązek do tego, aby odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Po drugie, Odwołujący stwierdził, że w świetle orzecznictwa sądów powszechnych oraz KIO, jego gwarancja wadialna nie może być uznana za nieprawidłową. W tym zakresie Odwołujący podniósł, że niesłusznie Zamawiający oparł czynność odrzucenia jego oferty o wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17. Zdaniem Odwołującego, ze wskazanego orzeczenia nie wynika bowiem w sposób jednoznaczny pogląd o wadliwości gwarancji wadialnej, w której jako wykonawcę wskazano tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Odpowiadając na taką argumentację Odwołującego, należy w tym miejscu podkreślić, że wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, Zamawiający dokonując czynność odrzucenia oferty, opierał się przede wszystkim na wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18 (będącym konsekwencją wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17). Jednocześnie, Zamawiający dał temu wyraz w informacji o odrzuceniu oferty, przywołując w uzasadnieniu sygnatury obu orzeczeń. Wskazana okoliczność jest o tyle istotna, że orzeczenie Sądu Najwyższego nie było wyrokiem ostatecznym w sprawie, a w rozstrzygnięciu Sąd uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Gdańsku do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach. Tym samym, w uzasadnieniu Sąd Najwyższy zawarł jedynie pewne dyrektywy określające, w jakim kierunku powinno zmierzać ostateczne rozstrzygnięcie, nie zaś właściwy osąd sprawy.

W konsekwencji ostateczna ocena stanu faktycznego (nota bene analogicznego do sytuacji zaistniałej w tej sprawie) została przedstawiona dopiero w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18 przez Sąd Okręgowy w Gdańsku, wydanym w wyniku ponownego przekazania sprawy przez Sąd Najwyższy. To również ten wyrok stanowił punkt odniesienia dla dokonania oceny przedłożonej przez Odwołującego gwarancji wadialnej. Ergo argumentacja Odwołującego przedstawiona w odwołaniu, mająca potwierdzać nieprawidłowość czynności Zamawiającego, opiera się na błędnym założeniu, jakoby podstawą odrzucenia jego oferty były poglądy wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17. Uzasadniając swoje stanowisko, Odwołujący przywołuje brzmienie przedmiotowego orzeczenia, próbując z niego wywodzić, że gwarancja wadialna wystawiona na jednego członka konsorcjum prawidłowo zabezpieczenia ofertę.

Odnosząc się do poszczególnych argumentów podniesionych przez Odwołującego, Zamawiający wskazuje, że:

1. nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji wadialnej

Odwołujący, bazując na wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17, zwrócił uwagę na nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji wadialnej i wywiódł z tego wniosek, że jedyną przesłanką wypłaty świadczenia na rzecz beneficjenta

gwarancji jest wystosowanie przez niego do gwaranta odpowiedniego wezwania do zapłaty wraz ze wskazaniem, że wykonawca nie wywiązał się z ciążących na nim obowiązków, zaś sama gwarancja nie może stawiać żadnych innych warunków wypłaty. W konsekwencji, gwarant nie może przedstawiać wierzycielowi (beneficjentowi gwarancji) zarzutów ze stosunku podstawowego, ani nie jest uprawniony do badania merytorycznej zasadności zgłoszonego roszczenia przez beneficjenta gwarancji i z tych względów, jak wskazał Odwołujący, interes Zamawiającego, na wypadek konieczności zatrzymania wadium, niezależnie od powodów takiego zatrzymania, jest w pełni zabezpieczony i nie dozna żadnego uszczerbku.

O ile należy podzielić stanowisko Sądu Najwyższego w zakresie uznania nieakcesoryjnego i abstrakcyjnego charakteru gwarancji wadialnej (jest to pogląd powszechnie podzielany zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie. oparty o brzmienie obowiązujących przepisów), o tyle nie można się zgodzić z wnioskami Odwołującego, który z tego charakteru próbuje wywodzić prawidłowość złożonej przez siebie gwarancji. Konkluzja powinna być wręcz odwrotna: właśnie ze względu na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter gwarancji wadialnej, nie można przyjąć, że wadium złożone przez Odwołującego w sposób prawidłowy zabezpiecza ofertę.

Przede wszystkim, jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17 i co przypomniał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18, gwarancja:

a) jako zobowiązanie abstrakcyjne pozostaje niezależna od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji;

b) jako zobowiązanie nieakcesoryjne (samodzielne) istnieje niezależnie od istnienia i zakresu innego zobowiązania.

Stąd, na co zwróciły szczególną uwagę oba składy orzekające, charakter, istnienie oraz zakres zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji wadialnej. Przy czym treść gwarancji jest istotna, ponieważ stanowi ona wyłączną podstawę odpowiedzialności gwaranta - nie mają bowiem na nią wpływu ani sposób ukształtowania, ani treść stosunku prawnego podstawowego (pomiędzy zamawiającym a wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia)

Konsekwencją powyższego, jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18:
„[..Jgwarant 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".

Zatem, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, nieakcesoryjny i abstrakcyjny charakter gwarancji wadialnej nie oznacza, że Zamawiający będzie uprawniony do żądania wypłaty należnego wadium w każdym przypadku, niezależnie od podstawy jego zatrzymania. Specyficzny charakter umowy gwarancji oznacza, że Zamawiający będzie mógł skierować roszczenie o zapłatę do gwaranta, tylko w takich sytuacjach, które zostały wyraźnie wskazane w treści gwarancji. To zaś z kolei wiąże się z koniecznością precyzyjnego określenia zakresu odpowiedzialności gwaranta, zarówno w ujęciu przedmiotowym, jak i podmiotowym.

2. solidarna odpowiedzialność wykonawców za realizację obowiązków zabezpieczonych wadium

Następnie Odwołujący przypomina stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17, dotyczące odpowiedzialności solidarnej wykonawców (wspólnie ubiegających się o zamówienie) za realizację obowiązków zabezpieczonych wadium. Na podstawie tego stanowiska Odwołujący wyprowadził wniosek, że złożone przez niego wadium w sposób wystarczający zabezpiecza ofertę, ponieważ niezależnie od tego, który wykonawca w gwarancji został wskazany, w każdym przypadku naruszenia obowiązków zabezpieczonych wadium przez któregokolwiek z członków konsorcjum, Zamawiającemu będzie przysługiwać roszczenie o zapłatę kwoty wynikającej z gwarancji. Zdaniem Odwołującego „Solidarna odpowiedzialność wykonawców za obowiązki, o których mowa w art. 46 ust. 4a i 5 Ustawy oznacza, iż zamawiający ma dowolność co do tego, do którego z wykonawców skieruje roszczenie na wypadek

niewykonania poszczególnych obowiązków przez jednego z nich".

Zamawiający również z tym argumentem nie może się zgodzić, ponieważ Odwołujący po raz kolejny wyprowadza błędny wniosek ze słusznego zresztą stanowiska Sądu Najwyższego.

Należy przede wszystkim wskazać, że Odwołujący fragmentarycznie opiera swoją argumentację o ocenę prawną dokonaną przez Sąd Najwyższy, zupełnie pomijając ważne, końcowe wnioski ujęte w uzasadnieniu orzeczenia.

Rzeczywiście, jak wskazuje Odwołujący, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na odpowiedzialność solidarną wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jednak Sąd w orzeczeniu nie wyraził poglądu, jakoby odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum przesądzała o możliwości skutecznego dochodzenia przez Zamawiającego kwot wynikających z gwarancji wadialnej. Wręcz przeciwnie, Sąd Najwyższy przypomniał, że o przesłankach realizacji uprawnień wynikających z gwarancji decyduje jej treść (ze względu na jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter). W konsekwencji, skład orzekający stwierdził, że:

„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 wadlum 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".

Tym samym, Sąd Najwyższy, wbrew przekonaniu Odwołującego, nie rozstrzygnął, że solidarna odpowiedzialność w sposób automatyczny zapewnia prawidłowość gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum. Stwierdził natomiast, że konieczne jest zbadanie treści takiej gwarancji wadialnej i przeprowadzenie wykładni oświadczenia wystawcy gwarancji. W przypadku, gdyby, jak wskazał Sąd Najwyższy, sformułowanie „z przyczyn leżących po jego stronie" pozwalało na przyjęcie, iż zastrzeżenie to obejmuje okoliczności zabezpieczone wadium odnoszące się do wszystkich wykonawców należących do konsorcjum, należałoby wówczas uznać wniesienie takiego wadium za prawidłowe i skuteczne. Nie miałyby wówczas znaczenia skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jest liderem konsorcjum, a nie samodzielnym wykonawcą.

Powyższe wnioski Sądu Najwyższego są niczym innym, jak dyrektywami określającymi sposób ponownego rozpoznania sprawy przez Sąd Okręgowy w Gdańsku. Dlatego też, w ocenie Zamawiającego, kluczowy w tym zakresie jest wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 lutego 2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18.

Co prawda Sąd Okręgowy podzielił stanowisko Sądu Najwyższego, że zobowiązania współkonsorcjantów względem zamawiającego mają charakter solidarny. Jednak zupełnie nie zgodził się z funkcjonującymi w doktrynie i orzecznictwie poglądami, jakoby odpowiedzialność solidarna współwykonawców miała niejako „z automatu" zapewnić skuteczność gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z nich. Jak podkreślił skład orzekający „[..^solidarność współkonsorcjantów względem zamawiającego nie miała zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia", przede wszystkim ze względu na abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter umowy gwarancji. W konsekwencji, Sąd Okręgowy stwierdził, że:

„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 miałaby odpowiedzialność gwaranta, byłby w ramach stosunku podstawowego współdłużnikiem solidarnym, nie mogłaby stanowić podstawy do rozszerzenia

odpowiedzialności gwaranta na działania j zaniechania innych podmiotów, niewymienionych w gwarancji".

Zatem w świetle stanowiska Sądu Okręgowego w Gdańsku, odpowiedzialność solidarna wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie pozostaje bez wpływu na prawidłowość zabezpieczenia oferty wadium, natomiast kluczowa pozostaje treść takiej gwarancji (pogląd ten w zupełności koresponduje z wnioskami Sądu Najwyższego zawartymi w wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17). W tym zakresie Sąd Okręgowy zwrócił uwagę, że rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta za działania lub zaniechania ewentualnych, nieznanych sobie konsorcjantów wykonawcy (który zlecił udzielenie gwarancji), musiałoby znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji. Jak zasugerował Sąd Okręgowy, mogłoby ono nastąpić na poniższe sposoby:

a) wskazanie, że przez „wykonawcę" lub „dającego zlecenie" należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w dokumencie gwarancji, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę;

b) wskazanie przejęcia przez gwaranta odpowiedzialności za okoliczności leżące po stronie nie tylko zleceniobiorcy, ale również „podmiotów powiązanych" czy „współwykonawców";

c) zaznaczenie, że wykonawca/dający zlecenie działa bądź zamierza działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów;

d) rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta poza wskazane „przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy" na przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny" - w tym miejscu warto podkreślić, że Sąd Okręgowy, idąc za dyrektywą Sądu Najwyższego rozważył, czy wymienione powyżej zastrzeżenia można rozumieć równoważnie; w efekcie, Sąd Okręgowy uznał, że sformowania te nie mogą być uznane za tożsame i nie wywołują takich samych skutków prawnych; zdaniem składu orzekającego, przyjęcie o objęciu gwarancją także i „przyczyn, za które zleceniodawca odpowiada" istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta.

Jeżeli zatem gwarancja nie uwzględnia w swoim brzmieniu powyższych elementów, rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta zależy wyłącznie od jego dobrej woli. Przy czym, jak słusznie zwrócił uwagę Sąd Okręgowy, praktyka wskazuje, że gwarant każdorazowo sprawdza i ustala zakres swojej odpowiedzialności jeszcze przed akceptacją gwarancji. Jeżeli zatem z jej treści nie wynika pewien zakres odpowiedzialności gwaranta, czy to w ujęciu przedmiotowym, czy podmiotowym, nie będzie podstawy do wypłacenia świadczenia na rzecz zamawiającego, a tym samym oferta nie zostanie prawidłowo zabezpieczona.

Z powyższych względów, w analogicznej do przedmiotowej sytuacji, Sąd Okręgowy w Gdańsku uznał, że gwarancja wadialna nie sygnalizująca w jakikolwiek sposób w swojej treści rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta (poza okoliczności leżące po stronie dającego zlecenie), jest nieprawidłowa i uzasadniająca zastosowanie sankcji wobec wykonawcy.

Jednocześnie, Sąd Okręgowy podkreślił, że: „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".

3. należyte umocowanie Zamen sp. z o.o. do reprezentacji Konsorcjum

Kolejnym argumentem Odwołującego opowiadającym się (jego zdaniem) za uznaniem złożonego wadium za prawidłowe, ma być fakt, że lider konsorcjum, Zarmen sp. z o.o., był upoważniony do wniesienia wadium w imieniu całego konsorcjum, w dodatku na podstawie pełnomocnictwa udzielonego na dzień przed zleceniem gwarancji.

Rzeczywiście należy potwierdzić, że upoważnienie takie wynika z pełnomocnictwa dołączonego do oferty. Faktem jest również, że pełnomocnictwo nosi datę wcześniejszą niż data gwarancji bankowej. Niemniej jednak, ze względów wymienionych powyżej w odpowiedzi na odwołanie, wskazana okoliczność pozostaje bez znaczenia dla oceny, czy wniesione wadium jest prawidłowe.

Jak wynika z analizy wyroków Sądu Najwyższego oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku,

najistotniejsza jest treść gwarancji. Ta zaś nie zawiera żadnej adnotacji, jakoby Zarmen sp. z o.o., jako dający zlecenie, działał w imieniu konsorcjum. Fakt, że pełnomocnictwo nosi datę wcześniejszą od daty gwarancji nie przesądza również, że gwarant miał świadomość wystawiania gwarancji na rzecz więcej niż jednego (oznaczonego w jej treści) wykonawcy. Nie można zatem wywieść, że mamy w tym przypadku do czynienia z rozszerzeniem jego odpowiedzialności.

Mając na uwadze rozważania dotyczące solidarnej odpowiedzialności wykonawców oraz braku jej wpływu na istnienie i zakres umowy gwarancji, nie można się zgodzić z Odwołującym, który twierdzi, że na podstawie umowy konsorcjum oraz pełnomocnictwa udzielonego liderowi, „[..^Gwarancja obejmuje działania j zaniechania, których dopuści się drugi członek Konsorcjum. Sytuacja ta jest bowiem tożsama z sytuacją, w której Remak-Energomontaż S.A. wniósłby Gwarancję Wadialną we własnym zakresie. Wystawiając Gwarancję w imieniu Konsorcjum, jego Lider - Zarmen sp. z o.o. ponosi także odpowiedzialność za działanie lub zaniechanie mogące skutkować zatrzymaniem wadium, których dopuści się członek Konsorcjum - Remak-Energomontaż S.A.”.

Również fakt upoważnienia lidera do działania w imieniu współkonsorcjanta pozostaje bez wpływu na zakres i istnienie zobowiązań wynikających z umowy gwarancji (które, jak podkreślano powyżej, mają charakter nieakcesoryjny i abstrakcyjny). Udzielenie pełnomocnictwa wywołało jedynie taki skutek, że lider w relacjach z gwarantem i zamawiającym uzyskał prawo do reprezentowania konsorcjanta, jednak w żaden sposób nie mogło to poszerzyć odpowiedzialności wystawcy gwarancji.

4. omówienie przypadków zatrzymania wadium; każdorazowa możliwość skorzystania z gwarancji wadialnej przez Zamawiającego

Następnie Odwołujący, w uzasadnieniu odwołania, dokonuje interpretacji złożonej gwarancji bankowej, próbując wykazać, że z jej treści w sposób jednoznaczny wynika prawidłowe zabezpieczenie oferty. W tym zakresie, Odwołujący wskazuje, że w gwarancji zostały wymienione wszystkie okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp. Jednocześnie, bazując na przedstawionej już wcześniej argumentacji, Odwołujący wywodzi wniosek, że skoro dający zlecenie jest liderem konsorcjum, oznacza to, że Zamawiający będzie miał pełne prawo do skorzystania z przedłożonej mu gwarancji wadialnej.

Odnosząc się szczegółowo do twierdzeń Odwołującego, Zamawiający zwraca uwagę, że dokonując czynności odrzucenia oferty, nie kwestionował zakresu przedmiotowego gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego. Faktem jest, że sporna gwarancja w swojej treści wymienia wszystkie okoliczności określone w art. 46 ust. 4a i 5 Pzp.

Natomiast, zdaniem Zamawiającego (czemu dał wyraz w informacji o odrzuceniu oferty), brakującym pozostaje zakres podmiotowy, który w świetle wyroku Sądu Najwyższego oraz wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku nie może być rozszerzony na podstawie pełnomocnictwa udzielonego liderowi konsorcjum, ani za pomocą odesłań do przepisów Pzp regulujących odpowiedzialną solidarność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ze względów przedstawionych powyżej.

Jeżeli zatem chodzi o treść gwarancji wadialnej złożonej przez Odwołującego, o ile wymienia ona okoliczności wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 Pzp, o tyle brakuje w niej postanowień wskazujących na rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta za działania lub zaniechania konsorcjantów wykonawcy (niewymienionych w treści), co powinno nastąpić przez:

a) wskazanie, że przez „wykonawcę” lub „dającego zlecenie” należy rozumieć nie tylko podmiot oznaczony w dokumencie gwarancji, ale i wszystkich wykonawców z którymi zdecyduje lub zdecydował się on złożyć ofertę;

b) wskazanie przejęcia przez gwaranta odpowiedzialności za okoliczności leżące po stronie nie tylko zleceniobiorcy, ale również „podmiotów powiązanych” czy „współwykonawców”;

c) zaznaczenie, że wykonawca/dający zlecenie działa bądź zamierza działać także w imieniu i na rzecz innych podmiotów;

d) rozszerzenie odpowiedzialności gwaranta poza wskazane „przyczyny leżące po stronie zleceniodawcy/wykonawcy” na przyczyny, za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny”.

Ponieważ w treści gwarancji wadialnej nie przewidziano żadnego z powyższych zastrzeżeń, Zamawiający, kierując się stanowiskiem Sądu Najwyższego oraz Sądu Okręgowego w Gdańsku, uznał, że gwarant nie przyjął na siebie odpowiedzialności za przyczyny leżące po stronie wykonawcy niewymienionego w gwarancji, co oznacza, iż wadium nie zabezpiecza oferty w sposób prawidłowy.

Na zakończenie Zamawiający podał w wątpliwość adekwatność przytoczonego w odwołaniu orzecznictwa do stanu faktycznego w tej sprawie i przywołał orzeczenia KIO zapadłe po wyrokach SN i SO w Gdańsku, potwierdzające prawidłowość jego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosił Wykonawca P, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienie wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawcy (dalej również „Przystępujący") do udziału w postępowaniu odwoławczym.

W piśmie procesowym z 18 czerwca 2020 r. Wykonawca P przedstawił następujące stanowisko procesowe w sprawie.

Odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b) Pzp było prawidłowe, a odwołanie złożone przez Odwołującego kwestionujące tą czynność zasługuje na oddalenie. Z uwagi na wskazane poniżej wady spornej gwarancji należy uznać, że nie zabezpiecza ona skutecznie roszczeń Zamawiającego w odniesieniu do konsorcjum Zarmen sp. z o.o. i Remak-Energomontaż S.A.

Gwarancja została wystawiona na zlecenie wyłącznie Zarmen sp. z o.o. - lidera konsorcjum, określonego w treści gwarancji jako wykonawca, który złoży ofertę w Postępowaniu. W treści gwarancji brak jakiejkolwiek wzmianki o objęciu jej zakresem również wykonawcy Remak-Energomontaż S.A., jak również o fakcie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne przez Zarmen sp. z o.o. oraz Remak-Energomontaż S.A. Odwołujący nie wykazał, że wbrew literalnej treści gwarancji, przez „Wykonawcę" należy rozumieć nie tylko Zarmen sp. z o.o., lecz również Remak-Energomontaż S.A.

Odwołujący, powołując się na wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, w którym SN zwrócił uwagę na nieakcesoryjny charakter zobowiązania gwaranta, wyciągnął z rozważań zawartych w wyroku błędne wnioski. Odwołujący wskazał słusznie za SN, że z takiego charakteru gwarancji bankowej wynika, że jedyną przesłanką wypłaty świadczenia przez gwaranta jest wystosowanie przez Zamawiającego „wezwania do zapłaty wraz ze wskazaniem, że wykonawca nie wywiązał się z ciążących na nim obowiązków". Wskazał również, że z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji, gwarant nie może przedstawiać zarzutów ze stosunku podstawowego. Błędnie jednak uznał, że powyższe konkluzje pozwalają wyciągnąć korzystne dla Odwołującego wnioski, że interes Zamawiającego jest zabezpieczony w przypadku, gdy jako wykonawca został wskazany w gwarancji jedynie Zarmen sp. z o.o. Z abstrakcyjnego charakteru zobowiązania jakim jest gwarancja bankowa wynika bowiem wniosek wprost przeciwny do wyprowadzonego przez Odwołującego, na co wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z 27 lutego 2019 r., sygn. akt XII Ga 555/18, któremu została przekazana do ponownego rozpoznania sprawa zakończona przywołanym wcześniej wyrokiem SN. Rozpatrując analogiczny do przedmiotowego stan faktyczny dotycząc wad, którymi obarczone były gwarancje wadialne i kierując się wytycznymi SN, SO uznał oceniane gwarancje wadialne za nieprawidłowe, bowiem nie wskazywały, że zobowiązaniem gwaranta, który wystawił gwarancję dla jednego tylko z członków konsorcjum, objęte są wszystkie przyczyny zatrzymania wadium, za które odpowiada on na zasadzie odpowiedzialności solidarnej.

W ocenie SO w Gdańsku „[...]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 p.z.p.), 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".

Na podstawie treści gwarancji nie sposób stwierdzić, że gwarant wiedział, że Zarmen sp. z o.o. jest uprawniony do wniesienia wadium w imieniu konsorcjum, a tym samym, zlecając wystawienie gwarancji, działał również w imieniu i na rzecz Remak-Energomontaż S.A. jako partnera. Skoro gwarancja jest dokumentem o charakterze abstrakcyjnym, to fakt uprzedniego wystawienia pełnomocnictwa przez Remak-Energomontaż

S.A. na rzecz Zarmen sp. z o.o. nie jest wystarczający do objęcia odpowiedzialnością gwaranta tego podmiotu, jeśli w treści Gwarancji nie ujawniono, aby Zarmen sp. z o.o. działał na podstawie ww. pełnomocnictwa w imieniu konsorcjum.

Abstrakcyjny charakter zobowiązania gwaranta oznacza, że zobowiązanie to jest niezależne od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji oraz samodzielne (nieakcesoryjne) - jego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Odpowiedzialność banku jako gwaranta jest określana tylko i wyłącznie na podstawie treści dokumentu gwarancji bankowej, tj. jedynie w przypadku zdarzeń objętych tą treścią jak również w granicach ich zakresu wskazanego w treści gwarancji. Z uwagi na abstrakcyjny charakter gwarancji bankowej, ocena możliwości jej realizacji może następować jedynie w oparciu o treść gwarancji, co podkreślił Sąd Najwyższy.

Kluczowe dla przyjęcia odpowiedzialności banku jako gwaranta za działania i zaniechania wszystkich członków konsorcjum jest, czy gwarant miał wiedzę odnośnie zakresu swojej odpowiedzialności i czy ją uzewnętrznił w liście gwarancyjnym. Nie jest w tym przypadku wystarczający sam fakt zawiązania konsorcjum przed datą wystawienia dokumentu gwarancji, udzielenie pełnomocnictwa na rzecz lidera konsorcjum bądź inne ustalenia pomiędzy wykonawcami, gdyż nie przesądza to o tym, czy bank został o tym fakcie poinformowany.

W wyroku SO w Gdańsku solidarność współkonsorcjantów względem zamawiającego uznana została za niemającą zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Uznanie, że członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego już na etapie postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 380 § 1 Kc jest niewystarczające dla przyjęcia stanowiska o odpowiedzialności banku jako gwaranta z tego powodu.

Możliwość zatrzymania wadium przez zamawiającego w każdej z sytuacji opisanych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp w odniesieniu do każdego członka konsorcjum wynika z przepisów Pzp (tj. art. 23 ust. 3 Pzp) regulujących stosunki pomiędzy zamawiającym a wykonawcami. Jednak powołanie się przez zamawiającego na przepisy regulujące stosunek podstawowy z wykonawcami nie będzie skuteczne względem gwaranta, bo relacja zamawiający - gwarant jest niezależna od stosunku podstawowego, a jej treść w sposób wyczerpujący wynika z dokumentu gwarancyjnego.

Nieprawdziwe jest zatem twierdzenie Odwołującego, że skoro Zamawiający może sformułować roszczenie w stosunku do któregokolwiek z konsorcjantów, to byłby również uprawniony do skorzystania z przedłożonej mu w niniejszej spawie gwarancji. Podobnie, nie ma racji Odwołujący uważając za wystarczające dla obrony swojego stanowiska, że żaden przepis Pzp nie wymaga wymienienia w treści gwarancji bankowej wszystkich konsorcjantów, bowiem treść gwarancji bankowej nie jest przedmiotem regulacji przepisów Pzp.

Odpowiedzialność solidarna członków konsorcjum wobec zamawiającego dotyczy jedynie stosunku podstawowego pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Jest ona bez znaczenia dla stosunku gwarant - wykonawca. Jeśli stosunek podstawowy miałby mieć znaczenie dla stosunku pomiędzy gwarantem a wykonawcą, treść gwarancji bankowej musiałaby zawierać odniesienie do stosunku podstawowego, np. przez wskazanie, że przez „Wykonawcę” należy rozumieć wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie, a zatem w przedmiotowym Postępowaniu - Zarmen sp. z o.o. oraz Remak-Energomontaż S.A. Tymczasem w treści gwarancji nie zawarto jakiejkolwiek wzmianki, która świadczyłaby o świadomości gwaranta co do działania Zarmen sp. z o.o. również w imieniu innego podmiotu.

Nieprawidłowe jest zatem przyjęcie, że w przypadku solidarności zobowiązania dłużników, zobowiązanie gwaranta obejmuje w każdym przypadku wszystkich dłużników odpowiadających solidarnie, nawet jeśli nie zostali w żaden sposób wskazani w treści gwarancji. Nie można zgodzić się, że gdy odpowiedzialność wykonawcy ujawnionego w treści gwarancji wiąże się z odpowiedzialnością za działania drugiego członka konsorcjum, jest to wystarczające dla przyjęcia skuteczności gwarancji wadialnej również za działania wykonawcy nieujawnionego w jej treści. Gdyby gwarant zdecydował się przyjąć na siebie szerszą odpowiedzialność, obejmującą nieznanych bankowi innych konsorcjantów, musiałoby to wprost znaleźć odzwierciedlenie w treści gwarancji.

Zgodnie z wyrokiem SN, wniesienie wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej (jak również bankowej) 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. Z treści gwarancji wynika zaś, że żądanie zapłaty może dotyczyć wyłącznie wskazanych działań i zaniechań Zarmen sp. z o.o. W związku z tym nie można przyjąć, wbrew literalnej treści gwarancji, że intencją gwaranta było objęcie odpowiedzialnością również zachowań drugiego członka konsorcjum, bądź przyczyn leżących pod stronie drugiego członka konsorcjum. Z treści gwarancji nie wynika bowiem ani wprost, ani w sposób domniemany, aby odpowiedzialność gwaranta została rozszerzona na działania innego wykonawcy niż Zarmen sp. z o.o., ani też aby wykraczała poza wprost wskazane w jej treści przyczyny leżące po stronie Zarmen sp. z o.o.

Istotne znaczenie dla sprawy ma pytanie postawione przez Sąd Najwyższy w omawianym wyroku, czy pojęcie „przyczyn leżących po jego stronie" może być utożsamione z pojęciem „przyczyn, za które odpowiada". Sąd Najwyższy nie udzielił jednak odpowiedzi na postawione do rozważenia pytanie, lecz zrobił to Sąd Okręgowy w Gdańsku przy ponownym rozpoznaniu sprawy, który uznał, że wskazanie w treści gwarancji na przejęcie odpowiedzialności za zachowanie wyłącznie zleceniobiorcy, i leżące po „jego" stronie (nie „ich", czy „podmiotów powiązanych" czy „współwykonawców"), nie pozwala przyjąć, wbrew literalnej treści gwarancji, że odpowiedzialność gwaranta obejmowała również przyczyny za które zleceniodawca ogólnie „jest odpowiedzialny". Ewentualne przyjęcie odpowiedzialności za „przyczyny, za które zleceniodawca odpowiada" istotnie zwiększyłoby zakres odpowiedzialności gwaranta.

Pojęcie „przyczyn leżących po stronie wykonawcy" ma węższe znaczenie od pojęcia „przyczyn za które wykonawca odpowiada". Pierwsze sformułowanie odnosi się jedynie do przyczyn pozostających w bezpośrednim związku z działaniami i zaniechaniami wykonawcy, podczas gdy drugie sformułowanie obejmuje swoim zakresem znaczeniowym również działania i zaniechania, które nie pozostają w bezpośrednim związku z działaniami i zaniechaniami wykonawcy, co pozwala objąć tym zakresem również działania i zaniechania członka konsorcjum odpowiadającego solidarnie. Zresztą również przywołany wyrok SN nie daje podstaw do utożsamiania ww. pojęć, gdyż SN wskazał jedynie, że w niektórych stanach faktycznych, stosując wykładnię gwarancji wadialnej w oparciu o art. 65 Kc, przyjęcie takiej interpretacji jest potencjalnie możliwe. W przedstawionym stanie faktycznym brak jest natomiast jakichkolwiek podstaw do przyjęcia takiej intencji gwaranta: ani literalne brzmienie gwarancji, ani ustalone zwyczaje, ani praktyka, nie pozwalają przyjąć wbrew literalnej treści Gwarancji, że bank obejmował wolą objęcia swoją odpowiedzialnością również inne podmioty niż ten wskazany w jej treści jako zleceniodawca.

Objęcie odpowiedzialnością gwaranta również przyczyn leżących po stronie Remak-Energomontaż S.A. musiałoby wiązać się z wykładnią treści gwarancji wykraczającą poza jej literalną treść, polegającą na rozszerzeniu pojęcia „przyczyn leżących po stronie" Zarmen sp. z o.o. na „przyczyny za które odpowiada". Taka interpretacja, w świetle abstrakcyjnego charakteru gwarancji, byłaby jednak nieuprawniona i wbrew jej literalnej treści. Ponadto przyjęcie takiej interpretacji byłoby uzależnione jedynie od dobrej woli gwaranta. Zamawiający, bazując jedynie na treści dokumentu gwarancji, nie miałby natomiast żadnych podstaw do „przymuszenia" gwaranta do przyjęcia interpretacji gwarancji wykraczającej poza jej literalną treść, a co za tym idzie Zamawiający nie miałby pewności co do skuteczności zaspokojenia swoich roszczeń z dokumentu Gwarancji w przypadku ziszczenia się przesłanek określonych w art. 46 ust. 4a oraz ust. 5 Pzp w odniesieniu do konsorcjum. Pewność Zamawiającego co do możliwości skorzystania z uprawnień z tytułu gwarancji nie może być natomiast uzależniona od stanowiska samego gwaranta, który - po terminie składania ofert - korzystnie lub nie dla Zamawiającego zinterpretuje okoliczności obligujące go do zapłaty wadium.

Aby uznać wniesienie wadium za skuteczne, z treści gwarancji powinien wynikać obowiązek gwaranta zapłaty kwoty zabezpieczonej gwarancją, jeżeli okoliczności z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp dotyczyć będą „Wykonawcy" rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum, które złożyło ofertę, bądź, że sytuacji, w których istnieje odpowiedzialność (solidarna) jednego członka konsorcjum za realizację obowiązków innego członka. Czyli nie tylko za obowiązki „leżące po stronie wykonawcy", ale też „za które odpowiada" jeśli odpowiada za kogoś więcej, niż tylko za siebie. W gwarancji tego typu postanowienia nie ma.

Następnie Przystępujący podał, że przed akceptacją gwarancji, w celu oszacowania ryzyka z tym związanego, bank przeprowadza szczegółową weryfikację kondycji ekonomicznej oraz zdolności do wykonania kontraktu wykonawcy, którego udział w przetargu ma być zabezpieczony. Przeprowadzona weryfikacja jest podstawą oceny ryzyka i kalkulacji opłacalności akceptacji gwarancji. W przypadku, gdy gwarancja ma objąć działania i zaniechania również innego podmiotu niż ten, na którego zlecenie udzielono gwarancji i który został wprost wskazany w jej treści, zakres potencjalnej odpowiedzialności gwaranta jest większy i inaczej kalkulowane jest ryzyko. Nie można zakładać, że gwarant zgodziłby się na

udzielenie gwarancji na tożsamych warunkach, niezależnie od tego czy jego odpowiedzialność obejmuje działania jednego czy więcej podmiotów, bo wprost wpływa to na ryzyko gwaranta.

Gwarant określił elementy podmiotowo-przedmiotowe przedmiotu zabezpieczenia gwarancji wadialnej (czyj i jaki obowiązek objęty został gwarancją) w odniesieniu do wskazanego w niej dłużnika (Zarmen sp. z o.o.) i powiązał powstanie odpowiedzialności gwarancyjnej z oczekiwanym zachowaniem się tego podmiotu w Postępowaniu, zgodnie z przedmiotem zabezpieczenia gwarancyjnego. Nie można zakładać ogólnie, że objęcie wyraźnie gwarancją tylko jednego z dłużników w wielopodmiotowym stosunku podstawowym może - w razie ustalenia solidarnej odpowiedzialności takich dłużników - prowadzić do podmiotowego rozszerzenia ochrony gwarancyjnej przyjętej w treści gwarancji wadialnej w istocie poza zakres określonego w treści gwarancji ryzyka gwaranta. Nie można uznać, że stosunek podstawowy, który nie został odzwierciedlony w treści gwarancji bankowej, może wpłynąć na rozszerzenie zakresu odpowiedzialności banku.

Wskazanie w treści gwarancji jedynie Zarmen sp. z o.o. świadczy o tym, że Bank nie został poinformowany o wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne przez tego wykonawcę z innym wykonawcą. W przypadku skierowania żądania zapłaty w związku z niezrealizowaniem obowiązku „leżącego po stronie" Remak-Energomontaż S.A. Bank mógłby odmówić zapłaty. Gwarancja mówi o obowiązkach, które „leżą po stronie" Zarmen sp. z o.o. Fakt, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie nie prowadzi do objęcia odpowiedzialnością gwaranta działań i zaniechań Remak-Energomontaż S.A. 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 .

Rację ma Odwołujący, że z zasady przejrzystości sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp wynika zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia obowiązku nie wynikającego wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Jednak w tym przypadku obowiązek wskazania w treści gwarancji na działanie w imieniu konsorcjum wynikał z treści SIWZ czytanej łącznie z odpowiedzią na pytanie nr 21. Odwołujący błędnie zinterpretował odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 21. Zamawiający jasno określił, że wniesienie wadium przez dowolnego z konsorcjantów ubiegającego się wspólnie o udzielenie zamówienia jest dopuszczalne jedynie, gdy działał w imieniu całego Konsorcjum wspólnie składającego ofertę. Zamawiający wskazał zatem sposób wnoszenia wadium w formie gwarancji bankowej przez grupę wykonawców. Jak wskazano już wyżej, w treści gwarancji, brak takiej wzmianki.

Odwołujący w piśmie procesowym z 24 czerwca 2020 r. przedstawił dodatkową argumentację mającą uzasadniać zarzuty odwołania.

Przede wszystkim Odwołujący podtrzymał argumentację, zgodnie z którą brzmienie SIWZ (IDW) jednoznacznie pozwalało na wniesienie wadium wyłącznie przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający oraz Przystępujący usiłują, opierając się na orzecznictwie dotyczącym gwarancji ubezpieczeniowych (w tej sprawie sytuacja dotyczy gwarancji bankowej) przenosić poglądy orzecznictwa i KIO wyrażone wobec wymogów gwarancji ubezpieczeniowych na gwarancje bankowe.

Odwołujący przypomniał, że gwarancja bankowa - w odróżnieniu od gwarancji ubezpieczeniowej (której dotyczyło przywoływane orzecznictwo) - jest instrumentem uregulowanym wprost w przepisach ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo Bankowe. Tym przede wszystkim różni się od gwarancji ubezpieczeniowej, która jest jedynie specyficzną, niestypizowaną, a ukształtowaną głównie przez praktykę, czynnością ubezpieczeniową, znajdującą oparcie prawne przede wszystkim w zasadzie swobody układania stosunków zobowiązaniowych, tj. w art. 353^1 Kc.

W tej sprawie złożona przez Odwołującego gwarancja była opatrzona klauzulami: „zobowiązujemy się nieodwołalnie i bezwarunkowo, do zapłacenia każdej kwoty do wysokości" oraz „od otrzymania Waszego pierwszego pisemnego żądania zapłaty, właściwie podpisanego, oraz Waszego pisemnego oświadczenie". Mając to na uwadze, konieczne jest przypomnienie, że gwarancja bankowa opatrzona klauzulami „nieodwołalnie i bezwarunkowo", „po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania", „każdej kwoty do maksymalnej wysokości", kreują abstrakcyjne zobowiązanie gwaranta (banku) wobec beneficjenta, niezależnie od stosunków wewnętrznych łączących dłużnika z wierzycielem.

Odwołujący podkreślił, że z SIWZ (IDW) nie wynika, aby treść gwarancji wadialnej musiała określać jako zleceniodawcę wystawienia gwarancji obydwu konsorcjantów. Gdyby Zamawiający w istocie zamierzał uzyskać takie wadium, to winien to szczegółowo wyrazić w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 8 Pzp). Skoro jednak Zamawiający w SIWZ (IDW) nie nakazał szczególnego zachowania w przypadku wnoszenia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia, gwarancja ubezpieczeniowa nie musiała być wystawiona na wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Zamawiający nie wprowadził wymogu, aby gwarancja wskazywała w treści wszystkich konsorcjantów albo określała, że dotyczy działania lub zaniechania każdego z konsorcjantów z osobna, a zatem Zamawiający nie ma podstaw do przyjmowania takiego kryterium dla złożonych dokumentów. Dokumentacja przetargowa nie określała, że w treści takiej gwarancji musi znajdować się zastrzeżenie o działaniu przez jednego z konsorcjantów w imieniu wszystkich wykonawców. Należy zatem stwierdzić, że Zamawiający nie miał prawa poszerzać wymagań dotyczących formy wniesienia wadium, co bezpodstawnie uczynił.

Treść złożonej gwarancji wadialnej zabezpieczała zatem w sposób należyty interes Zamawiającego, ponieważ dzięki przedmiotowej gwarancji Zamawiający mógłby zaspokoić się z niej w każdym wypadku uzasadniającym zatrzymanie wadium. Także wtedy, gdyby wynikało ono z działania lub zaniechania drugiego z konsorcjantów, niewskazanego wprost w treści gwarancji. Wynika to z faktu, że w tym zakresie wykonawcy (konsorcjanci) dokonują swoich czynności niepodzielnie. Ponadto za takim stanowiskiem przemawia praktyka bankowa oraz wola samego gwaranta, o czym w dalszej części.

Również powoływany wielokrotnie przez Zamawiającego i Przystępującego wyrok SO w Gdańsku (XII Ga 555/18) nie określa jednoznacznie, że gwarancja wskazująca jednego tylko z konsorcjantów wyklucza możliwość zaspokojenia się z tej gwarancji w przypadku okoliczności dotyczących innych konsorcjantów. Mianowicie w uzasadnieniu wyroku wskazano, że:

„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".

Z powyższego wynika, że zasadniczo niewskazanie wszystkich konsorcjantów w treści gwarancji wadialnej nie przesądza o braku odpowiedzialności gwaranta, a jedynie rodzi wątpliwości interpretacyjne. Co jednak wskazano w odwołaniu (a także co przytaczają w swoich pismach Przystępujący i Zamawiający) treść gwarancji podlega wykładni oświadczeń woli wedle art. 65 Kc, zatem każdorazowo to dana gwarancja podlega wykładni. Oznacza to, że wątpliwości interpretacyjne mogła faktycznie rodzić gwarancja złożona w okolicznościach rozpatrywanej w ww. sprawach gwarancji.

Nawiązując do konieczności wykładni treści gwarancji (w tej sprawie gwarancji bankowej) m.in. przez pryzmat praktyki bankowej (jak wynika z ww. wyroku SN), Odwołujący zwrócił uwagę, że przy zawieraniu umowy gwarancji wadialnej gwarant miał świadomość i obejmował zakresem gwarancji wszelkie podstawy zatrzymania wadium, w tym także w przypadku złożenia oferty przez konsorcjum, a nie jedynie jednego z wykonawców

(wykonawcę wymienionego wprost w treści gwarancji). Powyższe znajduje potwierdzenie w piśmie gwaranta (banku) z 5 czerwca 2020 r., w którym stwierdzono m.in.:

„1. Dla wystawienia gwarancji bankowej mającej zabezpieczać roszczenia zamawiającego o zwrot wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (Gwarancja Wadialna), całkowicie bez znaczenia jest, czy podmiot wnioskujący o wystawienie takiej gwarancji ubiega się o udzielenie zamówienia samodzielnie, czy też wspólnie z innym/mi podmiotem/ami (w ramach konsorcjum).

[...]

2. W przypadku, w którym wykonawcy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego, a w Gwarancji Wadialnej jako „Wykonawcę" wskazano wyłącznie jednego z tych wykonawców, bez wzmianki, iż działa on w ramach konsorcjum z innym podmiotem, Bank wypłaci zamawiającemu kwotę odpowiadającą równowartości wadium nawet w przypadku, w którym przesłanki zatrzymania wadium, o których mowa w art. 46 ust. 4a lub art. 46 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych ziszczą się z powodu działania lub

zaniechania podmiotu niewymienionego w Gwarancji Wadialnej.

Wystawiana przez Bank Gwarancja Wadialna zabezpieczająca zapłatę wadium jest bowiem gwarancją bezwarunkową, nieodwołalną i płatną na pierwsze żądanie. Poza oświadczeniem beneficjenta gwarancji zamawiającego, że ziściła się jedna z przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium, Gwarancja Wadialna nie stawia żadnych dodatkowych wymogów, które należałoby spełnić w celu skorzystania z niej. Bank nie jest uprawniony, ani też nie posiada żadnych możliwości (gdyż nie jest w żaden sposób zaangażowany w postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego) do weryfikacji zasadności takiego oświadczenia zamawiającego pod kątem faktycznego wystąpienia przesłanek uzasadniających zatrzymanie wadium oraz tego, który z konsorcjantów swoim działaniem lub zaniechaniem spowodował konieczność jego zatrzymania. Po otrzymaniu żądania wypłaty z Gwarancji Wadialnej, w przypadku gdy spełnia ono wszystkie warunki formalne, Bank nie ma żadnej możliwości odmowy zapłaty kwoty wadium zabezpieczonej taką Gwarancją niezależnie od tego, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia spowoduje ziszczenie się okoliczności uprawniających do zatrzymania wadium, jak również czy podmiot ten został wskazany w treści Gwarancji Wadialnej.

Niejako na marginesie należy zauważyć, iż przyjęcie odmiennego zapatrywania niweczyłoby sens udzielonej Gwarancji Wadialnej ponieważ Bank zmuszony byłby do weryfikacji czy w istocie spełnione zostały przesłanki uzasadniające zatrzymanie wadium (dokonując arbitralnej oceny działań uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego), co pozbawiłoby Gwarancję Bankową jej abstrakcyjnego charakteru".

Nie może również ulegać wątpliwości, że Zarmen sp. z o.o. miał umocowanie i obowiązek (wynikający z umowy konsorcjum) co do wniesienia wadium, a uzyskując przedmiotową gwarancję działał z wolą zabezpieczenia interesu Zamawiającego we wszystkich przypadkach uzasadniających zatrzymanie wadium przez Zamawiającego (także wtedy, gdyby wynikało to z działania lub zaniechania wyłącznie drugiego z konsorcjantów).

Powyższe, mając na uwadze proces wykładni gwarancji zgodnie z art. 65 Kc, prowadzi zatem do wniosku, że złożona przez Odwołującego gwarancja wadialna była prawidłowa, zabezpieczała Zamawiającego co do wymaganej wysokości wadium. W tym miejscu konieczne jest podniesienie, wbrew stanowisku Przystępującego, że wiedza i wola gwaranta co do zakresu udzielonej gwarancji nie musi wynikać wyłącznie z literalnego brzmienia gwarancji. Jak przyjmowano w dotychczasowym orzecznictwie, wykładnia gwarancji może również uwzględniać późniejsze oświadczenia/pisma gwaranta. Powyższe ma istotne znaczenie dla tej sprawy, ponieważ z pisma gwaranta z 5 czerwca 2020 r. złożonego Odwołującemu w rozpoznawanej sprawie, jednoznacznie wynika, że wadium zostało złożone w sposób prawidłowy, a interes Zamawiającego został nim należycie zabezpieczony

Zarówno w odpowiedzi na odwołanie (Zamawiającego), jak i w piśmie Przystępującego, wielokrotnie można odnieść wrażenie, że zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, jednostkowe orzeczenie SO w Gdańsku - wydane na tle innych okoliczności faktycznych i w oparciu o inne kwestie prawne - determinuje funkcjonowanie całego systemu zamówień publicznych w Polsce. Mylnie jednak Zamawiający i Przystępujący zdają się wychodzić z założenia, że orzeczenie SO w Gdańsku było zgodne z poglądem prawnym i wskazaniami wyrażonymi w wyroku SN. Taka ocena jest zbyt daleko idąca i brak jest podstaw do takiego stwierdzenia. Zauważyć należy, że po wydaniu przez SO w Gdańsku rzeczonego orzeczenia SN nie badał ponownie sprawy i nie potwierdził, że rozstrzygnięcie to jest prawidłowe. Sam fakt, że SO w Gdańsku wydał ww. orzeczenie „kierując się wytycznymi SN" nie oznacza, że wytyczne te zinterpretował i zastosował się do nich w sposób prawidłowy i pełny, kompletny. Ponadto wypada przypomnieć, że jest to orzeczenie jednostkowe, a w Polsce brak jest podstaw, aby uznawać wyrok ten za źródło prawa czy wiążącą interpretację prawną. Trzeba bowiem zaakcentować, że precedens nie jest w systemie prawa polskiego źródłem prawa. Brak jest jakichkolwiek podstaw prawnych, aby przyjmować - jak to wyraźnie czyni Zamawiający - jako jedno orzeczenie i to sądu okręgowego wiązało KIO, inne sądy oraz zamawiających co do praktyki co do gwarancji bankowej jako wadium. Jest to argumentacja całkowicie niezrozumiała i sprzeczna z podstawowymi założeniami ustroju prawnego w Polsce. Ponadto Odwołujący wskazuje, że w rozpoznawanym odwołaniu (punkt III, s. 9 i nast.) przedstawił linię orzeczniczą KIO, kształtującą się odmiennie niż by oczekiwał Zamawiający. W zasadzie jedynym argumentem, który wysuwa Zamawiający przeciwko tym orzeczeniom jest argument sprowadzający się do stwierdzenia: orzeczenia te są błędne, ponieważ nie uwzględniają wyroku SO w Gdańsku (XII Ga 555/18) lub nie prowadzą z nim polemiki. W tym miejscu wypada także przypomnieć, że zarówno sądy, jak i KIO, nie są zobowiązane do wyrażania swojej oceny prawnej z odwoływaniem się do innych orzeczeń i tłumaczenia się, dlaczego jedno orzeczenie uważają za zasadne, a inne nie. Związanie sądu czy innego organu orzeczniczego cudzą decyzją interpretacyjną (np. treścią innego

orzeczenia) ma charakter wyjątkowy i wprost uregulowany w prawie (np. art. 386 § 6 Kpc). W tym przypadku brak takiej podstawy prawnej.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Zarmen sp. z o.o. do wystawcy gwarancji z 27 maja 2020 r. - dowód O1;
2. pisma Banku z 5 czerwca 2020 r. - dowód O2;
3. umowy konsorcjum pomiędzy Zarmen sp. z o.o. a Remak-Energomontaż S.A. z 21 lutego 2020 r. - dowód O3;
4. aneksu nr 1 do gwarancji z 4 czerwca 2020 r. - dowód O4;
5. oświadczenia z 8 czerwca 2020 r. - dowód O5.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, odpowiedzi nr 21 na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z 22 października 2019 r., spornej gwarancji bankowej i pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum załączonych do oferty Odwołującego, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokumentów przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w pisemnych stanowiskach stron i uczestnika postępowania odwoławczego adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Mając powyższe na uwadze skład orzekający stwierdził, że odwołanie podlegało oddaleniu. Izba podziela przy tym i przyjmuje za własne obszerne wywody Zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, a poniżej, dodatkowo, odniesie się do kwestii kluczowych dla wydanego rozstrzygnięcia.

Na wstępie zauważyć należy, że - wbrew stanowisku Odwołującego - podejmując zaskarżoną odwołaniem czynność Zamawiający, nie dokonał nowej wykładni postanowienia pkt 9.11 SIWZ-IDW. Należy je tłumaczyć li tylko jako dodatkowe zastrzeżenie dotyczące czynności wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, której poprawność uzależniona została m.in. od posiadania stosownego upoważnienia. Niemniej jednak nawet pozytywna weryfikacja tej kwestii (tj. stwierdzenie, że wadium zostało wniesione przez należycie umocowanego wykonawcę, co w tej sprawie było poza sporem, ponieważ treść pełnomocnictwa Zarmen sp. z o.o. nie była kwestionowana) nie może być utożsamiana ze skutecznością ustanowienia wadium, tj. należytym zabezpieczeniem interesów zamawiającego. Ten aspekt, w przypadku gdy - jak w tej sprawie - ustanowienie wadium potwierdzał określony dokument (ad casum - gwarancja bankowa) mógł zostać oceniony wyłącznie w oparciu o jego treść.
Ergo skorzystanie przez Odwołującego z możliwości przewidzianej w pkt 9.11 SIWZ-IDW, której to okoliczności Zamawiający nota bene nie przeczył, nie przesądzało o poprawności treści spornej gwarancji. Wspomniane postanowienie SIWZ nie ingerowało bowiem w treść dokumentu gwarancji.

Kolejno, odnosząc się do relacji przywołanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego orzeczeń SN i SO w Gdańsku, wyjaśnić należy, że SO - ponownie rozpoznając sprawę w wyniku uchylenia przez SN wcześniejszego rozstrzygnięcia zapadłego w tej sprawie i kierując się wskazaniami SN - dokonał oceny konkretnego stanu faktycznego przez pryzmat zapatrywań przedstawionych przez sąd kasacyjny. W konsekwencji, pomimo że Odwołujący starał się stworzyć wrażenie istnienia sprzeczności pomiędzy wspomnianymi wyrokami nie sposób nie zauważyć, że orzeczenia te de facto uzupełniają się, a sądy wyraziły w ich uzasadnieniach zapatrywania zachowujące aktualność przy ocenie stanowiska Odwołującego.

Przechodząc do meritum Izba wskazuje, że obszerne wywody SO w Gdańsku można,

na potrzeby rozpatrywania tej sprawy, zasadniczo sprowadzić do stwierdzenia, że wadium w formie gwarancji (niezależnie od wystawcy takiej gwarancji, ponieważ cel wadium jest zawsze taki sam) wtedy tylko jest prawidłowo wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, gdy jej treść sugeruje wielość podmiotów występujących po „stronie wykonawczej", np. przez wymienienie wszystkich członków konsorcjum, bądź wskazanie, że wykonawca wskazany w treści gwarancji działa jako pełnomocnik, lider konsorcjum, etc. Względnie, omawianą poprawność wadium można również osiągnąć przez wskazanie na szerszy zakres odpowiedzialności gwaranta niż tylko dotyczący stricte działań/zaniechań podmiotu wymienionego w treści gwarancji.

Analizując treść spornej gwarancji skład orzekający nie dopatrzył się żadnego ze wspomnianych powyżej elementów. Przeciwnie - nie pozostawia ona wątpliwości, że mianem wykonawcy określono wyłącznie jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład odwołującego się konsorcjum (Zarmen sp. z o.o. - lidera konsorcjum) oraz, że Bank przyjął odpowiedzialność gwarancyjną li tylko za ziszczenie się przesłanek zatrzymania wadium względem tak oznaczonego wykonawcy. Tym samym nie sposób twierdzić, że udzielając gwarancji Bank zobowiązał się względem Zamawiającego do spełnienia wynikającego z niej świadczenia również w przypadku, w którym podstawa odpowiedzialności gwaranta związana będzie z innym niż Zarmen sp. z o.o. podmiotem (tu - Remak-Energomontaż S.A.).

Podstawy dla takiego wnioskowania próżno szukać również w dowodach przedstawionych przez Odwołującego na rozprawie (jedynie na marginesie Izba wyjaśnia, że dowody O4 i O5 nie były przydatne dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania, ponieważ w żaden sposób nie wpływały na ocenę prawidłowości wniesienia wadium). W szczególności nie mogło odnieść skutku powoływanie się na przeprowadzoną przez Bank wykładnię oświadczenia woli złożonego pod postacią ocenianej przez Izbę gwarancji (dowód O2). Przede wszystkim trzeba mieć na względzie, że wykładnia ze swej istoty jest procesem, któremu poddawane są oświadczenia, których treść jest niejednoznaczna, czy budzi wątpliwości co do intencji towarzyszącej złożonemu oświadczeniu woli. W tej sprawie, zważywszy na jednoznaczne oznaczenie wykonawcy w treści gwarancji, a nadto w braku jakiegokolwiek dowodu mogącego potwierdzać posiadanie przez Bank wiedzy o wielości podmiotów ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, omawianą wykładnię ocenić należało jako w istocie zbędną i mającą za wyłączny cel sanowanie treści uprzednio złożonego przez bank oświadczenia woli. Co więcej, w treści omawianego oświadczenia Bank - uzasadniając stwierdzenie o ponoszeniu odpowiedzialności za działania lub zaniechania innego niż wymieniony w treści gwarancji podmiotu - odwołuje się do prawnie obojętnych okoliczności. Nie może potwierdzać stanowiska Banku powołanie się na bezwarunkowy, czy nieodwołany charakter zobowiązania wynikającego z treści gwarancji, skoro okoliczności te nie wpływają na podmiotowy zakres odpowiedzialności gwaranta, który w tej sprawie miał przesądzające znaczenie.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r., poz. 972 j.t.).

Przewodniczący: .....

Członkowie: