

Sygn. akt UZP/ZO/0-64/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 17 stycznia 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Helena Słupik**

Arbitrzy: **Tomasz Marcin Błuszkowski**

Leszek Kucharzyk

Protokolant **Katarzyna Kawulska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17.01.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Konsorcjum: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., BSF Luftbild GmbH, Kraków,
ul. Odrzańska 7**

od oddalenia przez zamawiającego **Gmina Miejska Kraków, Urząd Miasta Krakowa,
Kraków, pl. Wszystkich Świętych 3/4**

protestu z dnia 23 grudnia 2005 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., BSF Luftbild GmbH, Kraków, ul. Odrzańska 7**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 148 zł 59 gr**
(słownie: **trzy tysiące sto czterdzieści osiem złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., BSF Luftbild GmbH, Kraków, ul. Odrzańska 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz **xxx**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**
(słownie: **xxx**)
przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP
- 4) dokonać zwrotu kwoty **1 525 zł 41 gr**
(słownie: **jeden tysiąc pięćset dwadzieścia pięć złotych czterdzieści jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Tukaj Mapping Central Europe Sp. z o.o., BSF Luftbild GmbH, Kraków, ul. Odrzańska 7.**

3. Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasta Kraków unieważniła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie numerycznego modelu powierzchni terenu metodą skanowania laserowego (LIDAR) dla miasta Krakowa”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Uczestnik postępowania – Konsorcjum utworzone przez firmy: Tukaj Mapping Central Europa Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie oraz BSF Luftbild GmbH z siedziba w Schonefeld zwane dalej Odwołującym, reprezentowane przez ustanowionego pełnomocnika (pełnomocnictwo w aktach sprawy) zaskarżyło czynność unieważnienia postępowania przez wniesienie protestu z dnia 23 grudnia 2005r. zarzucając naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 z późn. zm.).

Naruszenie to wyraziło się w bezpodstawnym unieważnieniu postępowania ze względu na powołaną przez Zamawiającego przyczynę, tj. wadę uniemożliwiającą, w ocenie Zamawiającego, zawarcie ważnej umowy z powodu braku możliwości dotrzymania terminu realizacji umowy, który zgodnie z SIWZ oraz zarejestrowanym wzorem umowy został ustalony na dzień 14.12.2005r.

Odwołujący podnosi, iż przedmiotowe postępowanie nie jest obarczone żadną wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego a co najwyżej trudnym mogłoby być wykonanie przez Wykonawcę zawartej już umowy w określonym terminie. Powołując się na orzecznictwo Zespołu Arbitrów dodaje, że podstawą unieważnienia przetargu może być wyłącznie wada zaistniała w postępowaniu uniemożliwiająca zawarcie umowy, przy czym koniecznym jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy tą wadą a niemożnością zawarcia umowy.

Ponadto wskazując na art. 144 podnosi, iż możliwa jest również zmiana terminu wykonania umowy przed zawarciem umowy z uwagi na okoliczności, których nie można było wcześniej przewidzieć.

Poza tym zarzucił, iż wbrew jego zastrzeżeniu zostały ujawnione przez Zamawiającego osobom trzecim elementy mające wpływ na wysokość wynagrodzenia.

Dodaje, że tego typu praktyka tj. ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa innym uczestnikom postępowania narusza zasadę art. 7 ust. 1 przez uniemożliwienie innym Wykonawcom zweryfikowania swoich ofert.

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu w terminie co poczytuje się za jego oddalenie.

Nie godząc się z decyzją Zamawiającego, Wykonawca wniósł w dniu 02.01.2006r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i uzasadnienie prawne podniesione w proteście.

Zespół Arbitrów na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie nie jest uzasadnione.

W ocenie Zespołu Arbitrów w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający miał podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W sprawie nie jest sporne, że termin wykonania przedmiotu zamówienia według zapisów SIWZ i projektu umowy został określony na konkretną datę, tj. do 14.12.2005r.

Tak też termin ten podali oferenci zawierając swoje oświadczenie w treści oferty, iż zobowiązanie zostanie wykonane w określonym terminie, tj. do 14.12.2005r. W związku z protestem innego wykonawcy wniesionym w dniu 24.11.2005r., koniecznością jego rozpatrzenia możliwość zawarcia umowy zaistniała dopiero w dniu 06.12.2005r.

Z ustaleń dokonanych w przedmiotowej sprawie wynika, iż zawarcie umowy w ww. terminie również nie było możliwe, albowiem pełnomocnik Odwołującego mógł to uczynić dopiero w dniu 12.12.2005r.

Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, jego charakter, zakres - w okolicznościach niniejszej sprawy zaistniała sytuacja, iż niemożliwym stanie się udzielenie zamówienia, tj.

zawarcie prawnie skutecznej umowy zgodnie z warunkami określonymi w przetargu i zgodnie z treścią oferty, albowiem niemożliwym stanie się wykonanie zamówienia w ciągu dwóch dni.

Dla oceny sytuacji zaistniałej w przedmiotowym postępowaniu należy wskazać na art. 140 ust. 1 pzp, który stanowi, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Termin wykonania zamówienia niewątpliwie jest jednym z elementów treści oferty, a więc wchodzi w zakres zobowiązania zawartego w ofercie.

Powyższe ustalenie przesądza, iż prowadzone przez Zamawiającego postępowanie obarczone jest wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wadą postępowania jest obiektywny brak możliwości zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach zobowiązania ofertowego, którego istotnym elementem jest termin wykonania umowy. Nie można żądać, aby Zamawiający przed zawarciem umowy zmienił ją (zmienił termin wykonania) przyjmując, że ma prawo to uczynić w oparciu o art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. uznając, iż istnieje taka możliwość przed zawarciem umowy z uwagi na okoliczności, których nie można było przewidzieć wcześniej.

Zespół Arbitrów nie podziela interpretacji normy zawartej w art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dokonanej przez Odwołującego, albowiem przepis ten ma zastosowanie do już zawartej i wykonywanej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z kolei rozważając możliwość zawarcia umowy z terminem wykonania podanym w ofercie, a następnie jego natychmiastowa zmiana aneksem i ustalenie nowego terminu umożliwiającego realizację umowy byłoby obejściem przepisów art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponieważ okoliczność powodująca konieczność zmiany umowy, tj. brak możliwości wykonania umowy w terminie zadeklarowanym w ofercie był już znany Zamawiającemu w momencie podpisywania umowy. W tej sytuacji, biorąc pod uwagę treści ust. 2 art. 144 ustawy dokonana zmiana byłaby nieważna.

W ocenie Zespołu Arbitrów, biorąc pod uwagę zakres i charakter przedmiotu zamówienia i realny termin pozostały do wykonania zamówienia, zgodnie z treścią oferty – doszłoby do zawarcia umowy nie możliwej do wykonania. Oczywistym jest bowiem, że prawnie skuteczną umowę, tj. nie obciążoną wadą, można zawrzeć zgodnie z treścią oferty, której istotnym elementem jest termin wykonania.

Biorąc pod uwagę art. 387 KC w związku z art. 14 ustawy Prawo zamówień publicznych umowa o świadczenie niemożliwe jest nie ważna. Umowa może być dotknięta nieważnością (bezwzględna), jeżeli świadczenie dłużnika przewidziane w umowie jest niemożliwe do wykonania (patrz Komentarz tom I do art. 387 kc pod red. Pietrzykowskiego; Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999).

Co się zaś tyczy zarzutu naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa to nie był on przedmiotem rozpoznania, albowiem Zespół Arbitrów nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście (art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący Zespołu Arbitrów:

Arbitrzy:

.....

¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.