Sygn. akt KIO/UZP 130/08

WYROK
z dnia 29 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	**Małgorzata Rakowska**
Członkowie:	**Marek Koleśnikow**
	Lubomira Matczuk - Mazuś
Protokolant:	**Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29.02.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Rodex Sp. z o.o., Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Sokółka, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 40** protestu z dnia 30.01.2008 r.

przy udziale **ENERGOTECHNIKA Sp. z o.o., Warszawa, ul. Chełmżyńska 25** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Rodex Sp. z o.o., Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32**
i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Rodex Sp. z o.o., Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32.**

2) dokonać wpłaty kwoty 1975 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Rodex Sp. z o.o., Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32** na rzecz **Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej, Sokółka, ul. Gen. Wł. Sikorskiego 40**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe Rodex Sp. z o.o., Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32.**

U z a s a d n i e n i e

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji budynków SP ZOZ w Sokółce". Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczono w dniu 16 listopada 2007r. w Biuletynie Zamówień Publicznych UZP 224030-2007.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły dwie oferty.

Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Sokółce zwany dalej „Zamawiającym" dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, o czym powiadomił wykonawców, zamieszczając w dniu 24 stycznia 2008 r. na stronie internetowej ogłoszenie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

W dniu 30 stycznia 2008 r. Odwołujący (pismem z tej samej daty) wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655) zwaną dalej „ustawą Pzp", tj.:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z postępowania,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo nie wniesienia przez tego wykonawcę wymaganego wadium,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, pomimo iż jej treść zawiera sprzeczności i nie odpowiada treści SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. uchylenie decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
3. dokonanie powtórnej oceny ofert i wykluczenie z udziału w postępowaniu Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz o odrzucenie oferty przytoczonej firmy.

Pismem z dnia 31 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu, wskazując 3 dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania protestacyjnego (przedmiotowe pismo Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie otrzymała faksem w dniu 31 stycznia 2008 r.).

Pismem z dnia 4 lutego 2008r. Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 5 lutego 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w tej samej dacie.

W dniu 12 lutego 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, podtrzymując zarzuty i wnioski wskazane w proteście, oraz wnosząc o uwzględnienie odwołania. Przedmiotowe odwołanie Zamawiający otrzymał faksem w dniu 7 lutego 2008 r., a do Prezesa UZP zostało ono nadane w placówce operatora publicznego w dniu 8 lutego 2008 r.

W dniu 28 lutego 2008 r. (pismem z dnia 21 lutego 2008 r.) Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przystąpiła do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z oryginalnymi dokumentami postępowania, złożonymi ofertami oraz po wysłuchaniu wyjaśnień złożonych przez Strony na rozprawie, ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nie wniesienia wadium przez Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie potwierdził się.

Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jako zabezpieczenie oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyła „Aneks Nr 1 do gwarancji ubezpieczeniowej wadium Nr 250000964492 z dnia 6 listopada 2007 r.”, w którym wskazano, iż dotyczy ona postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane: „Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji budynków SPZOZ w

Sokółce" – Nr sprawy: SPZOZ/2TERM/2007", oraz którym zmieniono okres obowiązywania gwarancji wadium na okres „od 07.12.2007 r. do dnia 06.01.2008 r.".

Niewątpliwie z treści przedmiotowego aneksu wynika, iż gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zabezpiecza pokrycie ewentualnych roszczeń Zamawiającego w obecnym postępowaniu, co zostało skonkretyzowane przez wskazanie jego numeru („Nr sprawy: SPZOZ/2TERM/2007"). Sporządzony aneks odnosi się do wcześniej udzielonej gwarancji ubezpieczeniowej i jest zmianą dostosowującą treść umowy do zaistniałych potrzeb, w tym konkretnym przypadku, dostosowuje treść gwarancji ubezpieczeniowej do aktualnego postępowania, co nie jest sprzeczne z obowiązującymi w tym zakresie przepisami.

Dlatego też należy podkreślić, iż „wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) Nr 250000964492 z dnia 6 listopada 2007 r." nie konkretyzuje ściśle postępowania do którego się odnosi. Zawiera jedynie ogólne postanowienie „na roboty budowlane: Zaprojektowanie i wykonanie termomodernizacji budynków SP ZOZ w Sokółce". Dlatego też nieuprawnionym jest zarzut, iż przedmiotowa gwarancja dotyczyła wyłącznie unieważnionego przetargu, nie mogła być aneksowana i nie mogła dotyczyć nowego postępowania.

Aneks został sporządzony w dniu 6 listopada 2007 r. a więc w terminie ważności gwarancji ubezpieczeniowej , która znajdowała się w posiadaniu Zamawiającego. Treść zarówno gwarancji, jak i aneksu do przedmiotowej gwarancji w sposób jednoznaczny określa przedmiot zamówienia, jak również wysokość poręczenia, podmiot, któremu udzielono poręczenia, beneficjenta gwarancji oraz termin jej obowiązywania.

Złożenie wadium w określonym postępowaniu nie oznacza bowiem, iż wadium to nie może być wykorzystane w kolejnym postępowaniu. Skoro bowiem w orzecznictwie ukształtował się pogląd, iż dane zawarte w określonym dokumencie wadialnym, mimo braku uszczegółowienia dają podstawę do uznania, iż odnoszą się do niego, to tym bardziej dają możliwość do jego zmiany. Niewątpliwie w unieważnionym postępowaniu gwarancja ubezpieczeniowa, mimo iż wyraźnie nie wskazywała przez np. wskazanie numeru postępowania, iż odnosi się do tego właśnie postępowania, wskazując wymaganą kwotę zabezpieczała przedmiotowe postępowanie, a przez aneks dotyczy wyłącznie nowego postępowania.

W związku z powyższym należy podkreślić, iż gwarancja ubezpieczeniowa znajdująca się w posiadaniu Zamawiającego, a złożona do wcześniejszego postępowania mimo, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp, jak i postanowieniami SIWZ powinna być zwrócona wykonawcy, może stanowić zabezpieczenie kolejnego postępowania, o ile

stosowny aneks zostanie złożony w terminie ważności wcześniej udzielonej gwarancji. Skoro więc gwarancja ubezpieczeniowa została złożona, nie jako jeden z dokumentów składających się na ofertę, a przed terminem składania ofert, nie została następnie zwrócona przez Zamawiającego ani też wykonawca nie zażądał jej wydania, oznacza to, iż anektowana zabezpiecza nowe postępowanie.

Jednocześnie należy dodać, iż z art.. 45 ust. 3 ustawy Pzp wywieść należy , iż czynność złożenia oferty oraz wniesienia wadium nie muszą być dokonane jednocześnie. Zarówno w pierwszym (unieważnionym), jak i w drugim postępowaniu dokumenty poświadczające wniesienie wadium zostały złożone odrębnie.

Dlatego też Izba uznała, iż wadium zostało wniesione i brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Skład orzekający Izby uznał jednocześnie, iż zarzut dotyczący sprzeczności treści oferty złożonej przez Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, powodujący – zdaniem Odwołującego - jej niezgodność z wymogami SIWZ, nie potwierdził się.

Zamawiający w „Druku nr 1 Formularz Ofertowy", stanowiącym załącznik do SIWZ, zawarł pkt 10 o następującej treści „Oświadczam, że wszystkie nieprzewidziane roboty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia oraz pozycje ujęte w formularzu cenowym z wartością 0, wkalkulowane zostały w ostateczne wynagrodzenie wynikające ze złożonej wyceny ofertowej, a roboty te wykonane zostaną z warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót zgodnie z polskimi normami". Jednocześnie Zamawiający w Rozdziale II SIWZ „Instrukcja dla wykonawcy", punkt 1 „Sporządzenie oferty", podpunkt 1.1., tiret 3 wskazał, iż dokumenty oraz załączniki do SIWZ winny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami oraz muszą odpowiadać ich treści. Wykonawcy zobowiązani więc byli złożyć dokumenty o treści żądanej przez Zamawiającego.

Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie złożyła „Formularz ofertowy" o treści identycznej jak wymagana przez Zamawiającego, w tym punktu 10 formularza. Postanowienie to było traktowane przez Zamawiającego – jak podał w rozstrzygnięciu protestu oraz podniósł na rozprawie - jako postanowienie o charakterze informacyjnym.

Skład orzekający stwierdził, iż istotnie wśród załączników do składanej oferty, SIWZ nie wymagała złożenia załącznika o nazwie „Formularz cenowy", który został powołany w pkt 10 „Formularza ofertowego", niemniej jednak wykonawca nie może ponosić ujemnych skutków prawnych z nietrafnego i niespójnego sformułowania, które niefortunnie wprowadził, i którego wymagał w „Formularzu ofertowym" sam Zamawiający. „Formularz

cenowy” pojawia się bowiem wyłącznie w paragrafie 1 pkt 4 umowy, jako załącznik do jej treści, nie wymagany wcześniej przez SIWZ jako załącznik do składanej oferty.

Skład orzekający Izby nie dopatrzył się także naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uznając za uzasadnione koszty pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 1708 zł. oraz koszty Zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości 267 zł , zgodnie z § 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. Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok- w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

_____

* niepotrzebne skreślić