

W Y k O K

W (MIENIU kZE< /A POSTOŁUJ J POLSKIEJ

Dnia H lipca 2009i

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział (iospodaic/y Odwoławczy
w składzie:

Przewodniczący - SSO Jolanta Stępień-Kordiał (spr.)

Sędziowie : SO Agnieszka Owczarewicz

SR (dcl.) Agnieszka Grzybczak-Stachyra

Protokolant: Sylwia Adamczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2009 r. w Warszawie
sprawy ze skargi Tabor Szynowy Opole S.A. z siedzibą w Opolu
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 New-ag
S.A. z siedzibą w Nowym Sączu;

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. oddała skargę;
2. zasądza od Tabor Szynowy Opole S.A. z siedzibą w Opolu 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) Newag S.A. z siedzibą w Nowym Sączu kwotę yZKLzł (jeden tysiąc
dwieście siedemnaście złotych) /y YE :

/<•-■/' ' ĆNj^odnuć

I/asadiiienic

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. zn.); Postępowanie prowadzone jest w 19 częściach. W dniu 2 kwietnia 2009 r. Zamawiający

W zawiadomili uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej - za ofertę

najkorzystniejszą w- częściach 1-5, 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. "Tabor Szynowy" Opole S.A. złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 20 kwietnia 2009 r. poprzez jego oddalenie. „Tabor Szynowy” S.A. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający dokonując wyboru oferty w częściach od 1 do 18, naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż zaniechał wykluczenia z postępowania PESA Bydgoszcz S.A. Holding i NEWAG S.A. ewentualnie również art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych w ten sposób, iż zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez PESA i NEWAG. U obu konkurencyjnych wykonawców Odwołujący kwestionował sposób wniesienia wadium. Zarówno PESA, jak i NEWAG wniosła wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowych.

Co do gwarancji wadium wniesionej przez PESA, Odwołujący kwestionował termin wypłaty wadium, przewidziany na 21 dni, co według Odwołującego nie spełnia cech „niezwłoczności”, natomiast odnośnie gwarancji NEWAG - brak podania okresu ważności umowy zabezpieczającej, a jedynie końcowy termin ważności tej umowy, co może oznaczać - w ocenie Odwołującego - że gwarancja ta obejmuje znacznie krótszy okres czasu niż okres związania ofertą.

Odwołujący wnosił o powtórny ocenę ofert, wykluczenie PESA i NEWAG z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty, i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej w częściach od 1 do 18.

Do postępowania; i <n\olawc/ep.n po sliomc /ain:miapiccpo skutcr/nic przystąpiły Pojazdy Szynowe PI SA lhdgos/cz SA Holding.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała w sprawie odwołanie w niesione przez New ag S.A. i przez „Tabor Szynowy” S.A. i wyrokiem / dnia I-I maja .?().*) 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 art. 175 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.-1). 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 wypowiediano się zarówno w piśmiennictwie, jak i w judykaturze. Powszechnie przyjęty jest pogląd, że gwarancja wadialna 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 zabezpieczyły 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 dnia (co oznacza, że faktyczna realizacja zobowiązania wadialnego może nastąpić wcześniej).

W gwarancji wadialnej złożonej przez NI.WAG nie określono wprost, jak prawidłowo zauważył odwołujący IS Opolę, początkowego terminu jej obowiązywania. Skład orzekający ustalił, iż w innych gwarancjach podano *explicite* termin „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 - 11.03.2009 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 wadialnych. Tak więc, jeżeli datą wystawienia jest data składania ofert, gwarancja wadialna 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 sprzeczności interesów odwołujących Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do połączenia postępowań ze skarg do wspólnego rozpoznania

„Tabor Szynowy” S.A. zaskarżył wyrok I<IO w całości zarzucając naruszenie przepisów postępowania, a to art. 192 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - poprzez brak w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wskazania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, w tym ustalenia faktów, które Krajowa Izba Odwoławcza uznała za udowodnione, dowodów, na których się oparła i przyczyn, dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wskazania podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa. W treści uzasadnienia skarżący podnosił również zarzut naruszenia przepisów postępowania, wskazując, iż Przewodniczący KIO ignorował wywody odwołującego, nie poro9tokołowano tych wywodów, naruszając w ten sposób prawo do obrony.

Nadto skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 14 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego - poprzez jego niezastosowanie, a mianowicie przez nie tłumaczenie oświadczeń woli w udzielnych przez ubezpieczycieli gwarancjach NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu i Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA Holding w Bydgoszczy tak, jak tego

wymagaj;) ze względu na okoliczności, w których złożone zostały, zasad\ współz\yci; społecznego oraz ustalone zwyczaje, a więc nie /badanie laktye/incll intencji zapisów w/w dokumentów i orzeczenie sprzecznie z obowiązującą linią orzecznictwa Sądu Najwyższego, i przyjęcie, że:

a. w gwarancji Pojazdy Szynowe PI.SA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy termin 21 dni oznacza możliwość realizacji roszczenia do określonego ilnia oraz, że w ocenie KIO jcsł to termin, który oznacza realizację zobowiązania „niezwłocznie”.

b. w gwarancji NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu, mimo, że jak sama KIO wskazuje, nie określono wprost początkowego terminu jej obowiązywania, to termin wystawienia gwarancji w ocenie Izby niewątpliwie zaczyna się w dniu 1.03.2000 r.

Zarzucił także naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - poprzez, jego błędną wykładnię, a mianowicie przez, błędne ustalenie, że niedopuszczalne było wykluczenie wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w Bydgoszczy z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego oznaczonego numerem referencyjnym B WT- 6220/P/01/2009, na usługę: wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych i przyjęcie, iż gwarancja w/w wykonawcy została skutecznie wniesiona, gdyż termin 21 na wypłatę kwoty wadium, określony w gwarancji ubezpieczeniowej w/w wykonawcy spełnia warunek „niezwłoczności” określony w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedłożonej wykonawcom przez Zamawiającego.

W zaskarżonym wyroku doszło również w ocenie skarżącego do naruszenie prawa materialnego, a to przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - poprzez jego błędną wykładnię, a mianowicie przez błędne ustalenie, że niedopuszczalne było wykluczenie wykonawcy NEWAG S.A. z siedzibą w Nowym Sączu z udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne i przyjęcie, iż gwarancja w/w wykonawcy została skutecznie wniesiona, gdyż zawiera okres obowiązywania gwarancji, określony i wymagany w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedłożonej wykonawcom przez Zamawiającego.

Wskazując na powyższe zarzuty skarżący wnosił o

- 1) uwzględnienie skargi i zmianę zaskarżonego wyroku w całości
- 2) orzeczenie co do istoty sprawy poprzez unieważnienie czynności Zamawiającego w postaci decyzji Zamawiającego z dnia 02.04.2009 roku o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zamówienia publicznego oznaczonego numerem

referencyjnym BWT- 6220/1701/2009, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę: wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych w zakresie zadania nr I, ni 2. nr 3, nr 4, nr 5. nr 6, nr 7, nr 8. nr 9. nr 10. nr 1 1. ni 1 2. nr 1 3, nr 14. nr I 5, nr 16. nr 1 7, nr I S, wykluczenie z postępowania wykonawcy Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz i wykonawcy Newag S.A. oraz orzeczenie o powtórzeniu przez Zamawiającego czynności oceny ofert tj., o powtórzeniu czynności w' sposób zgodny z prawem i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wnosił również o zasądzenie na rzecz skarżącego od przeciwnika skargi kosztów' postępowania w tym kosztów' zastępstwa praw nego

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

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

Odnosząc się do zarzutów dotyczących naruszenia przepisów postępowania, należy wskazać, iż w ocenie Sądu Okręgowego nie są one zasadne. Zarzuty dotyczące braku ustalenia stanu faktycznego sprawy oraz oceny dowodów nie znajdują uzasadnienia z tego powodu, że w istocie stan faktyczny w sprawie jest całkowicie bezsporny, a do rozstrzygnięcia pozostają jedynie kwestie prawne. Jeśli zaś chodzi o zarzut ignorowania wywodów odwołującego i nieprotokołowania ich, to skarżący nie wskazał, po pierwsze które to wywody nie zostały zaprotokołowane, brak jest również wniosków skarżącego o sprostowanie bądź uzupełnienie protokołu..

Wbrew zarzutom skarżącego Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie napraw rewizyjnych wagonów osobowych (BWT-6220/P/01/2009) wnieśli wadium, które odpowiada swojej 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 PESA Bydgoszcz S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (BWT-6220/P/01/2009). 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. /godnie zaś z zapisem zawartym w Rozdziale IX usi. 7 SIWZ Zamawiający wykluczy Wykonawcę. ..który nie wnieśnie wadium w wysokości określonej w ust. 1, w formie lub formach, o których mowa w ust 2".

Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S A wnieśli wadium w wysokości określonej w Rozdziale IX ust. 1 SIWZ (suma kwot dla zadań od I do 18 w łącznej wysokości 1.020.000,00 PLN), jak i przewidzianej przez Zamawiającego w Rozdziale IX ust. 2 SIWZ formie (gwarancja ubezpieczeniowa).

W związku z powyższym brak jest jakichkolwiek przesłanek które nakazywałyby Zamawiającemu podjęcie decyzji o wykluczeniu PESA Bydgoszcz S.A. z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podniesiony w skardze zarzut błędnej interpretacji art. 65 § 1 i 2 k.c. w związku zapisem Rozdziału IX usi. 6 pkt 4) oraz w związku z ust. 1, ust. 2 pkt 4) i ust. 5 zd. 2 SIWZ, jest on całkowicie nieuzasadniony. Wniesione przez PESA wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej zawierające zobowiązanie gwaranta do wypłaty gwarantowanej kwoty w terminie 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 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 21 dni, przyjęty w gwarancji wadialnej przedłożonej przez Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Holding SA 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 „natychmiastowym”. 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

j/

stanowisko wyrażone przez Krupią 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 SIUZ jako termin „niezwłocznie”. Wskazanie zatem konkretnej daty spełnienia świadczenia przez gwaranta, tj. 21 dni, nie pozbawia gwarancji złożonej przez PESA Bydgoszcz S.A. przymiotu „niezwłoczności”.

Jako całkowicie bezzasadny należy ocenić również zarzut Skarżącego, że gwarancja bankowa NEWAG SA nie spełnia wymogów SIWZ, albowiem nie określono wprost początkowego terminu jej obowiązywania. Gwarancja bankowa jest bowiem zgodnie z art. SI ust i prawa bankowego jednostronnym zobowiązaniem banku-gwaranta, że po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty, określonych w treści gwarancji, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji. Zatem zobowiązanie banku powstaje już z momentem złożenia oświadczenia woli o udzieleniu gwarancji i trwa aż do daty, wskazanej w treści gwarancji. Bez zgody beneficjenta gwarancji termin obowiązywania gwarancji nie może być w żaden sposób modyfikowany.

Skoro więc gwarancje bankowe NEWAG SA zostały wystawione w dniu 11 marca 2009r. i w tym też dniu zostały przed upływem terminu składania ofert (godz. 10.00) złożone Zamawiającemu, zgodnie z wymogami SIWZ, to brak jest podstaw do przyjęcia, jak czyni to Skarżący, jakoby to gwarancja miała mieć termin ważności krótszy.

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.

i; „?,■ V gapgoancsc.

'/, /; SEKREJf&ĄDOWY