

W V R O K

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 1 ipca 2009i.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Jolanta Słepień-Kordial (spr.)

Sędziowie : SO Agnieszka Owczarewicz

SR(dek) Agnieszka Grzybczak-Staclyra

Protokolant : Sylwia Adamczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2009 r. w Warszawie
sprawy ze skargi Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;
przeciwko przeciwnikowi skargi: PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie
z udziałem interwenientów ubocznych po stronie przeciwnika skargi : Pojazdy
Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy oraz Tabor
Szynowy Opole S.A. z siedzibą w Opolu

o udzielenie zamówienia publicznego ,

* od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 14 maja 2009 r. Sygn. akt KIO/UZP/570/09, KIO/UZP/571/09

1. oddala skargę;
2. zasądza od Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu tytułem kosztów postępowania apelacyjnego na rzecz
 - a) PKP Intercity S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 600 zł.
(sześćset złotych)
 - b) Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 617 zł. (sześćset siedemnaście złotych)
 - c) Tabor Szynowy Opole S.A. z siedzibą w Opolu kwotę. 12 17 zj (jeden tysiąc dwieście siedemnaście złotych)

I 'zasadnienie

W dniu 28.01.2009 r. "PKP INTERCITY" S. A. (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r, Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.;. Postępowanie prowadzone jest w 19 częściach. W dniu 2 kwietnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za ofertę najkorzystniejszą w częściach 1-3, 6-8, 10-18 została uznana oferta złożona przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, natomiast w częściach 4-5 i 9 - oferta złożona przez NEWAG S.A. (postępowanie w części 10 zostało unieważnione).

W dniu 9 kwietnia 2009 r. NEWAG S.A. złożyła protest, W dniu 10 kwietnia 2009 roku "Tabor Szynowy" Opole S.A. przystąpił do protestu wniesionego przez NEWAG S.A. w zakresie wykluczenia PESA z postępowania.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 20 kwietnia 2009 r. poprzez jego oddalenie. NEWAG S.A. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust.2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawców PESA i Tabor Szynowy "OPOLE", pomimo że wadium wniesione przez nich w formie gwarancji ubezpieczeniowych Odwołujący ocenił jako nieprawidłowe. Odwołujący kwestionował termin wypłaty wadium w gwarancjach PESA i TS OPOLE, (21 i 14 dni), a ponadto w gwarancji PESA brak „bezwarynkowości” (na skutek ustanowienia w niej obowiązku względem Zamawiającego, aby treść wezwania do zapłaty kwoty wadium była zgodna z treścią wskazaną w gwarancji).

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniach nr 1- 2, nr 11-15 oraz o nakazanie Zamawiającemu ponownej oceny ofert, wykluczenia z postępowania wykonawcy PESA i TS OPOLE.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiły Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA Holding.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała wspólnie odwołanie wniesione przez Newag S.A. i przez „Tabor Szynowy” S.A. i wyrokiem z dnia 14 maja 2009 r. oba odwołania oddaliła. W uzasadnieniu wyroku KIO wskazała, iż w rozdziale IX SIWZ Zamawiający opisał swoje wymogi odnośnie wniesienia wadium w postępowaniu. Wadium mogło być złożone w jednej z form określonych an 45 ust. 6 ustawy Prawa zamówień publicznych, tj. m. in. w gwarancjach ubezpieczeniowych i bankowych. Zgodnie z pkt. 3 Rozdz. IX SIWZ, wadium musiało obejmować cały okres związania ofertą. Ponadto, wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, winno zawierać m. in. zobowiązanie gwaranta do nieodwołalnej i bezwarunkowej wypłaty Zamawiającemu kwoty wadium (pkt. 6.2), niezwłocznie na pierwsze wezwanie Zamawiającego (pkt. 6.4). Wymagania Zamawiającego odnośnie wadium są zgodne z Prawem zamówień publicznych i można je określić jako „standardowe”.

Wszyscy wykonawcy biorący udział w postępowaniu, wnieśli wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych i bankowych; kopie gwarancji wadialnych znajdują się w aktach postępowania.

Odwołujący NEWAG wskazywał, że gwarancja wadialna PESA nie spełnia wymogu bezwarunkowości, ponieważ ziszczenie roszczenia wynikającego z gwarancji obwarowano dodatkowymi, nieprzewidzianymi przez SIWZ, wymaganiami, bowiem wypłata

wadium jest uzależniona od okoliczności, czy treść wezwania do zapłaty kwoty wadium będzie zgodna z treścią wskazaną w gwarancji.

W zakresie tak postawionego zarzutu wielokrotnie wypowiadano się zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze. Powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadium jest bezwarunkowa, gdy wypłata uzależniona jest od złożenia żądania zapłaty w formie określonej w gwarancji oraz oświadczenia, iż osoba, za którą bank udzielił gwarancji, nie wywiązała się z zobowiązań wobec beneficjenta, a wymóg pisemnego potwierdzenia okoliczności objętych treścią gwarancji należy traktować jako wyłącznie określenie terminu w dniach może być korzystniejsze dla Zamawiającego, niż określenie terminu jako „niezwłocznie”.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwołujących, że Zamawiający wymagał zawarcia w treści gwarancji słowa „niezwłocznie”, lecz nakazywał takie sformułowanie treści gwarancji, aby - jak zauważył Przystępujący - w sposób należyty zabezpieczały interes Zamawiającego, tj. określenie możliwego rozsądnego terminu realizacji wadium. Zauważyć również należy, że termin określony w dniach (14, 21 dni) oznacza możliwości realizacji roszczenia do określonego dnia, a nie - w tym właśnie dniu (co oznacza, że faktyczna realizacja zobowiązania wadium może nastąpić wcześniej).

W gwarancji wadium złozonej przez NEWAG nie określono wprost, jak prawidłowo zauważył odwołujący TS Opolo, początkowego terminu jej obowiązywania. Skład orzekający ustalił, iż w innych gwarancjach podano określenie terminu „od...do...”, w kwestionowanej gwarancji określono jedynie termin końcowy. Równocześnie gwarant użył sformułowań w czasie teraźniejszym („zobowiązujemy się (...)). a nie w przyszłym. Niewątpliwie określono termin wystawienia gwarancji - I 1.03.20(0 r. Wobec powyższych ustaleń nie można przyjąć inaczej, niż że gwarancja obowiązuje od dnia jej wystawienia (jest to więc termin początkowy obowiązywania gwarancji) - w ocenie Izby Odwołujący wyciąga zbyt daleko idące wnioski z okoliczności, że termin określono w inny sposób, niż w pozostałych gwarancjach wadium. Jak więc, jeżeli datą wystawienia jest data składania ofert, gwarancja wadium obejmuje cały okres związania ofertą (termin końcowy obowiązywania gwarancji nie był kwestionowany).

Wobec powyższych ustaleń, Izba uznała zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 za nieuzasadnione i oddaliła oba odwołania.

Od powyższego wyroku obaj odwołujący wnieśli odrębne odwołania i z uwagi na sprzeczność interesów odwołujących Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do połączenia postępowań ze skarg do wspólnego rozpoznania

NEWAG S.A. zaskarżyła wyrok w części oddalającej odwołanie NEWAG S.A. od rozstrzygnięcia przez PKP INTERCITY S.A. z siedzibą w Warszawie protestu NEWAG S.A. z dnia 9 kwietnia 2009 r., złożonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w drodze przetargu nieograniczonego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych a także w części dotyczącej obciążenia NEWAG S.A. kosztami postępowania. Zarzuciła obrazę prawa materialnego - art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z ust. 6 pkt 4) oraz w związku z ust. 1, ust. 2 pkt 4) i ust. 5 zd. 2 Rozdziału IX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - przez ich błędną wykładnię, polegającą na przyjęciu, że spełnienie przez wykonawcę obowiązku wniesienia wadium może nastąpić przez złożenie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zobowiązanie gwaranta do zapłaty gwarantowanej kwoty w terminie 21 dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania, w wyniku czego błędnie ustalono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009) wykonawca Pojazdy Szybowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding wniósł wadium, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, że zaniechanie przez PKP INTERCITY S.A. wykluczenia tego wykonawcy z wyżej wymienionego postępowania nie stanowiło naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz błędnego ustalenia,

że traktowanie oferty tego wykonawcy jako nieodrzuconej nie stanowiło naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2001 r. - Prawo zamówień publicznych, a także obrazę prawa materialnego - art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku z ust. 6 pkt 4) oraz, w związku z ust. 1, ust. 2 pkt 4) i ust. 5 zd. 2 Rozdziału IX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - przez, ich

błędą wykładnię, polegającą na przyjęciu, że spełnienie przez wykonawcę obowiązku wniesienia wadium może nastąpić przez złożenie gwarancji ubezpieczeniowej zawierającej zobowiązanie gwaranta do zapłaty gwarantowanej kwoty w terminie 14 dni licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania, w wyniku czego błędnie ustalono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nnt wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2.009) wykonawca Pojazdy „Tabor Szynowy” Opole S.A. wniósł wadium, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia, że zaniechanie przez PKP INTERCITY S.A. wykluczenia tego wykonawcy z wyżej wymienionego postępowania nie stanowiło naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych oraz błędnego ustalenia, że traktowanie oferty tego wykonawcy jako nieodrzuconej nie stanowiło naruszenia art. 24 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. -

Prawo zamówień publicznych. Wskazując na powyższe skarżący wnosil o zmianę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 14 maja 2009 r. w sprawie o sygnaturze akt KIO/UZP 570/09 i KIO/UZP 571/09 w zaskarżonej części przez uwzględnienie odwołania NEWAG S.A. i nakazanie PKP INTERCITY SA:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009), w zakresie zadań nr 1, nr 2, nr 11, nr 12, nr 13, nr 14 i nr 15,
2. przeprowadzenia ponownej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009),
3. wykluczenia wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009), w części dotyczącej zadań nr 1, nr 2, nr 11, nr 12, nr 13, nr 14 i nr 15,
4. wykluczenia wykonawcy „Tabor Szynowy” Opole S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009), w części dotyczącej zadania nr 1,
5. wyboru jako najkorzystniejszej w części dotyczącej zadań nr 1, nr 2, nr 11, nr 12, nr 13, nr 14 i nr 15 oferty złożonej przez NliWA(i S.A.,

Nadto skarżący wnosil o obciążenie kosztami postępowania PKP INTERCITY SA, w tym zasądzenie od PKP INTERCITY S.A. na rzecz NEWAG S.A. zwrotu kosztów postępowania według norm przepisanych.

W toku postępowania przed Sądem Okręgowym spółka „Tabor Szynowy” S.A. przystąpiła do sporu jako interwenient uboczny po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie oddalenie skargi wniesionej przez „NEWAG” SA w części dotyczącej oddalenia odwołania intei wenienla ubocznego oraz domagał się zasądzenia na jego rzecz kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:
skarga nie jest zasadna.

Wbrew zarzutom skarżącego zaiówno Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding jak i „Tabor Szynowy” S.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009) wniósł wadium, które odpowiada swoją formą i treścią wymogom wynikającym z Rozdziału IX ust. 5 i 6 SIWZ oraz art. 45 ustawy PZP. Z tego względu brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą, lub nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Zgodnie zaś z zapisem zawartym w Rozdziale IX ust. 7 SIWZ Zamawiający wykluczy Wykonawcę, „który nie wnieśli wadium w wysokości określonej w ust. 1, w formie lub formach, o których mowa w ust. 2”.

Podniesiony w skardze zarzut błędnej interpretacji art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku zapisem Rozdziału IX ust. 6 pkt 4) oraz w związku z ust. 1, ust. 2 pkt 4) i ust. 5 zd. 2 SIWZ, jest całkowicie nieuzasadniony. Wniesione wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierające zobowiązanie gwaranta do wypłaty gwarantowanej kwoty w terminie 14 (21) dni, licząc od dnia otrzymania pierwszego pisemnego wezwania spełnia wymagania wynikające z zapisów SIWZ oraz przepisów ustawy PZP. Zobowiązanie gwaranta do wypłaty Beneficjentowi (Zamawiającemu) wadium w terminie 14 (21) dni należy uznać za zobowiązanie tego gwaranta do niezwłocznego spełnienia przedmiotowego świadczenia.

Za niezasadne należy uznać w ocenie Sądu Okręgowego stanowisko skarżącego kwestionujące ocenę dokonaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, która uznała, iż - w konkretnych okolicznościach sprawy - termin 14 (21) dni, przyjęty w spomych gwarancjach

wadialnych) należy uznać za termin „niezwłoczny” wypłaty z gwarancji. Przede wszystkim należy podkreślić, iż termin „niezwłocznie”, nie jest ani ścisłym terminem, oznaczonym w dniach, czy tygodniach, ani też nie jest terminem „łatychniastowwn”. Jest to zatem termin, w ciągu którego, w normalnym toku czynności oraz oceniając sytuację realnie, można oczekiwać spełnienia świadczenia przez dłużnika lub wykonania innych czynności.

Nie ulega wątpliwości, iż pojęcie „niezwłoczności” pojawiło się w SIWZ w odniesieniu do czynności cywilnoprawnych (udzielenie i wykonanie gwarancji ubezpieczeniowej), a zatem pojęcie to należy interpretować przez pryzmat przepisów prawa kształtujących stosunki cywilne, orzecznictwa sądowego i poglądów doktryny, odnoszących się do niezdefiniowanego wprost pojęcia „niezwłoczności”. Żaden przepis prawa nie precyzuje w sposób jednoznaczny, jaki termin podany w dniach czy tygodniach wyczerpuje znamiona niezwłoczności. Sąd Okręgowy w składzie niniejszym w pełni podziela stanowisko wyrażone przez Krajową Izbę Odwoławczą w zaskarżonym wyroku, iż Zamawiający nie wymagał zawarcia w treści gwarancji słowa „niezwłocznie”, lecz wymagał takiego sformułowania treści gwarancji, aby w sposób należyty zabezpieczał interesy Zamawiającego, tj. określenie możliwego rozsądnego terminu realizacji wadium. Z uprawnienia tego Zamawiający skorzystał, uznając, że wszystkie ze złożonych gwarancji mieszczą się w terminie określonym w SIWZ jako termin „niezwłocznie”. Wskazanie zatem konkretnej daty spełnienia świadczenia przez gwaranta, tj. 14 (21) dni, nie pozbawia gwarancji złożonej przez PESA Bydgoszcz S.A. przymiotu „niezwłoczności”. Oceny powyższej nie zmienia okoliczność, iż obie gwarancje są wystawione w istocie przez ten sam podmiot.

W konsekwencji w ocenie Sądu Okręgowego zarzuty podniesione w skardze są bezzasadne, zatem na podstawie art. 385 k.p.c. w zw. z art. 194 ust. 1 i 198 ust. 2 prawa zamówień publicznych skargę należało oddalić.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 i 99 w zw. z art. 108 k.p.c.