

Sygn. akt: KIO/UZP 570/09

KIO/UZP 571/09

WYROK

z dnia 14 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Andrzej Niwicki
Anna Packo**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **07.05.2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7 (sygn. akt. KIO/UZP 570/09)

B. NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 (sygn. akt KIO/UZP 571/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **"PKP Intercity" S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17** protestów:

A. Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7 z dnia 9 kwietnia 2009r.

B. NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 z dnia 9 kwietnia 2009r.

przy udziale wykonawcy **Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz S.A. Holding, 85-082 Bydgoszcz, ul. Zygmunta Augusta 11** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 570/09 i KIO/UZP 571/09 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7 (sygn. akt. KIO/UZP 570/09)

B. NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3 (sygn. akt KIO/UZP 571/09)

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7,**
 - B** koszty w wysokości 2 287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A** kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7** na rzecz "**PKP Intercity**" S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
 - B** kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3** na rzecz "**PKP Intercity**" S.A., 02-021 Warszawa, ul. Grójecka 17 stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty 35 426 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Tabor Szynowy Opole S.A., 45-332 Opole, ul. Rejtana 7,**

B kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **NEWAG S.A., 33-300 Nowy Sącz, ul. Wyspiańskiego 3.**

Uzasadnienie

I. 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.; dalej: Prawo zamówień publicznych). 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).

KIO/UZP 570/09

W dniu 9 kwietnia 2009 r. "Tabor Szynowy" Opole S.A. (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 20 kwietnia 2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 24.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

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 wadialnej wniesionej przez PESA, Odwołujący kwestionował termin wypłaty wadium (przewidziany na 21 dni, co według Odwołującego nie spełnia cechy „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).

Zarówno w proteście, jak i w odwołaniu, wnoszono 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.

KIO/UZP 571/09

W dniu 9 kwietnia 2009 r. NEWAG S.A. (dalej: Odwołujący) – złożyła protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 20 kwietnia 2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 27.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

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 „bezwarunkowości” (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.

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 oba protesty oddalił w całości, nie znajdując podstaw do ich uwzględnienia. Do obu postępowań odwoławczych po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpiły Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA Holding.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołania nie zasługują na uwzględnienie. Obaj Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia ich odwołań, ich oferty – po powtórnej ocenie ofert przez Zamawiającego – miałyby szansę zostać uznane za najkorzystniejsze w odpowiednich częściach postępowania.

Izba w zakresie podniesionych zarzutów ustaliła, co następuje:
W Rozdziale IX SIWZ Zamawiający opisał swoje wymogi odnośnie wniesienia wadium w postępowaniu. Wadium mogło być złożone w jednej z form określonych art. 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 wpłaty Zamawiającemu kwoty wadium (pkt. 6.2), niezwłocznie na pierwsze wezwanie Zamawiającego (pkt. 6.4).

Wymagania Zamawiającego odnośnie wadium zatem 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.

1. Bezwarunkowość gwarancji.

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 wypowiedano 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

wymóg formalny pisemnego wezwania do zapłaty. Zdaniem Sądu Okręgowego „wymóg potwierdzenia okoliczności stanowiących podstawę wezwania do zapłaty rodzi po stronie gwaranta możliwość weryfikacji żądania. Tak więc znajdujące się w treści gwarancji wymogi nie miały znamion warunku, a jedynie stanowiły formalny element dla ewentualnej wypłaty kwoty wadium. Roszczenie przedmiotowej gwarancji płatne było na wezwanie do zapłaty spełniające określone wymogi formalne, a te nie stanowiły o warunkowości samego zobowiązania” (wyrok z 29.7.2002 r., V Ca 1087/2002, cyt. za Michał Makowski, Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium - kontrowersje interpretacyjne, Kwartalnik Prawa zamówień publicznych, Numer 2(17)/2008, s. 25 i n.).

Skład orzekający Izby w pełni podziela powyższy pogląd – wbrew stanowisku Odwołującego, nie można zaakceptować twierdzenia, że gwarancje PESA nie spełniają wymogu bezwarunkowości.

2. Termin realizacji zobowiązania wynikającego z gwarancji

W odwołaniach kwestionowano termin wypłaty wadium PESA (KIO/UZP 570/09 i 571/09) i TS OPOLE (KIO/UZP 570/09) – określony odpowiednio na 21 i 14 dni, jako nie spełniający wymogu „niezwłoczności”.

W ocenie składu orzekającego Izby tak określonych terminów nie można uznać za wykraczające poza termin „niezwłocznie”. Zarówno obaj Odwołujący, jak i Zamawiający, przywołują bogate piśmiennictwo na temat tego, jaki termin można uznać za „niezwłoczny”. Bezdyskusyjne jest to, że jest to termin o tyle nieokreślony, że oznacza „pierwszy możliwy do realizacji”. Okoliczność, podnoszona przez Odwołującego NEWAG na rozprawie, że procedury obowiązujące u tego samego ubezpieczyciela powinny być prowadzone na takich samych zasadach, a jeden z oddziałów gwaranta określił w gwarancji wadialnej termin wypłaty roszczenia na 14 dni (gwarancja TS Opole), a drugi oddział – na 21 dni (gwarancja PESA) nie ma w ocenie Izby znaczenia dla rozstrzygnięcia. W przypadku takiego określenia terminów trudno znaleźć granicę, który z terminów można uznać za spełniający kryterium „niezwłoczności”. Jak stwierdził sam Odwołujący NEWAG, zależy to od oceny konkretnej sytuacji, a z całą pewnością oceny takiej można dokonać dopiero po zaistnieniu wszystkich okoliczności, mogących mieć wpływ na realizację roszczenia. Niemniej jednak według składu orzekającego Zamawiający miał prawo z góry określić, że pod względem terminu realizacji wszystkie ze złożonych gwarancji mieszczą się w wymaganym terminie określonym w SIWZ jako termin „niezwłocznie”: zarówno gwarancja pozwalająca na realizację zobowiązania w terminie 14 dni, jak i 21 dni, a także gwarancja Odwołującego NEWAG, określająca termin wypłaty wadium jako „niezwłocznie”, co jak sam Odwołujący wskazał, w zupełnie wyjątkowych sytuacjach może potrwać nawet 30 dni, co oznacza, że w pewnych sytuacjach

określenie terminu w dniach może być korzystniejsze dla Zamawiającego, niż określenie terminu jako „niezwłocznie”.

Nie można się zgodzić ze stanowiskiem Odwoływających, 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 wadialnego może nastąpić wcześniej).

3. Termin obowiązywania gwarancji wadialnych a termin związania ofertą

W gwarancji wadialnej złożonej przez NEWAG nie określono wprost, jak prawidłowo zauważył odwołujący TS Opole, początkowego terminu jej obowiązywania. Skład orzekający ustalił, iż w innych gwarancjach podano explicite termin „od...do...”, w kwestionowanej gwarancji zakreślono 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.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nie jest powiązany w ocenie składu orzekającego Izby z przytoczonymi w odwołaniu podstawami faktycznymi podnoszonymi zarzutów – przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych dotyczy odrzucenia oferty wówczas, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W sytuacji, której dotyczyły oba odwołania, nie można było mówić o odrzuceniu oferty ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, bowiem zarzuty odnosiły się do treści gwarancji wadialnej, która nie wchodzi – w ocenie składu orzekającego – w zakres treści oferty, bowiem treść oferty na gruncie Prawa zamówień publicznych należy rozumieć w sposób ścisły, i utożsamiać ją z oświadczeniem wykonawcy, z którego wynika zakres zobowiązania wykonawcy względem Zamawiającego w związku z realizacją przyszłej umowy.

Zarzuty Odwołujących mogły być uznane za uzasadnione tylko wówczas, gdyby były podstawy do uznania, że wadia w formie gwarancji nie zostały wniesione w sposób prawidłowy – a wtedy należałoby wykluczyć wykonawców ze względu na fakt, że nie wnieśli wadium; jednak takie zarzuty w ocenie Izby nie znalazły potwierdzenia w dokumentach będących podstawą rozstrzygnięcia.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Przystępującego, bowiem w ocenie składu orzekającego nie miały one znaczenia dla rozstrzygnięcia.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie par. 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 570/09 i KIO/UZP 571/09 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Zamawiającego, uznając za uzasadnione koszty w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....