

Sygn. akt: KIO 2892/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Agnieszka Trojanowska

Justyna Tomkowska

Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

Po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łącku 18 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186

Uczestnicy po stronie zamawiającego:

– wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12 A

- wykonawca Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łącku 18 i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łącku 18, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wydatków pełnomocnika zamawiającego,

2A.2. zasądza od wykonawcy Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łącku 18 na rzecz zamawiającego Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział we Wrocławiu, ul. Powstańców Śląskich 186 kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt KIO 2892/24

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław-Kłodzko- zadanie 5 odc. Niemcza (bez węzła) – węzeł Ząbkowice Śląskie Północ (z węzłem) długości ok 7,94 km zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 29.12.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej Dz.U. S: 251/2023 794916-2023.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. wykonawca Polbud-Pomorze Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Łącku 18 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 sierpnia 2024 r. udzielonego przez prezesa zarządu. Do odwołania dołączono dowód jego przekazania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy) przez błędne (niewłaściwe) zastosowanie tej normy i odrzucenie w jej dyspozycji oferty odwołującego, mimo że odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, w formie przewidzianej art. 97 ust. 7 pkt 3 ustawy i zgodnie z pkt. 18.3 Tom I SWZ,

2) a w konsekwencji naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru

oferty, która nie była najkorzystniejszą.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty Mostostal Warszawa S.A.
- 2) powtórzenia oceny i wyboru oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w

konsekwencji:

- 3) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,

a także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentu, tj. Tomu I SWZ, pisma zamawiającego z 5.08.2024 r. (zawiadomienie o wyborze) i złożonej w postępowaniu gwarancji ubezpieczeniowej nr 350-05808816, wystawionej przez TUIR Allianz Polska S.A. -co do faktycznie i prawidłowo wniesionej przez odwołującego wadium.

Ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, w tym w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy. W razie bowiem jego uwzględnienia, odwołujący uzyska przynajmniej szansę na zawarcie umowy o realizację zamówienia. Gdyby bowiem oferta odwołującego nie została błędnie odrzucona, byłaby ofertą najkorzystniejszą. Tymczasem błędne odrzucenie oferty odwołującego skutkowało nieprawidłowym wyborem mniej korzystnej (droższej o prawie 40 mln zł) oferty innego wykonawcy, co skutkowałoby utratą szansy na udzielenie zamówienia odwołującemu i tym samym uzyskania wynagrodzenia z tytułu jego realizacji, a więc utratą korzyści majątkowej, którą odwołujący byłby osiągnął, gdyby zamawiający nie odrzucił jego oferty.

Oczywiście niezależnie od tego, szkoda odwołującego obejmuje także rzeczywistą stratę poniesioną przez odwołującego w związku z kosztami przygotowania i złożenia oferty oraz uczestnictwa w postępowaniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia najkorzystniejszą ofertę złożył odwołujący, oferując tytułem wynagrodzenia za realizację zamówienia najniższą cenę 266 627 037,93 zł. Mimo to zamawiający dokonał wyboru innej oferty, a mianowicie złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. opiewającej na kwotę 305 791 783,56 zł, a więc omal 40 mln wyższą od zaoferowanej przez odwołującego. Wynikło to z odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy, co uzasadniono tym, że: „gwarancja przetargowa Nr 350-05808816 z dnia 27 marca 2024 r. złożona przez wykonawcę nie zawiera w swojej treści wymaganych przez zamawiającego klauzul „nieodwołalności” i „bezwarunkowości”, a także zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium”. W konsekwencji rzekomo: „złożona zatem przez wykonawcę Gwarancja przetargowa Nr 350-05808816 pozbawiona kluczowych zapisów straciła wymagany walor i charakter bezwarunkowości i nie zabezpiecza podstawowych interesów zamawiającego w zakresie wadium i jego funkcji”. O powyższym zamawiający zawiadomił pismem z 5 sierpnia 2024 r., które to pismo odwołujący powołał jako dowód.

W rzeczywistości w pkt 18.3 Tomu I SWZ zamawiający nie zamieścił wcale wymagania, by składana tytułem wadium gwarancja zawierała w swojej treści *expressis verbis* klauzulę (określenie) „nieodwołalności” i „bezwarunkowości”. Wymóg stawiany w tym zakresie w pkt 18.3 Tomu I SWZ był następujący:

„Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione. Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.”
dowód: Tom I SWZ – s. 27.

Tymczasem odwołujący złożył tytułem wadium gwarancję ubezpieczeniową, której treść zawiera zobowiązanie wystawcy do zapłaty na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego, wobec którego treść ta nie zastrzega jakiegokolwiek warunku, ani jakiegokolwiek przypadku lub uprawnienia odwołania gwarancji, którą odwołujący powołał jako dowód.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wnioszek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Zamawiający błędnie, zdaniem odwołującego, zastosował powyższą regulację w odniesieniu do oferty odwołującego, mimo że w stanie faktycznym sprawy nie zaistniała przesłanka objęta jej hipotezą. Odwołujący wniósł był bowiem wadium w formie, dopuszczonej przez ustawę, a zgodnej w treści z SWZ, gwarancji ubezpieczeniowej.

Podkreślił, że pkt 18.3 Tomu I SWZ nie wymagał bynajmniej, by w treść gwarancji znaleźć musiało się literalne określenie gwarancji przymiotnikami: „nieodwołalna” i „bezwarunkowa”. Nie wymagano tu także użycia *expressis verbis* innej klauzuli „nieodwołalności” i „bezwarunkowości”. Wymagano natomiast, by gwarancja zawierała w swej treści „nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego”. Innymi słowy wymagano, by w treści gwarancji wystawca zobowiązał się do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego, i by to zobowiązanie było nieodwołalne i bezwarunkowe. Takie rozumienie pkt 18.3 Tomu I SWZ jest zresztą zgodne z logiką, doświadczeniem życiowym, a przede wszystkim - celem wymagań stawianych gwarancji. Z punktu bowiem widzenia celu gwarancji wadium, nie jest istotne użycie w jej

treści określić o „nieodwołalności” i „bezwarunkowości”, lecz to, by jej treść rzeczywiście nie zastrzegała warunków skuteczności zobowiązania do zapłaty sumy gwarancji, ani nie uprawniała gwaranta do odwołania/cofnięcia gwarancji. Gdyby zapis klauzuli 18.3 Tomu I SWZ rozumieć, jak to przyjął zamawiający, jako wymóg ujęcia w jej treści wspomnianych określeń (przymiotników), wymóg ten można byłoby łatwo i bezużytecznie spełnić, używając tychże określeń, by już w następnym zdaniu zastrzec faktycznie, zarówno jakieś warunki skuteczności zobowiązania do zapłaty, jak i uprawnienie do odwołania gwarancji (sic!). Mimo to, tak rozumiany wymóg formalny (opatrzenie wywodzony z brzmienia pkt 18.3 Tomu I SWZ)

byłby przecież nadal spełniony, skoro gwarancja w swej treści zawierałaby zapisaną literalnie klauzulę „nieodwołalności” i „bezwarunkowości” zobowiązania zapłaty. Dlatego nie powinno ulegać wątpliwości, że zarówno zamawiającemu musiało chodzić o uzyskanie gwarancji, w której zobowiązanie gwaranta nie tyle będzie opisane przymiotnikowo jako „nieodwołane” i „bezwarunkowe”, ale by zobowiązanie gwaranta rzeczywiście było nieodwołane i bezwarunkowe; jak i odwołujący miał prawo tak właśnie rozumieć wymóg pkt 18.3 Tomu I SWZ.

Gwarancję ubezpieczeniową takiej, wymaganej w SWZ, to jest rzeczywiście nieodwołalną i bezwarunkową, złożył był odwołujący. Jej treść zawiera zobowiązanie się TUIR Allianz Polska S.A. do zapłaty kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego (por. ust. 4 gwarancji przetargowej nr 350-05808816), nie określając przy tym żadnych warunków zapłaty, ani możliwości/uprawnień odwołania gwarancji. Przesłanki wygaśnięcia gwarancji określa wyczerpująco jej ust. 8, a jej treść nie zastrzega w tym zakresie możliwości odwołania czy cofnięcia gwarancji. Określenie sposobu i terminu złożenia żądania zapłaty wadium (por. ust. 5 – 7 ww. gwarancji) nie odbiera zaś gwarancji, w świetle ugruntowanego orzecznictwa KIO i sądów powszechnych, przymiotu bezwarunkowości.

Pomimo zatem faktu, że w dokumencie gwarancji nie pojawia się przymiotnik „bezwarunkowa”, czy przysłówki „bezwarunkowo”, to merytoryczna analiza treści tego dokumentu wskazuje jednoznacznie na to, że zobowiązanie Gwaranta do zapłaty ma właśnie taki, bezwarunkowy charakter.

Podobnie rzecz ma się z „nieodwołalnością”. Pomimo faktu, że w jej treści nie pojawia się przymiotnik „nieodwołalna”, to według odwołującego nie ulega wątpliwości, że udzielona na rzecz Beneficjenta gwarancja ma taki właśnie charakter. Wynika to z ust. 7 dokumentu gwarancji (który wskazuje okres obowiązywania gwarancji) oraz ust. 8 dokumentu gwarancji, który wskazuje enumeratywnie okoliczności powodujące wygaśnięcie gwarancji, wśród których nie zostało wskazane odwołanie gwarancji przez Gwaranta. Nieodwołalność gwarancji (udzielonej na czas określony) jest zasadą, wpisaną zarówno w naturę gwarancji zapłaty, jak i wynikającą z wystawiania na oznaczony czas. Odstępstwo od tej zasady wymagałoby zaś wprowadzenia określonych, wyraźnych postanowień w umowie (dokumencie) gwarancji.

Na marginesie odwołujący podniósł, że w dopiero w kolejnym (ostatnim) akapicie pkt 18.3 Tomu I SWZ zamawiający wyraźnie wymagał, by w treści gwarancji zamieścić *expressis verbis* „klauzulę stanowiącą, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa”. Taką też literalnie klauzulę zamieszczono w ust. 11 dokumentu gwarancji przetargowej nr 350-05808816. Okoliczność tę podniósł jeszcze z jednego powodu, a mianowicie by unaocznic, że wystawca gwarancji, formułując jej treść, nie tylko formalnie

referował się do warunków konkretnego postępowania (por. ust. 1 gwarancji i poprzedzający opis przetargu), ale i rzeczywiście kierował się bezpośrednio konkretnymi wymaganiami pkt 18.3 Tomu I SWZ opublikowanej dla tego postępowania. Tylko potwierdza to konieczność ustalania rzeczywistej treści i rzeczywistego charakteru gwarancji, z uwzględnieniem deklarowanej przez gwaranta zgodności z SWZ.

Podkreślił, że dokument gwarancji przetargowej nr 35005808816 z 27.03.2024 r. inkorporuje do swej treści wszystkie warunki, które postawił zamawiający w pkt 18.3 Tomu I SWZ, nie tylko w znaczeniu merytorycznego wypełnienia tych warunków, ale także przez formalne oświadczenie o zgodności udzielanej gwarancji z SWZ (sic!). Już bowiem w ust. 1 dokumentu gwarancji przetargowej nr 350-05808816 wyraźnie się stwierdza, że udzielana gwarancja „stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 ustawy, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami przetargu, o którym mowa powyżej”. Powyżej zaś mowa jest o konkretnym przetargu, to jest o postępowaniu nr O/WR.D3.2410.11.2023 na „Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 5 – odc. węzeł Niemcza (bez węzła) - węzeł Żąbkowice Śląskie Północ (z węzłem), długości ok. 7,94 km”. Sama zatem treść zobowiązania gwaranta potwierdza zgodność z warunkami tego a nie innego postępowania, wśród których są przecież właśnie, czy przede wszystkim, warunki wynikające z pkt 18.3 Tomu I SWZ. Wszelkie zatem wymogi wynikające z SWZ dla zobowiązań wynikających z gwarancji ubezpieczeniowej mają zastosowanie do zobowiązania gwaranta, choćby nie zostały powtórzone w treści dokumentu gwarancji. Tym bardziej zaś, gdy są z tą treścią spójne. Gdyby zatem nawet pojawiły się jakieś wątpliwości co do rozumienia sformułowań gwarancji (a tak nie jest w ocenie odwołującego, z uwagi na oczywistą „bezwarunkowość” i „nieodwołalność” złożonej gwarancji), musiałyby one przez pryzmat zapisu ust. 1, być rozstrzygane zgodnie z wymogami SWZ.

Mimo, że zasadność odwołania jawi się jako oczywista, już w oparciu o wykładnię pkt 18.3 Tomu I SWZ i merytoryczną analizę treści gwarancji przetargowej złożonej przez odwołującego, odwołujący pozwolił sobie dalej pogłębić uzasadnienie prawne, na tle cywilistyki, w tym, samej instytucji gwarancji zapłaty, jak i poglądów doktryny i orzecznictwa. Przytoczył obszerny cytat z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r.) sygn. akt IV CSK 86/17), który w pełni koresponduje w wyżej przedstawiony wywodem, wskazującym na konieczność oceny gwarancji ubezpieczeniowej, w tym co do co do jej „bezwarunkowości” i „nieodwołalności” nie przez pryzmat użytych w tym zakresie określeń, lecz rzeczywistej i pełnej jej treści, z uwzględnieniem konieczności jej wykładni zgodnie z regułami wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.), kontekstu złożenia (w tym warunków konkretnego przetargu, tym bardziej gdy takowe zostały przywołane w treści gwarancji), jak i przy uwzględnieniu analogii do zasad i dorobku doktryny/judykatury

właściwego dla gwarancji bankowych.

Podkreślił, że w doktrynie i orzecznictwie gwarancje „na pierwsze żądanie” kwalifikuje się właśnie jako gwarancje bezwarunkowe. Zapłata „na pierwsze żądanie” oznacza bowiem, że samo żądanie jest jedyną i wystarczającą przesłanką aktualizującą powstanie obowiązku zapłaty i obowiązek ten nie jest uzależniony od zaistnienia żadnych innych warunków. Zob. np. Z. Ofiarski (w: Prawo bankowe. Komentarz, Warszawa 2013, art. 81, pkt 2 – Rodzaje gwarancji bankowych) – gdzie autor ten utożsamia pojęcie gwarancji na pierwsze żądanie z pojęciem gwarancji bezwarunkowej, traktując te pojęcia synonimicznie.

Odwołał się do wyroku KIO z dnia 7 lipca 2014 r. (KIO 1279/14)

Zdaniem odwołującego nieodwołalność gwarancji zapłaty (udzielonej na czas określony) jest zasadą, wpisaną zarówno w jej naturę gwarancji, jak i wynikającą z wystawiania na oznaczony czas. Odstępstwo od tej zasady wymagałoby zaś wprowadzenia określonych, wyraźnych postanowień w umowie (dokumencie) gwarancji. Potwierdza to doktryna, wśród której powołać można się np. na J. Pisulińskiego [w:] Prawo bankowe. Komentarz, wyd. V, red. E. Fojcik Mastalska, Warszawa 2007, art. 81, pkt 6.

Odwołujący powołał również wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2016 r. KIO 856/16 i wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 22 maja 2017 r. (syg. akt I ACa 1436/13), wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 10 grudnia 2019 r. (sygn. akt I AGa 4/19).

Chybionym jest oczywiście także zarzut jakoby udzielona gwarancja nie zawierała w swojej treści „zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium”. Ust. 2 dokumentu gwarancji wskazuje bowiem jednoznacznie, że wysokość przyjętej Sumy gwarancyjnej (2.600.000 PLN) jest oparta na kwocie wadium. Suma gwarancyjna określa limit, w ramach którego mieści się zobowiązanie Gwaranta do zapłaty. Z kolei kwota, w odniesieniu do której powstaje zobowiązanie do zapłaty jest pochodną treści żądania zapłaty zgłoszonego przez Beneficjenta (zgodnie z ust. 4 dokumentu gwarancji). Beneficjent może żądać zapłaty całej sumy gwarancyjnej – czyli de facto – kwoty wadium. Tym bardziej, że już w ust. 1 dokumentu gwarancji przetargowej wyraźnie wskazano, że „gwarancja ta stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 ustawy, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej”. Owa zgodność, jak już sygnalizowano zastrzeżona jest w treści gwarancji w odniesieniu do konkretnych warunków tego a nie innego postępowania, wśród których są przecież właśnie, czy przede wszystkim, warunki wynikające z pkt 18.3 Tomu I SWZ, w tym zastrzegający zapłatę kwoty wadium na pierwsze żądanie zamawiającego.

W dniu 13 sierpnia 2024 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 14 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Mostostal Warszawa Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 12A wnosząc o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadne.

Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 13 sierpnia 2024 r. udzielonego przez członka zarządu i prokurenta. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący oświadczył, że ma interes uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, to jest strony do której przystępuje. Oferta przystępującego została przez zamawiającego wybrana jako oferta najkorzystniejsza w ww. postępowaniu. Ewentualne uwzględnienie odwołania może zatem skutkować zmianą decyzji co do wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji – pozbawić przystępującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego, udzielanego w ramach postępowania, w efekcie czego przystępujący może ponieść szkodę w postaci utracenia zysku, na którego uzyskanie liczył w związku z realizacją zamówienia stanowiącego przedmiot postępowania.

W dniu 14 sierpnia 2024 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił się wykonawca Budimex Spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9 wnosząc o oddalenie odwołania. Przystąpienie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 15 czerwca 2021 r. udzielonego przez dwóch członków zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody jego przekazania stronom.

Przystępujący wskazał, że posiada interes prawny i faktyczny w przystąpieniu do tego postępowania odwoławczego i rozstrzygnięciu oddalającym odwołanie w odniesieniu do zarzutów dotyczących dokonanej przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty złożonej przez odwołującego. Ponadto interes przystępującego w przystąpieniu do postępowania odwoławczego przejawia się już w samym zainteresowaniu wynikiem danej sprawy odwoławczej. W tym kontekście przystępujący wskazał m.in. na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 20 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 5/14).

W dniu 28 sierpnia 2024 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o:

1. oddalenie odwołania w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentów:
 - 1) Wydruków treści gwarancji wadialnych złożonych przez odwołującego w postępowaniach przetargowych prowadzonych przez zamawiającego pn.:
 - a) Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 2 od węzła Kobierzycy

Południe (bez węzła) do węzła Jordanów Śląski (z węzłem) o długości ok. 13,8 km.; Nr postępowania O/WR.D – 3.2410.2.2023; Nr 351-05808279;

b) Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 3 od węzła Jordanów Śląski (bez węzła) do węzła Łagiewniki Zachód (z węzłem) o długości ok 11,2 km. Nr postępowania O/WR.D-3.2410.3.2023; Nr 350-05808278;

c) Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 -odc. węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) – węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km; nr ref. O/WR.D-3.2410.10.2023 – gwarancja Nr 350-05808815;

d) Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 6 od węzła Ząbkowice Śląskie Północ (bez węzła) do węzła Bardo (z węzłem) o długości ok. 13,96 km; nr ref. O/WR.D-3.2410.9.2023- gwarancja 350-05808895;

e) „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km”. Nr postępowania O/WR.D-3.2410.7.2023; Nr 350-05808495;

2) wydruk fragmentów SWZ dla zadań budowy drogi ekspresowej S-8 zadania nr 2,3,4,6 i budowy obwodnicy Głogowa, określających wymagania dotyczące treści wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczeń

- celem wykazania faktu – treści gwarancji wadium udzielanych przez gwaranta w ww. postępowaniach, w tym zamieszczenia w nich klauzul o bezwarunkowości i nieodwołalności gwarancji, a także wymogów zamawiającego w tym zakresie.

W pierwszej kolejności zamawiający wskazał, że w tym przypadku zamawiający w żaden sposób nie dopuścił się zarzucanego mu w treści odwołania naruszenia treści art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy, bowiem oferta odwołującego nie została odrzucona, jako zawierająca rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie postanowień treści art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy. Zgodnie z treścią art. 516 odwołanie winno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, co wymaga wskazania naruszenia treści konkretnego przepisu ustawy. W tym przypadku zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, nie naruszył postanowień art. 218 ust. 1 pkt 8 ustawy. Zamawiający dalej wskazał, że w myśl postanowień części 18 Specyfikacji Warunków Zamówienia wykonawca zobowiązany był do wniesienia wadium w wysokości 2 600 000,00 zł. Zamawiający wymagał, by w przypadku wadium wnoszonego w formie gwarancji Strona 4 z 8 lub poręczenia, gwarancja zawierała w swojej treści nieodwołane i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie zamawiającego. Taki wymóg zamawiającego, by w treści gwarancji zostały zawarte klauzule (zobowiązania) o bezwarunkowości, nieodwołalności i płatności na pierwsze żądanie, nie jest niczym nieuzasadnionym i niespotykanym na rynku podmiotów oferujących takie produkty, a powyższy wymóg zamawiającego wynika z potrzeby zapewnienia należytego zabezpieczenia jego interesów. Ww. wymogi mają zabezpieczyć interes zamawiającego przez uniknięcie ryzyka interpretacji przez gwaranta treści udzielonej gwarancji w sposób, który pozwoli mu uchylić się od zaspokojenia żądania

zamawiającego. Odwołujący wraz z ofertą przedstawił gwarancję przetargową nr 35005808816 udzieloną przez TUIR Alianz Polska S.A., która to gwarancja nie zawiera w swojej treści nieodwołalnego i bezwarunkowego zobowiązania wystawcy dokumentu. Co więcej, analizując literalnie treść złożonej gwarancji można dojść do wniosku, że nie zawiera ona żadnego oświadczenia (zobowiązania) Gwaranta, które zobowiązywałoby go do zapłaty na rzecz beneficjenta. Z treści zawartej w ust. 4 gwarancji wynika jedynie informacja o tym, że gwarant dokona zapłaty, na podstawie oświadczenia beneficjenta. Brak jest jednak w treści gwarancji jakiegokolwiek zobowiązania gwaranta, wyrażonego w formie oświadczenia o bezwarunkowości i nieodwołalności gwarancji. Powyższe wynika najprawdopodobniej z błędu popełnionego na etapie wystawiania gwarancji, polegającego na usunięciu wymaganych postanowieniami SWZ klauzul tj. klauzuli zawierającej zobowiązanie gwaranta do bezwarunkowej i nieodwołalnej zapłaty. Porównanie treści gwarancji wadium złożonej przez tego samego wykonawcę, udzieloną przez tego samego gwaranta, ale w innych postępowaniach prowadzonych przez tego samego zamawiającego, przy tych samych wymogach co do treści gwarancji wadium (postępowania przetargowe dla zadań nr 2,3,4,5, 6, obwodnicy Głogowa) prowadzi do jednoznacznych wniosków, o tym że treść gwarancji złożonej dla zadania 5 nie jest kompletna i prawidłowa, bowiem nie zawiera wszystkich wymaganych klauzul. Poniżej zamawiający przedstawił porównanie treści ust. 2 gwarancji złożonych przez odwołującego w postępowaniach przetargowych, których przedmiotem jest budowa drogi ekspresowej S-8 zadania 2,3,4, 5, 6 oraz budowa obwodnicy Głogowa. Gwarancja zapłaty wadium udzielona dla zadania nr 5 (nr 350-05808816) zawiera w ust. 2 postanowienia dotyczące zapłaty wadium na podstawie oświadczenia beneficjenta Gwarancja zapłaty wadium udzielona dla zadania 2 zawiera w ust. 2 dodatkowe postanowienia, których brak jest w dokumencie złożonym dla zadania nr 5. Gwarancja ta zawiera wszystkie wymagane postanowieniami SWZ klauzule, a mianowicie: Podobnie gwarancje dla zadań nr 3, 4 i 6. a także dla zadania budowy obwodnicy Głogowa (Nr 35005808495).

Dowód: - gwarancje wadium złożone przez odwołującego w innych postępowaniach przetargowych prowadzonych przez zamawiającego

- gwarancje nr: Nr 351-05808279, Nr 350-05808278, Nr 350- 05808815, Nr 350-05808895 i 350-05808495;
- fragmenty SWZ dla ww. zadań określające wymagania dla wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia.

Jeśli uwzględnić całokształt okoliczności w sprawie, w tym fakt że:

- treść oświadczenia woli gwaranta zawartego w tego rodzaju dokumencie jak wadialna gwarancja ubezpieczeniowa czy bankowa podlega wykładni
- jak każde inne oświadczenie woli - zgodnie z art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Oznacza to w szczególności, że dokonując wykładni oświadczenia woli należy mieć na uwadze reguły językowe, kontekst językowy (uwzględnienie pozostałej treści danego dokumentu) oraz kontekst sytuacyjny, tj. okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone (tak - Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 czerwca 2021 r., KIO 1234/21),
- treść pozostałych ww. gwarancji wadialnych składanych przez odwołującego zawiera literalnie wyrażone bezwarunkowe i nieodwołalne zobowiązanie gwaranta do zapłaty z gwarancji,
- brak jest bezwarunkowego i nieodwołanego zobowiązania gwaranta do zapłaty w gwarancji złożonej w postępowaniu, którego dotyczy odwołanie przyjąć należy, że gwarancja nr 35005808816 nie odpowiada wymogom SWZ, a tym samym wykonawca wniósł wadium w sposób nieprawidłowy (niezgodny z wymogami SWZ), co winno skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 14, co zamawiający dokonał i uzasadnił w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Jeśli ani gwarant, ani odwołujący nie kwestionowali postanowień SWZ, a udzielane gwarancje (inne niż ta, której dotyczy niniejsze odwołanie) przedkładane przez odwołującego zawierają wszystkie wymagane przez zamawiającego klauzule, to sposób interpretacji treści gwarancji nr 350-05808816, która takich klauzuli nie zawiera, nie może prowadzić do ustalenia treści zobowiązania gwaranta z tej gwarancji, jako analogicznej w skutkach jak zobowiązania gwaranta z innych (zgodnych z SWZ) gwarancji. Skoro tak, nie sposób uznać, by treść gwarancji nr 350- 05808816 odpowiadała wymogom określonym w SWZ i należycie zabezpieczała interes zamawiającego, który w takim przypadku narażony jest na ryzyko interpretacji postanowień treści gwarancji z powołaniem się na brak wymaganych postanowieniami SWZ klauzul.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. przystępujący Budimex przedstawił pisemne stanowisko wnosząc o oddalenie przedmiotowego odwołania.

Przystępujący zwrócił uwagę, że gwarancja przetargowa z dnia 27 marca 2024 r. złożona w postępowaniu przez Polbud nie zawiera w swojej treści wymaganych przez zamawiającego klauzul „nieodwołalności” i „bezwarunkowości”, a także zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium. Bez dochowania podstawowych zasad związanych z treścią gwarancji wadialnej nie można uznać, że oferta Polbud została w sposób prawidłowy zabezpieczona wymaganiem przez zamawiającego wadium. Tym samym należy za zamawiającym uznać, że gwarancja pozbawiona kluczowych walorów

analizowana z uwzględnieniem przepisów ustawy nie zabezpiecza podstawowych interesów zamawiającego w zakresie wadium i jego funkcji. Słuszną zatem podjął zamawiający decyzję polegającą na odrzuceniu oferty wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł je w sposób nieprawidłowy, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy.

Dodatkowo brak wskazania tych podstawowych elementów są elementami powodującymi brak pewności zamawiającego co do możliwości zaspokojenia roszczeń wynikających z wadium. Wskazuje to również, że nie została spełniona podstawowa, zabezpieczająca funkcja wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przepisy ustawy nie przewidują narzędzi pozwalających na konwalidację wadliwie wniesionego wadium, jak również narzędzi pozwalających na wyjaśnienie wątpliwości dotyczących treści dokumentu gwarancji. Przekazywane przez wykonawców dokumenty potwierdzające udzielenie gwarancji nie są bowiem dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w Rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów. Dokumenty te nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Konsekwencją powyższego jest niemożność uzupełnienia ewentualnych braków w prawidłowym wniesieniu wadium w trybie wezwania do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia.

Treść gwarancji wadialnej już choćby z samego faktu specyfiki tego zobowiązania, musi być interpretowana w sposób ścisły. Kluczowe jest bowiem, że chodzi o zagwarantowanie zamawiającemu pewności co do zapłaty wadium w określonych przepisami prawa przypadkach. Dopuszczenie w interpretacji gwarancji wykładni liberalnej, elastycznej, jest tym samym niedopuszczalne. Podobnie, jak niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca treści gwarancji, a z taką właśnie wykładnią mielibyśmy do czynienia dokonując wykładni treści zobowiązania Gwaranta sprzeczną z wnioskami wynikającymi z jej literalnego brzmienia.

W dalszej części uzasadnienia przystępujący powołał się na orzecznictwo:

wyrok KIO z dn. 18 września 2017 r., sygn. akt KIO 1824/17; wyrok KIO z dnia 30 stycznia 2019 r., sygn. akt KIO 44/19; czy wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2489/16, wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2018 r., sygn. akt KIO 2394/18, wyrok z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 292/20 oraz w wyroku KIO z dnia 13 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2489/16.

Postanowienia dokumentacji postępowania w tym zakresie nie pozostawiają jakiegokolwiek pola do interpretacji, będąc zrozumiałymi dla wszystkich uczestników postępowania, o czym świadczy fakt, że wszyscy wykonawcy składający wadium w ramach tego postępowania (poza Polbud) uczynili to w formie gwarancji bankowych i/lub ubezpieczeniowych i prawidłowo.

Wbrew temu co zdaje się sugerować w odwołaniu Polbud, jakkolwiek interpretacja dokumentu gwarancji wadialnej

niesie za sobą konkretne ryzyko dla zamawiającego, bowiem gwarancja w samej swojej istocie powinna być jasna, klarowna, zgodna z wymaganiami i nie podlegać ani interpretacji, ani wykładni. Dopuszczenie możliwości interpretacji czy wykładni może prowadzić bowiem do wpływania na jej literalne brzmienie i do nieuprawnionej modyfikacji.

Co do wykładni treści dokumentu gwarancyjnego powołał wyrok KIO z dnia 24 czerwca 2020 r. (sygn. akt KIO 662/20, wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1176/20, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku, XII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 27 lutego 2019 r. (XII Ga 555/18),

Spośród wszystkich wykonawców składających oferty w postępowaniu, jedynie gwarancja wadialna Polbud budzi istotne wątpliwości.

Wszyscy pozostali wykonawcy zastosowali się do postanowień SWZ w zakresie koniecznych warunków dokumentu gwarancji wadialnej. Zastosowanie wobec oferty Polbud, i składnika tej oferty, czyli dokumentu gwarancji wadialnej, innych zasad niż wobec ofert innych wykonawców wprost świadczyłoby o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równości wykonawców w postępowaniu.

Równocześnie wskazać należy, że dominująca część doktryny i orzecznictwa kwalifikuje udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej jako jednostronną czynność prawną. Powołał wyrok SO w Łodzi z dnia 9 lutego 2016 r. (sygn. akt X GC 977/13), uchwałę z dnia 3 września 2010 r. (sygn. akt KIO/KU 63/10), SO w Szczecinie w wyroku z dnia 10 kwietnia 2017 r. (sygn. VIII GC 99/16) czy W. Dygmatowski [w:] Wybrane zagadnienia dotyczące charakteru prawnego gwarancji bankowej na tle doktryny i nauki prawa, Rocznik Administracji i Prawa nr XVI, s. 207-222.

Przystępujący podkreślił, że zobowiązanie gwaranta ma charakter abstrakcyjny, tj. niezależny od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji, oraz samodzielny (nieakcesoryjny) tzn. jego istnienie i zakres nie zależy od istnienia i zakresu innego zobowiązania. Dlatego podstawowe elementy tego samodzielnego zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji. W odniesieniu do gwarancji bankowej, jej abstrakcyjny i nieakcesoryjny charakter potwierdza regulacja zawarta w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz. U. z 2012 r., poz. 1376 ze zm.). Analogiczne cechy należy przypisać gwarancji ubezpieczeniowej, która swoim charakterem jest bardzo zbliżona do gwarancji bankowej. Oznacza to, że sposób ukształtowania i treść stosunku prawnego podstawowego nie mają wpływu na zakres odpowiedzialności gwaranta, która jest wyznaczona samą treścią gwarancji. Tym samym gwarant zobowiązany będzie do wypłaty sumy gwarancyjnej wyłącznie w przypadku zaistnienia zdarzeń objętych treścią gwarancji, w granicach jej

przedmiotowego, jak i podmiotowego zakresu (vide wyrok KIO z dnia 2 marca 2020 r., sygn. akt KIO 292/20).

W konsekwencji nie jest więc tak, że dokonując wykładni dokumentu gwarancji należałoby badać zgodny zamiar stron i cel umowy zawieranej pomiędzy Polbud a Ubezpieczycielem, uwzględniając, że celem wykonawcy występującego o gwarancję wadialną i ubiegającego się o udzielenie danego zamówienia jest prawidłowe zabezpieczenie oferty, którą składa. Po pierwsze, uwzględniając powyżej przytoczone stanowiska orzecznicze to gwarant wystawia dokument gwarancyjny i w tym zakresie jest to jego oświadczenie woli, oderwane od stosunku podstawowego istniejącego na linii „wykonawca” – „gwarant”. Po drugie zaś, przyjęcie koncepcji i takiego sposobu wykładni dokumentu gwarancyjnego, jak tego oczekuje i jak to teraz tłumaczy Polbud, oznaczałoby, że nigdy de facto nie mogłoby dojść do stwierdzenia jakichkolwiek nieprawidłowości w treści dokumentu gwarancyjnego i wdrożenia mechanizmu przewidzianego w ramach przepisów ustawy, a polegającego na odrzuceniu oferty z nieprawidłowo złożonym wadium. Wykonawcy składający ofertę dążą przecież do pozyskania danego zamówienia i gdyby uwzględniać taki kontekst sytuacji oznaczałoby to, że każdy błąd zidentyfikowany w treści gwarancji wadialnej winien być sanowany przy pomocy wykładni opartej na takim założeniu. Przy zastosowaniu wykładni jakiej oczekiwał w tym postępowaniu Polbud, instytucja wadium straciłaby całkowicie swój cel, którym jest pewność uzyskania przez zamawiającego określonego zabezpieczenia, bez konieczności przedsięwzięcia jakichkolwiek dodatkowych działań. Ryzyko braku możliwości uzyskania środków z zabezpieczenia przerzucone zostałoby wówczas na zamawiającego, który nie dysponowałby jednoznacznym dokumentem broniącym go przed praktykami nierzetelnych wykonawców.

Co do formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia wskazał na wyrok z dnia 25 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 1176/20, wyrok z dnia 6 grudnia 2017 r. (sygn. akt KIO 2466/17)

W okolicznościach przedmiotowej sprawy oczekiwanie prawidłowego wskazania wszystkich okoliczności wpływających na możliwość zaspokojenia interesu zamawiającego (w tym klauzul „nieodwołalności” i „bezwartunkowości”, a także zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium) nie jest oczekiwaniami, które miałyby świadczyć o dążeniu do respektowania formalnych wymagań SWZ, które nie przekładałyby się w żaden sposób na pewność zabezpieczenia, tak jak zdaje się sugerować Polbud.

Nadto przystępujący powołał wyrok KIO z dnia 11.12.2018 r., sygn. akt KIO 2426/18; wyrok KIO z dnia 24.06.2020 r., sygn. akt KIO 662/20; wyrok KIO z dnia 13.10.2017 r. sygn. akt KIO 2023/17; wyrok KIO z dnia 02.03.2020 r., sygn. akt KIO 292/20.

Ustawa traktuje kwestię wadium bardzo rygorystycznie, mobilizując i zobowiązując wykonawcę do dołożenia należytej staranności, aby potwierdzić prawidłowość wadium już w

dniu składania ofert. Wszelkie błędy w tym zakresie obciążają wykonawcę, zwłaszcza przy uwzględnieniu miernika podwyższonej staranności od niego oczekiwaney.

Gwarancja wadialna nie podlega ani uzupełnieniu ani wyjaśnieniu, w żadnym ustawowym trybie; wadium musi być

wniesione w sposób poprawny przed upływem terminu składania ofert.

Wbrew zapewnieniom Polbud, że zamawiający bez przeszkód będzie mógł zaspokoić się z przedstawionej gwarancji wadialnej wniosek taki według przystępującego jest zdecydowanie nieuprawniony. Wymuszanie na zamawiającym podejmowania jakichkolwiek dodatkowych czynności, nie wynikających z treści bezwarunkowej gwarancji wadialnej niweczy jej funkcję.

W dniu 28 sierpnia 2024 r. przystępujący Mostostal Warszawa złożył pisemne stanowisko wnosząc o:

- (1) oddalenie odwołania w całości – jako bezzasadnego.
- (2) przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do pisma procesowego;

Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego jest prawidłowa, a argumentacja przedstawiona w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie żadnego z przedstawionych w niej aspektów.

Gwarancja wadialna przedstawiona przez odwołującego, czyli dokument wystawiony przez TUIR Allianz Polska S.A. z siedzibą w Warszawie zatytułowany „Gwarancja przetargowa Nr 350-05808816” („Gwarancja Polbud”) nie stanowi skutecznego zabezpieczenia zapłaty długu wadialnego, tak w świetle przepisów prawa, jak i wymagań opisanych przez zamawiającego w postanowieniach Tomu I specyfikacji warunków zamówienia dla postępowania – Instrukcja dla Wykonawców („IDW”).

Przystępujący skoncentrował się na braku zobowiązania wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium, któremu odwołujący poświęcił niewielki końcowy fragment odwołania i nie odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, że dokument ten nie wyraża zobowiązania do zapłaty. Z kolei argumenty przywoływane w odwołaniu, oparte na pośrednich wnioskowaniach wywodzonych z różnych postanowień Gwarancji Polbud w żadnej mierze nie zasługują na uwzględnienie.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że „Ust. 2 dokumentu gwarancji wskazuje bowiem jednoznacznie, że wysokość przyjętej Sumy gwarancyjnej (2.600.000 PLN) jest oparta na kwocie wadium.”. Argument ten jest jednak dla przystępującego całkowicie pozbawiony znaczenia z punktu widzenia podstawy faktycznej odrzucenia oferty. Polbud Zbieżność sumy gwarancyjnej opisanej w Gwarancji Polbud z wysokością długu wadialnego określonego w SWZ nie oznacza przecież, że gwarant zobowiązuje się go zapłacić. Zamawiający nie kwestionuje przecież wysokości sumy gwarancyjnej podanej w Gwarancji

Polbud, lecz fakt, iż wystawca tego dokumentu nigdzie nie zobowiązał się w stosunku do zamawiającego do jej zapłaty.

Z kolei odwołujący nie wskazuje skąd (mówiąc precyzyjnie - z którego postanowienia Gwarancji Polbud) wynika zobowiązanie zaciągnięte w stosunku do zamawiającego dotyczące zapłaty kwoty stanowiącej równowartość wadium określonego w SWZ

W tym kontekście odwołujący próbuje wywodzić: Z kolei kwota, w odniesieniu do której powstaje zobowiązanie do zapłaty jest pochodną treści żądania zapłaty zgłoszonego przez Beneficjenta (zgodnie z ust. 4 dokumentu gwarancji). Beneficjent może żądać zapłaty całej sumy gwarancyjnej – czyli de facto – kwoty wadium. Rzecz jednak w tym, że w Gwarancji Polbud opisano wprawdzie czynność wezwania do zapłaty, ale nie opisano zobowiązania wystawcy tej gwarancji w stosunku do zamawiającego. W tym zakresie odwołujący ewidentnie myli skutek z przyczyną. Możliwość skutecznego domagania się przed wierzyciela zapłaty od dłużnika jest zawsze następstwem istnienia skutecznie zaciągniętego zobowiązania przez tegoż dłużnika. Innymi słowy – najpierw dłużnik musi zaciągnąć zobowiązanie, a dopiero w następstwie tego zdarzenia prawnego wierzyciel może domagać się od dłużnika spełnienia świadczenia będącego przedmiotem tego zobowiązania. Tymczasem odwołujący próbuje wywodzić zaciągnięcie zobowiązania wystawcy Gwarancji Polbud wyłącznie z punktu tej gwarancji opisującego techniczne aspekty złożenia wezwania do zapłaty i całkowicie pomija aspekt braku wyrażenia w treści Gwarancji Polbud zobowiązania do zapłaty.

Dokonanie czynności prawnej w postaci Gwarancji Polbud w formie elektronicznej powoduje, że wykładnia oświadczenia woli gwaranta powinna odbywać się z przypisaniem pierwszorzędnej roli tekstu obejmującego oświadczenie woli kwalifikowane jako gwarancja ubezpieczeniowa. Rola innych determinant wykładni tego oświadczenia woli wyrażonego pisemnie ma charakter tylko i wyłącznie subsydiarny.

Powołał wyrok SN z dnia 4 października 2006 r. (sygn. akt II CSK 117/06), wyrok spółka akcyjna w Szczecinie z dnia 9 maja 2013 r. (sygn. akt I ACa 78/13).

Z tego też powodu sięganie do okoliczności towarzyszących udzieleniu gwarancji bankowej, jako czynności dokonywanej formie kwalifikowanej nie powinno prowadzić do „wytworzenia” jej nowej treści, która nie została wyrażona przez składającego oświadczenie woli za pomocą pisma (w tym przypadku na nośniku elektronicznym). Podkreślił, że art. 60 KC przewiduje, iż wola osoby dokonującej czynności prawnej może być wyrażona przez każde zachowanie się tej osoby, które ujawnia jej wolę w sposób dostateczny, w tym również przez ujawnienie tej woli w postaci elektronicznej (oświadczenie woli), jednocześnie jednak Kodeks zastrzega, iż możliwość taka ma miejsce z zastrzeżeniem wyjątków w ustawie przewidzianych. Wyjątkiem takim są przepisy o formie czynności prawnej (vide: K. Piasecki, Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna. Zakamycze, 2003).

Z tego też względu orzecznictwo sądowe postuluje, że nie można dokonać w ramach wykładni (art. 65 k.c.) takiego „przekształcenia” umowy, które stworzyłoby nową, odmienną umowę, o zupełnie innej relacji między stronami, w treści

ktojej powstałyby inne prawa i obowiązki stron, przy czym wątpliwości należy tłumaczyć na niekorzyść strony, która zreagowała umowę. (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 3 września 2012 r. sygn. akt I ACa 39/12).

Gdyby dokonać postulowanej w odwołaniu „interpretacji” Gwarancji Polbud wedle oczekiwań Odwołującego, to należałoby (w całkowitym oderwaniu od treści tej gwarancji) uzupełnić ją o kluczowy element: czyli o zobowiązanie gwaranta w stosunku do zamawiającego pomimo tego, że sam gwarant nie nadał takiej treści swojemu oświadczeniu wyrażonemu na piśmie (w postaci elektronicznej). Taki sposób interpretowania gwarancji ubezpieczeniowej nie jest jednak dopuszczalny właśnie z uwagi na formę tej czynności prawnej nadaną przez samego wystawcę. Skoro, jako profesjonalista obdarzany szczególnym zaufaniem przez system prawny, wystawca Gwarancji Polbud nie wyraził swojego zobowiązania w dokumencie, któremu nadał formę kwalifikowaną, to w żadnym przypadku nie można zobowiązania tego domniemywać.

Przeciwko takiej „interpretacji” Gwarancji Polbud przemawiają zresztą normatywne zasady wykładni oświadczeń woli opisane w art. 65 § 1 KC. Nie można tracić z pola widzenia, że zamawiający (jako beneficjent gwarancji) nie uczestniczy w kreowaniu treści tej czynności prawnej. Teść gwarancji (mającej przecież obejmować zobowiązanie gwaranta w stosunku do beneficjenta) określana jest wyłącznie przez wystawcę gwarancji oraz jej zleceniodawcę (w tym przypadku – Polbud). Oni i tylko oni kształtują zobowiązanie wynikające z gwarancji zaś beneficjent gwarancji może jedynie zaakceptować przedłożoną gwarancję lub ewentualnie zanegować jej treść, jako nieadekwatną z punktu widzenia stosunku prawnego, który ma zabezpieczać).

Z powyższych względów wykładnia woli gwaranta udzielającego gwarancji powinna następować w oparciu o przepis art. 65 § 1 KC, a nie art. 65 § 2 KC. Ponieważ drugi z przywołanych przepisów stanowi, iż w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu, a beneficjent gwarancji nie uczestniczy w jej redagowaniu, to w ocenie Sądu Najwyższego wykładnia gwarancji następuje nie poprzez przyzmat art. 65 § 2 KC, lecz na podstawie art. 65 § 1 KC. Powołał wyrok SN z dnia 25 czerwca 1999 r. (sygn. akt II KKN 402/98).

Stanowisko judykatury w sprawie restryktywnej wykładni oświadczenia woli gwaranta wyrażonego w treści udzielonej gwarancji bankowej znajduje pełne poparcie w piśmiennictwie prawniczym - M. Król, Gwarancje bankowe w orzecznictwie Sądu Najwyższego, Prawo Spółek 1997 r. Nr 5, s. 43), M. Olszewski (w: Wykładnia gwarancji bankowej na pierwsze żądanie, glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia

25 czerwca 1999 r. II KKN 402/98, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, 2000 r. Nr 78, s. 18).

Powołał wyrok z dnia 26 lipca 2012 r. (sygn. akt KIO 1480/12), wyrok z dnia 31 marca 2023 r. (sygn. akt KIO 728/23).

Przystępujący wyraził stanowisko, iż nie jest dopuszczalne uzupełnienie treści Gwarancji Polbud o treść wyrażającą zobowiązanie do zapłaty na rzecz zamawiającego kwoty wadium zaś brak tej treści dyskredytuje Gwarancję Polbud jako wadium skutecznie wniesione.

Brak wyrażenia bezwarunkowości i nieodwołalności zobowiązania wystawcy Gwarancji Polbud wskazany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Polbud znajduje pełne oparcie w stanie faktycznym i prawnym zaistniałym w postępowaniu. Zamawiający słusznie bowiem zwrócił uwagę na brak bezwarunkowości i nieodwołalności zobowiązania wystawcy Gwarancji Polbud.

Już sam fakt, że Gwarancja Polbud nie wyraża zobowiązania zapłaty jako takiego (co opisano we wcześniejszej części pisma procesowego) powoduje, że trudno mówić, że jest w jakikolwiek sposób wyraża ona zobowiązanie „nieodwołalne” i „bezwarunkowe”. Skoro dokument ten zawiera w ogóle zobowiązania, to z konieczności logicznej trudno niewyrażone zobowiązanie charakteryzować powyższymi cechami wymaganymi na mocy postanowień pkt 18.3 IDW. Niezależnie od powyższego – Gwarancja Polbud nie zawiera żadnych postanowień pozwalających zamawiającemu stwierdzić (choćby pośrednio), że faktycznie dopełniony został omawiany obowiązek wynikający z pkt 18. 3 IDW. Gwarancja wadialna jako dokument o szczególnym charakterze nie może być objęta domniemaniami co do swojej treści. W tym zakresie przystępujący w pełni podtrzymuje argumentację przedstawioną we wcześniejszej części pisma procesowego. W treści Gwarancji Polbud trudno doszukać się opisanie zobowiązania wystawcy tego dokumentu, jako zobowiązania bezwarunkowego i nieodwołalnego, co rodzi zasadnicze wątpliwości co do charakteru tego zobowiązania, a w konsekwencji co do charakteru uprawnień zamawiającego. Powołał wyrok z dnia 30 marca 2023 r. (sygn.. akt KIO 736/23).

Rynek ubezpieczeniowy ukształtował powszechny zwyczaj udzielania gwarancji bezwarunkowy i nieodwołalnych. Zwyczaj ten ma charakter powszechny wśród ubezpieczycieli i dotyczy wszystkich uczestników tego rynku, w tym wystawcę Gwarancji Polbud. Fakt, że tym przypadku ubezpieczyciel ten wystawił inną gwarancję, pozbawioną w jej warstwie semantycznej cech bezwarunkowości i nieodwołalności jest więc prawnie relewantne i oznacza, że taki był właśnie zamiar tego gwaranta, względnie, że taki być zamiar zleceniodawcy Gwarancji Polbud. Sam odwołujący wielokrotnie przekazywał gwarancje nieodwołalne i bezwarunkowe, co oznacza, że miał pełne rozeznanie w tym przedmiocie. Przystępujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z gwarancji wadialnych odwołującego wniesione w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego:

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 – odc. Węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) – węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i

wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 3 od węzła Jordanów Śląski (bez węzła) do węzła

Łagiewniki Zachód (z węzłem) o długości ok 11,2 km.

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 2 od węzła Kobierzyce Południe (bez węzła) do węzła Jordanów Śląski (z węzłem) o długości ok. 13,8 km.

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km.

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka”,

Dowód: Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78”.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ – Tom I IDW, gwarancji ubezpieczeniowej z oferty Polbud-Pomorze dowodów dołączonych do odwołań, odpowiedzi zamawiającego na odwołanie i stanowisk pisemnych przystępujących.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w SWZ w zakresie wadium zawarł następujące wymagania:

18. Wymagania dotyczące wadium

18.1. Wykonawca jest zobowiązany do wniesienia wadium w wysokości 2 600 000,00 PLN (słownie złotych: dwa miliony sześćset tysięcy złotych 00/100).

18.2. Wadium musi być wniesione przed upływem terminu składania ofert w jednej lub kilku następujących formach wymienionych w art. 97 ust. 7 ustawy Pzp, w zależności od wyboru Wykonawcy.

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą.

Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa” W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia,

koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Oferta Polbud-Pomorze - Gwarancja przetargowa Nr 350-05808816 z dnia 27 marca 2024 r.

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.

2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę:

2.600.000,00 PLN (słownie: dwa miliony sześćset tysięcy złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o

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

2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które

zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3 powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.

6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 28 marca 2024 r. do dnia 25 lipca 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:

1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta żądania zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu obowiązywania Gwarancji,

2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej,

9. Oświadczenie Beneficjenta o zwolnieniu wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 5 ustawy, w formie elektronicznej, należy przesłać na adres e-mail: .

Aneks nr 1 do Gwarancji przetargowej Nr 350-05808816

Zapis przed zmianą:

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 28 marca 2024 r. do dnia 25 lipca 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

Zapis po zmianie:

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 28 marca 2024 r. do dnia 23 września 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

Dowody zamawiającego:

- SWZ Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km nr postępowania O/WR.D-3.2410.7.2023 18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą. Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium

wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Gwarancja przetargowa Nr 350-05808495

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.
2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie

zapłaty wadium na kwotę 9.800.000,00 PLN (słownie: dziewięć milionów osiemset tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Lidera konsorcjum gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie: 3.000.000,00 PLN (słownie: trzy miliony złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

- 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

- 2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

- a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

- b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

- 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3 powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.

6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 09 listopada 2023 r. do dnia 10 marca 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:

- 1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta żądania zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu obowiązywania Gwarancji,

- 2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej,

SWZ Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 2 od węzła Kobierzyce Południe (bez węzła) do węzła Jordanów Śląski (z węzłem) o długości ok. 13,8 km nr postępowania O/WR.D-3.2410.2.2023

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą.

Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Gwarancja przetargowa Nr 351-05808279

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.

2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę 5.800.000,00 PLN (słownie: pięć milionów osiemset tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Lidera konsorcjum gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie :

1.300.000,00 PLN (słownie: jeden milion trzysta tysięcy złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które

zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3 powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.

6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 27 lipca 2023 r. do dnia 30 listopada 2023 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:

1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta żądania zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu obowiązywania Gwarancji,

2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej,

3) gdy Beneficjent pisemnie, pod rygorem nieważności zwolni Gwaranta ze wszystkich zobowiązań wynikających z Gwarancji.

SWZ Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 3 od węzła Jordanów Śląski

(bez węzła) do węzła Łagiewniki Zachód (z węzłem) o długości ok. 11,2 km nr postępowania O/WR.D-3.2410.3.2023

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą.

Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Gwarancja przetargowa Nr 350-05808278

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.

2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę 5.500.000,00 PLN (słownie: pięć milionów pięćset tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Lidera konsorcjum gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie :

2.100.000,00 PLN (słownie: dwa miliony sto tysięcy złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3 powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.

6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 27 lipca 2023 r. do dnia 30 listopada 2023 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:

- 1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu obowiązywania Gwarancji,
- 2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej,
- 3) gdy Beneficjent pisemnie, pod rygorem nieważności zwolni Gwaranta ze wszystkich zobowiązań wynikających z Gwarancji.

SWZ Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 -odc. węzeł Łągiewniki Zachód (bez węzła) - węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km nr postępowania O/WR.D-3.2410.10.2023

18.3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą.

Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Gwarancja przetargowa Nr 350-05808815

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.
2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę 3.300.000,00 PLN (słownie: trzy miliony trzysta tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Wykonawcy gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie:

1.650.000,00 PLN (słownie: jeden milion sześćset pięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3

powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.
6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.
7. Gwarancja obowiązuje od dnia 28 marca 2024 r. do dnia 25 lipca 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.
8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:
 - 1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta żądania zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu

obowiązywania Gwarancji,

- 2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej,
9. Oświadczenie Beneficjenta o zwolnieniu wadium, o którym mowa w art. 98 ust. 5 ustawy, w formie elektronicznej, należy przesłać na adres e-mail: .

SWZ Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 6 od węzła Ząbkowice Śląskie Północ (bez węzła) do węzła Bardo (z węzłem) o długości ok. 13,96 km nr postępowania O/WR.D-3.2410.9.2023

18. 3. Jeżeli wadium jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia Wykonawca przekazuje Zamawiającemu oryginał gwarancji lub poręczenia w postaci elektronicznej. Wadium w takie musi obejmować cały okres związania ofertą.

Treść gwarancji lub poręczenia nie może zawierać postanowień uzależniających jego dalsze obowiązywanie od zwrotu oryginału dokumentu gwarancyjnego do gwaranta.

Jako Beneficjenta wadium wnoszonego w formie gwarancji lub poręczenia należy wskazać – „Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą przy ul. Wroniej 53, 00-874 Warszawa”

W przypadku wniesienia wadium w formie gwarancji lub poręczenia, koniecznym jest, aby gwarancja lub poręczenie obejmowały odpowiedzialność za wszystkie przypadki powodujące utratę wadium przez Wykonawcę, określone w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp.

Gwarancja lub poręczenie musi zawierać w swojej treści nieodwołalne i bezwarunkowe zobowiązanie wystawcy dokumentu do zapłaty na rzecz Zamawiającego kwoty wadium na pierwsze pisemne żądanie Zamawiającego.

Wadium wniesione w formie gwarancji (bankowej czy ubezpieczeniowej) musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu – dochodzenie roszczenia z tytułu wadium wniesionego w tej formie nie może być utrudnione.

Dlatego w treści gwarancji powinna znaleźć się klauzula stanowiąca, że wszystkie spory odnośnie gwarancji będą rozstrzygane zgodnie z prawem polskim i poddane jurysdykcji sądów polskich, chyba, że wynika to z przepisów prawa.

Gwarancja przetargowa Nr 350-05808595

1. Gwarancja stanowi zabezpieczenie określone w art. 97 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „Ustawą”, w celu zabezpieczenia zapłaty wadium zgodnie z warunkami Przetargu, o którym mowa powyżej.

2. Z uwagi na to, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę 4.500.000,00 PLN (słownie: cztery miliony pięćset tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Lidera konsorcjum gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie:

2.500.000,00 PLN (słownie: dwa miliony pięćset tysięcy złotych 00/100), zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

3. Roszczenie z tytułu Gwarancji powstaje, gdy:

1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust.1 Ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 Ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej;

2) oferta Wykonawcy została wybrana oraz:

a) Wykonawca odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,

b) Wykonawca nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

4. Na podstawie Gwarancji Gwarant dokona zapłaty na rzecz Beneficjenta w terminie 14 (czternastu) dni od dnia otrzymania oryginału pierwszego pisemnego żądania zapłaty, które zawierać będzie oświadczenie Beneficjenta, że żądana kwota jest należna z tytułu Gwarancji i że zaistniała przynajmniej jedna z okoliczności opisanych w ust. 3 powyżej.

5. Żądanie zapłaty musi być podpisane przez osoby uprawnione do składania oświadczeń woli w imieniu Beneficjenta. W przypadku podpisania żądania zapłaty przez pełnomocnika, do żądania zapłaty musi być również załączony oryginał stosownego pełnomocnictwa lub jego kopia uwierzytelniona za zgodność z oryginałem przez notariusza lub radcę prawnego.

6. Żądanie zapłaty musi zostać doręczone pod aktualny adres siedziby Gwaranta.

7. Gwarancja obowiązuje od dnia 22 grudnia 2023 r. do dnia 26 kwietnia 2024 r. Tylko żądanie zapłaty otrzymane przez Gwaranta w tym terminie będzie powodowało obowiązek wypłaty z tytułu Gwarancji.

8. W zależności, która z poniższych okoliczności wystąpi pierwsza, Gwarancja wygasa w przypadku:

1) niedoręczenia do aktualnej siedziby Gwaranta żądania zapłaty spełniającego wymogi Gwarancji przed upływem terminu obowiązywania Gwarancji,

2) wyczerpania Sumy gwarancyjnej

Dowody przystępującego Mostostal Warszawa:

-Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 4 – odc. Węzeł Łagiewniki Zachód (bez węzła) – węzeł Niemcza (z węzłem), długości ok. 9,34 km – dowód przedstawiony przez zamawiającego

- Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 3 od węzła Jordanów Śląski (bez węzła) do węzła Łagiewniki Zachód (z węzłem) o długości ok 11,2 km – dowód przedstawiony przez zamawiającego

- Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu Zaprojektowanie i wybudowanie drogi ekspresowej S8 Wrocław – Kłodzko, zadanie 2 od węzła Kobierzyce Południe (bez węzła) do węzła Jordanów Śląski (z węzłem) o długości ok. 13,8 km – dowód przedstawiony przez zamawiającego

- Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Zaprojektowanie i wybudowanie obwodnicy Głogowa w ciągu drogi krajowej nr 12 o długości ok. 18,5 km.

WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr 280000208747 z dnia 07.11.2023 Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty w wysokości 1 900 000,00 zł po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, w okresie ważności gwarancji, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”, w tym:

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:

- odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie,
- nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,

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

3. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków

dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wszelkie spory dotyczące gwarancji podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej i podlegają kompetencji sądu właściwego dla siedziby Zamawiającego.

Niniejsza Gwarancja jest ważna od dnia 09.11.2023 r. do dnia 07.03.2024 r. włącznie (zwanym w treści niniejszej gwarancji okresem ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w terminie 3 dni od wygaśnięcia ważności gwarancji, tj. do dnia 10.03.2024 r włącznie.

- Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Budowa DW 878 od al. Tadeusza Rejtana w Rzeszowie do ul. Generała Stanisława Maczka”,

WADIUM (GWARANCJA UBEZPIECZENIOWA) Nr 280000195967 z dnia 09.05.2023 Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu pełnej kwoty do wysokości określonej powyżej po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania Zamawiającego, bez konieczności potwierdzania tych okoliczności, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, w okresie ważności gwarancji, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zwanej dalej „ustawą”, w tym:

1. Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Ofercie,
 - nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
2. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.
3. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Niniejsza Gwarancja jest ważna w okresie od dnia 12.05.2023 r. do dnia 08.09.2023 r. włącznie (zwanym w treści niniejszej gwarancji okresem ważności gwarancji). Wszelkie roszczenia odnośnie niniejszej Gwarancji Gwarant powinien otrzymać w terminie 7 dni od wygaśnięcia ważności gwarancji, tj. do dnia 15.09.2023 r. włącznie.

- Wadium złożone przez Polbud w postępowaniu „Budowa obwodnicy miejscowości Kroczyce w ciągu drogi krajowej nr 78”.

Gwarancja przetargowa zapłaty wadium Nr RW/GW/45/938/14996/2024

Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta, złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej Gwarancji, kwoty do wysokości nieprzekraczającej sumy

gwarancyjnej: 1.000.000,00 zł (słownie złotych: jeden milion 00/100) stanowiącej kwotę wadium, w związku ze złożoną ofertą w Przetargu.

2. Suma gwarancyjna ulega zmniejszeniu o każdą kwotę zapłaconą z niniejszej Gwarancji.
3. Roszczenie o wypłatę z niniejszej Gwarancji powstaje, gdy:
 - 1) Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą”), z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1 ustawy, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Wykonawcę jako najkorzystniejszej,
 - 2) Wykonawca, którego oferta została wybrana:
 - a) odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie,
 - b) nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
 - 3) zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, którego oferta została wybrana.
4. Gwarant wypłaci należną kwotę w ciągu 14 (czternastu) dni od daty otrzymania od Beneficjenta pisemnego żądania zapłaty z niniejszej Gwarancji, podpisanego przez osoby właściwie umocowane do reprezentowania

Beneficjenta, zawierającego oświadczenie wskazujące okoliczność bądź okoliczności, spośród wymienionych w ust. 3, stanowiące podstawę złożenia żądania zapłaty. Do pisemnego żądania zapłaty należy dołączyć oryginał lub poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osoby umocowane do reprezentowania Beneficjenta kopię dokumentu, z którego wynika umocowanie osób, które podpisały żądanie zapłaty. Przez pisemne żądanie zapłaty z niniejszej Gwarancji rozumie się także żądanie

zapłaty zgłoszone w formie elektronicznej, o której mowa w art. 78 (1) Kodeksu Cywilnego. Dokument potwierdzający umocowanie osób, które podpisały żądanie zapłaty w formie elektronicznej, może być złożony w formie elektronicznej lub w postaci skanu oryginału dokumentu bądź skanu poświadczonej za zgodność z oryginałem przez osoby umocowane do reprezentowania Beneficjenta kopii.

- Gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr RW/GW/45/938/13484/2023 udzielona przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych spółka akcyjna :

1. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej gwarancji, kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 2 200 000,00 zł. (słownie złotych: dwa miliony dwieście tysięcy 00/100) stanowiącej kwotę wadium w związku ze złożoną ofertą w przetargu.

- Gwarancja przetargowa zapłaty wadium nr RW/GW/45/938/13849/2023 udzielona przez Korporację Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych spółka akcyjna :

1. Gwarant zobowiązuje się nieodwołalnie i bezwarunkowo do zapłacenia na pierwsze, pisemne żądanie Beneficjenta złożone zgodnie z zasadami określonymi w niniejszej gwarancji, kwoty do wysokości nie przekraczającej sumy gwarancyjnej 2 500 000,00 zł. (słownie złotych: dwa miliony pięćset tysięcy 00/100) stanowiącej kwotę wadium w związku ze złożoną ofertą w przetargu.

- Wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) nr 280000206104 z dnia 25.07.2023 Podejmujemy się bezwarunkowo i nieodwołalnie wypłacenia Zamawiającemu kwoty w wysokości 2 000 000, 00 zł. po otrzymaniu pierwszego pisemnego żądania, podpisanego przez osoby uprawnione do reprezentowania zamawiającego, bez konieczności jego uzasadnienia, o ile Zamawiający stwierdzi w swoim żądaniu, że kwota roszczenia jest mu należna w związku z zaistnieniem, w okresie ważności gwarancji, co najmniej jednego z warunków zatrzymania wadium, określonego w art. 98 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (...)

- Gwarancja ubezpieczeniowa nr 10840008357/GWo/2023/071

Biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca składa Beneficjentowi ofertę w przetargu, o którym mowa powyżej, Gwarant nieodwołalnie i bezwarunkowo gwarantuje na rzecz Beneficjenta zapłatę Sumy gwarancyjnej.

Gwarancja przetargowa nr 350-0580878

2. Z uwagi, że Wykonawca składa ofertę w Przetargu, o którym mowa powyżej, w którym wymagane jest zabezpieczenie zapłaty wadium na kwotę 5 500 000,00 PLN (słownie: pięć

milionów pięćset tysięcy złotych 00/100), Gwarant działając na zlecenie Lidera Konsorcjum, gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania wykonawcy na rzecz Beneficjenta, w kwocie 2 100 000,00 PLN (słownie dwa miliony sto tysięcy złotych 00/100) zwanej dalej „Sumą gwarancyjną”.

Dowód odwołującego:

Oświadczenie TUIR Allianz Polska spółka akcyjna dotyczące gwarancji nr 350-058-8816 z dnia 27 marca 2024 zmienionej aneksem nr 1 z dnia 23 lipca 2024 r., z którego wynika, że Allianz oświadczył, że zobowiązanie TUIR Allianz Polska spółka akcyjna do zapłaty sumy gwarancyjnej na rzecz Beneficjenta gwarancji na jego pierwsze pisemne żądanie zawarte w treści Gwarancji jest nieodwołalne i bezwarunkowe, oraz że Gwarancja w pełni zabezpiecza interes Beneficjenta.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła wykonawców przystępujących po stronie zamawiającego tj. Mostostal Warszawa spółka akcyjna i Budimex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako uczestników postępowania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania wynikającą z art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy prawo zamówień publicznych (dalej: ustawy) przez błędne (niewłaściwe) zastosowanie tej normy i odrzucenie w jej dyspozycji oferty odwołującego, mimo że odwołujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, w formie przewidzianej art. 97 ust. 7 pkt 3 ustawy i zgodnie z pkt. 18.3 Tom I SWZ

Zarzut nie potwierdził się. Izba wprawdzie zgadza się z odwołującym, że w treści spornej gwarancji ubezpieczeniowej

TUIR Allianz Polska spółka akcyjna zawarł zobowiązanie wobec zamawiającego - beneficjenta gwarancji, wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego Mostostal Warszawa. Należy bowiem sięgnąć do art. 353 par. 1 kodeksu cywilnego, który zawiera definicję pojęcia zobowiązanie - zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić.

Zdaniem Izby zatem skoro wymagane w postępowaniu zamawiającego wadium ubezpieczyciel gwarant nazwał sumą gwarancyjną, a następnie w ust. 4 określił, że jeśli zamawiający zażąda, to gwarant dokona zapłaty, żądanej kwoty. W ocenie Izby oznacza to, że gwarant przez wręczenie zamawiającemu listu gwarancyjnego wyposażył zamawiającego w uprawnienie wierzyciela do żądania od gwaranta spełnienia świadczenia pieniężnego zapłaty kwoty do wysokości wskazanej przez gwaranta sumy gwarancyjnej. Z tego powodu, choć zabrakło w tej gwarancji słów o zobowiązaniu się gwaranta do zapłaty sumy gwarancyjnej, to tak jak literalnie wynikało to z pkt. 18.3 SWZ, to słowa „dokona zapłaty” w ocenie Izby stanowiły o zaciągnięciu przez ubezpieczyciela – gwaranta zobowiązania względem zamawiającego.

Izba jednak nie podziela stanowiska odwołującego, że skoro w liście gwarancyjnym brak jest wskazania warunków oraz określenia przesłanek odwoływalności gwarancji, to gwarancja jest bezwarunkowa i nieodwoływalna. Izba oparła się w tym zakresie na dowodach powołanych przez zamawiającego i przystępującego Mostostal, które w ocenie Izby udowodniły, że na rynku gwarancji ubezpieczeniowych istnieje powszechna praktyka wprowadzania postanowień o bezwarunkowości i nie odwoływalności gwarancji ubezpieczeniowej dla nadania gwarancji charakteru abstrakcyjnego. Dowody te pozwoliły również na ustalenie, że TUIR Allianz Polska spółka akcyjna również stosuje się do tej praktyki wystawiając gwarancje zawierające w pkt 2 zwrot „Gwarant działając na zlecenie Lidera konsorcjum gwarantuje nieodwołalnie i bezwarunkowo zapłatę za zobowiązania Wykonawcy na rzecz Beneficjenta w kwocie:”, którego nie zawierała gwarancja przedstawiona w tym postępowaniu.

W ocenie Izby rację należy przyznać zamawiającemu i wykonawcom przystępującym po jego stronie co do tego, że:

- zamawiający nie uczestniczy w powstaniu treści listu gwarancyjnego i nie ma wpływu na jego treść,
- gwarancja ubezpieczeniowa nie posiada swojej definicji legalnej w odróżnieniu od gwarancji bankowej uregulowanej w art. 81 i nast. Prawa Bankowego, czy gwarancji zapłaty uregulowanej w art. 649(1) – 649(5) Kodeksu Cywilnego,
- treść gwarancji ubezpieczeniowej regulowana jest wyłącznie praktyką rynkową i zakresem nieznanego zamawiającemu zlecenia wystawionego przez zobowiązanego do wniesienia wadium wykonawcy,
- sama gwarancja może być zarówno abstrakcyjna jak i kausalna, warunkowa i bezwarunkowa, odwoływalna jak i nieodwoływalna.

W tym postępowaniu bezspornie zamawiający wymagał gwarancji abstrakcyjnej, a więc spełniającej trzy warunki: bezwarunkowej, nieodwołalnej i na pierwsze żądanie. Natomiast otrzymał gwarancję spełniającą tylko jeden z nich – tzn. na pierwsze żądanie.

Treści tej gwarancji nie da się uzupełnić o elementy wynikające np. z przepisów prawa ubezpieczeniowego nakazującym ubezpieczycielom wystawiać wyłącznie gwarancje abstrakcyjne, bo taka regulacja nie istnieje.

Abstrakcyjność gwarancji ma istotne znaczenie dla pewności wypłaty ustanowionego zabezpieczenia wadialnego, gwarantuje bowiem, że mimo określenia i wskazania w treści gwarancji stosunku podstawowego łączącego beneficjenta – zamawiającego i wykonawcę – dłużnika wadialnego, gwarant nie będzie podnosił zarzutów z tego właśnie stosunku, które mogłyby się stać powodem do odmowy wypłaty sumy gwarancyjnej, ani że gwarant nie będzie uzależniał wypłaty tej sumy, od materialnego zaistnienia zdarzenia gwarancyjnego, np. żądając od wykonawcy potwierdzenia zaistnienia zdarzeń określonych w pkt. 3 tej gwarancji jako roszczenia.

Należy dostrzec, że mimo uregulowania prawnego gwarancji bankowej, również praktyka rynku gwarancji bankowych wskazuje na to, że do listów gwarancyjnych wprowadzane są postanowienia o nie odwoływalności, bezwarunkowości i płatności na pierwsze żądanie, co doktryna ocenia pozytywnie

- Prawo bankowe, Art. 81 SPH T. 5 red. Stec 2017, wyd. 52. „Spore kontrowersje (nie tylko w piśmiennictwie polskim) wywołała gwarancja bankowa z klauzulami: „nieodwołalna”, „bezwarunkowa” i „na pierwsze żądanie”, występującymi wcześniej przede wszystkim w obrocie międzynarodowym. Sens prawny takich klauzul należy rozpatrywać przynajmniej w dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, chodzi tu o zminimalizowanie wymogów (przesłanek) aktualizacji obowiązku gwaranta. Po drugie, intencją stron pozostaje z reguły kreacja zobowiązania abstrakcyjnego banku wobec beneficjenta, niezależnego od stosunków wewnętrznych poprzedzających powstanie zobowiązania gwarancyjnego (stosunku podstawowego, stosunku łączącego zlecającego z bankiem-gwarantem). Krytyka tego stanowiska, nawiązująca np. do *causae cavendi* gwarancji bankowej, nie wydaje się dostatecznie przekonywająca. Abstrakcyjna gwarancja pozostaje nadal zabezpieczeniem osobistym o daleko idącej redukcji ryzyka kontraktowego beneficjenta wynikającego z tej umowy (tak słusznie w wyr. SN z 16.4.1996 r., cyt. wyżej). Ukształtowanie stosunku gwarancyjnego należy pozostawić przede wszystkim stronom umowy zlecenia udzielenia gwarancji (por. art. 86a PrBank). Surowość odpowiedzialności gwarancyjnej banku wobec beneficjenta zawsze bowiem pozostaje skorelowana z możliwością uzyskania przez bank skutecznego skompensowania wypłaconej beneficjentowi sumy gwarancyjnej od zlecającego (dłużnika w stosunku podstawowym) lub osoby trzeciej (zabezpieczyciela przyszłej wiarygodności „regresowej” banku; formuła niemiecka – *erst zahlen, dann prozessieren*).” Słusznie podnosili zamawiający i przystępujący, że istotą gwarancji wadialnej jest to, aby gwarantowała zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w taki sam sposób jak wadium wniesione w pieniądzu, a

skoro tak, to zamawiający nie może mieć

wątpliwości, co do charakteru przedstawionej mu gwarancji jako abstrakcyjnej i faktycznie płatnej na pierwsze żądanie bez ustalania przez gwaranta zasadności żądania na gruncie stosunku podstawowego.

Izba podziela stanowisko zamawiającego i przystępujących, że złożone przez odwołującego na rozprawie oświadczenie ubezpieczyciela nie stanowi wykładni udzielonej gwarancji, a tworzy treść, której w gwarancji nie zawarto. Faktycznie w oświadczeniu gwarant nie nawiązuje do sformułowań zawartych w gwarancji, które w jego ocenie świadczą o tym, że gwarancja ta jest gwarancją bezwarunkową i nieodwoalną, a jedynie zapewnia, że taką gwarancję chciał wystawić.

Natomiast zobowiązanie zaciągnął na podstawie gwarancji załączonej do oferty, a nie na podstawie oświadczenia złożonego na rozprawie, które nie uzupełnia gwarancji o brakującą treść nie jest bowiem aneksem, ani nie wykazuje, że ta treść tkwiła od samego początku w dokumencie gwarancyjnym. Z tego względu Izba nie oparła swojego rozstrzygnięcia na tym dowodzie.

Reasumując, skoro powszechną praktyką rynku gwarancji ubezpieczeniowych, jak i ubezpieczyciela TUiR Allianz Polska spółka akcyjna jest wystawianie gwarancji na pierwsze żądanie, bezwarunkowych i nieodwoływalnych, a w treści złożonej zamawiającemu gwarancji nie ma oświadczenia gwaranta o bezwarunkowości i nieodwoływalności gwarancji, to gwarancja ta nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w pkt. 18.3 SWZ, zatem nie została wniesiona w sposób prawidłowy. Oznacza to, że zamawiający prawidłowo i zgodnie z ustawą ocenił zaistniałą sytuację, jako wystąpienie przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy i prawidłowo ten przepis zastosował. Z tego względu zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ust. 1 i 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, która nie była najkorzystniejszą.

Zarzut nie potwierdził się. Zarzut osadzony był na tezie, że oferta odwołującego jest ofertą niepodlegającą odrzuceniu i korzystniejszą od oferty wybranej. Skoro Izba doszła do przekonania, że zamawiający prawidłowo ocenił, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu, to w konsekwencji nie mógł jej wybrać jako najkorzystniejszej. W konsekwencji ofertą najkorzystniejszą stała się oferta wybrana, a dokonany wybór nie naruszał art. 239 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia zaliczając w poczet kosztów koszty wpisu i koszty wydatków pełnomocnika zamawiającego. Przy czym Izba zaliczyła wydatki pełnomocników w maksymalnej wysokości dopuszczonej przez rozporządzenie tj. 3 600zł.

Wobec faktu, że żaden z postawionych przez odwołującego zarzutów odwołania nie potwierdził się to kosztami należało obciążyć w całości odwołującego i zaliczyć na poczet postępowania odwoławczego koszty uiszczanego wpisu oraz nakazać odwołującemu zwrot wydatków pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600zł.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....