Sygn. akt UZP/ZO/0-1327/05

# WYROK

## Zespołu Arbitrów z dnia 13 czerwca 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Ryszard Paweł Krawczyk**

Arbitrzy: **Jarosław Michał Cichowski**

**Alicja Dominika Caban**

Protokolant **Katarzyna Kawulska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13.06.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ComputerLand S.A., Geomar S.A., Hansa Luftbild Konsulting International, GmbH, KPG Sp. z o.o., OPGK Geomap Sp. z o.o., PMG Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

od oddalenia przez zamawiającego **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa, Al. Jana Pawła II 70**

protestu z dnia 17 maja 2005 r.

**orzeka:**

1. *Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonania ponownej oceny i badania ważnych ofert.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa, Al. Jana Pawła II 70**

   i nakazuje:

   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 350** zł **59** gr

      (słownie: **trzy tysiące trzysta pięćdziesiąt złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

      z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: ComputerLand S.A., Geomar S.A., Hansa Luftbild Konsulting International, GmbH, KPG Sp. z o.o., OPGK Geomap Sp. z o.o., PMG Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

   2) dokonać wpłaty kwoty **7 010** zł **59** gr

      (słownie: **siedem tysięcy dziesięć złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

      przez **Agencja Restrukturyzacji i Modernizacji Rolnictwa, Warszawa, Al. Jana Pawła II 70** na rzecz **Konsorcjum: ComputerLand S.A., Geomar S.A., Hansa Luftbild Konsulting International, GmbH, KPG Sp. z o.o., OPGK Geomap Sp. z o.o., PMG Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 180**

   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 **1 323** zł **41** gr

      (słownie: **jeden tysiąc trzysta dwadzieścia trzy złote czterdzieści jeden groszy**)

      z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ComputerLand S.A., Geomar S.A., Hansa Luftbild Konsulting International, GmbH, KPG Sp. z o.o., OPGK Geomap Sp. z o.o., PMG Sp. z o.o., Warszawa, Al. Jerozolimskie 180.**

3. Uzasadnienie

*Dnia 17 maja 2005 roku Wykonawca Computerland S.A z siedzibą w Warszawie Al. Jerozolimskie 180, 02-486 Warszawa działający w imieniu konsorcjum utworzonego przez:*

1) *Computerland S.A z siedzibą w Warszawie, Al. Jerozolimskie 180,*
2) *Geomar S.A. z siedzibą w Szczecinie. Ul Monte Cassino 18a, 70-467 Szczecin,*
3) *KPG sp. z o.o. z siedziba w Krakowie, ul Mogilska 80, 31-546 Kraków z siedzibą ul. Dobrego Pasterza 203D, 31-416 Kraków,*
4) *Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno –Kartograficzne GEOMAP sp zo.o., Zielona Góra ul. Krośnieńska 3, 65 -625 Zielona Góra,*
5) *Przedsiębiorstwo Miernictwa Górniczego sp.z o.o., Katowice, ul. Mikołowska 100A, 40-065 Katowice,*

*złożył protest w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego o wartości powyżej 5000 000 Euro prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na modernizację baz danych Systemu Identyfikacji Działek Rolnych (LPIS) w tym opracowanie postaci wektorowej danych graficznych z integracją z częścią opisową.*

- *ComputerLand S.A w imieniu konsorcjum złożyło protest wobec następujących czynności Zamawiającego tj. Agencji Modernizacji i Restrukturyzacji Rolnictwa, Al. Jana Pawła II 70, 00-175 Warszawa*

*1) na wybór najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Land Studio Sp, z o.o., Tukaj Mapping Central Europa Sp. z o. o. BSF Luftbild GmbH,-Okręgowe Przedsiębiorstwo Geodezyjno-Kartograficzne w Bydgoszczy Sp. z o.o., GiSmatic Sp. z o.o.. zwanego dalej „Land Studio".*

*2) na zaniechanie wykluczenia wykonawcy Land Studio i odrzucenia jego oferty.*

- *Czynnościom Zamawiającego zarzuciło:*

*1) naruszenie przepisów art. 7 ust. l w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Land Studio, pomimo, że nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,*

*2) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art.24 ust. 2 pkt 4, w związku z art. 45 ust. 6 ustawy, poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Land Studio, pomimo, że nie wniósł wadium w wymaganej formie,*

*3) naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem, art. 89 ust. 1 pkt. l ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Land Studio, pomimo, że jest niezgodna z ustawą.*

*4) W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes prawny Protestującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta Protestującego powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W ten sposób Zamawiający pozbawił Protestującego możliwości uzyskania niniejszego zamówienia. Powyższe dowodzi naruszenia interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy do wniesienia niniejszego protestu.*

*5) Protestujący powziął wiadomość o czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 10 maja 2005 r., z treści pisma Zamawiającego. Niniejszy protest jest wnoszony do Zamawiającego w dniu 17 maja 2005 r., co oznacza, że Protestujący uczynił zadość wymaganiom art. 180 ust. 2 ustawy,*

*6) Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:*

*1) uwzględnienie protestu,*

*2) unieważnienie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,*

*3) wykluczenie wykonawcy Land Studio i odrzucenie jego oferty,*

*4) dokonanie czynności ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert,*

** 1. Odwołujący się podnosi, że naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nastąpiło poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Land Studio - pomimo, że nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w/z z powyższym Odwołujący podnosi w proteście co następuje.*

*1) Odpis z rejestru handlowego załączony dla BSF Luftbild GmbH nie zawiera informacji o tym, że nie otwarto likwidacji ani nie ogłoszono upadłości tego wykonawcy.*

*2) Brak jest dokumentu lub oświadczenia zaświadczającego o nie zaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne BSF Luftbild GmbH,*

** 2. Wymagania SIWZ w zakresie potencjału technicznego, rozdz. III,1 pkt. 6 lit. E nakazuje zestawić wg Załącznika nr 5a - 5 (pięć) cyfrowych fotogrametrycznych stacji roboczych, z których przynajmniej jedna musi spełniać wymagania stawiane stacji do aerotriangulacji. Dla każdej stacji należy wykazać jej typ oraz numer fabryczny. Zapis SIWZ, rozdz. III 1 pkt, 8 nakazuje podwoić wymagania wymienione w pkt. 5 i 6 w zakresie potencjału kadrowego i technicznego w przypadku składania oferty na część I i II zamówienia.*

*Zatem należy odczytywać wymóg rozdz. III,1 pkt, 6 lit. E następująco: - 10 (dziesięć) cyfrowych fotogrametrycznych stacji roboczych, 2 - których przynajmniej dwie muszą spełniać wymagania stawiane stacjom do aerotriangulacji- Dla każdej stacji należy wykazać jej typ oraz numer fabryczny.*

*W załączonym Wykazie potencjału technicznego wykazano stacje do aerotriangulacji, tylko dla jednej z nich wykazując numer licencji. W pozostałych*

*przypadkach zastrzeżono ten numer nie podając go w ofercie do wiadomości Zamawiającemu.*

** 3. W Wykazie potencjału kadrowego część c) Osoba z doświadczeniem w zarządzaniu projektem brak jest w pozycji 1 dla projektu 2 wskazania Nazwy ukończonego kursu wraz z adresem instytucji prowadzącej / numer i rodzaj dokumentu ukończenia. Wskazany brak narusza zapisy SIWZ rozdz. III.1 pkt 5 lit. F.*

** 4. Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4, w związku z art. 45 ust 6 ustawy/ poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy Land Studio/ pomimo, że nie wniósł wadium w wymaganej formie, podnieść należy co następuje-*

*Zgodnie z rozdz. V, I SIWZ wykonawca składający ofertę na II część zamówienia obowiązany był wnieść wadium w wysokości 80.000 zł.*

*W ofercie Land Studio znajduje się gwarancja udzielona przez spółkę działająca w oparciu o prawo szwajcarskie. Jako prawo właściwe dla gwarancji wskazano prawo szwajcarskie. Z treści gwarancji przetargowej nie wynika czy jest to gwarancja bankowa, czy też ubezpieczeniowa.*

*Zgodnie z art. 45 ust. 6 ustawy Pzp wadium może zostać złożone m.in. w postaci gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Obie te instytucje uregulowane zostały w polskim ustawodawstwie odpowiednio; gwarancja bankowa w ustawie Prawo bankowe, gwarancja ubezpieczeniowa w ustawie o dzielności ubezpieczeniowej, oznacza to zdaniem Odwołującego się, iż jedynie gwarancje odpowiadające wymogom określonym w tych aktach prawnych mogą zostać uznane za gwarancje bankowe albo ubezpieczeniowe. Zastrzeżenie w treści gwarancji,*

*iż podlega ona ustawodawstwu obcemu, powoduje, iż gwarancji takiej nie można uznać za gwarancję bankową ani ubezpieczeniową w rozumieniu polskiego ustawodawstwa. Podkreślić trzeba, że gwarancja załączona do oferty Land Studio została wystawiona przez spółkę działającą w oparciu o prawo obce, taka zaś spółka nie może zostać uznana za bank bądź zakład ubezpieczeń w rozumieniu polskiego ustawodawstwa.*

*Odwołujący wskazuje także na fakt, iż gwarancja załączona do oferty Land Studio nie zapewnia Zamawiającemu zatrzymania wadium w przypadku, gdy którykolwiek z członków konsorcjum (z wyjątkiem lidera) wycofa się i nie podpisze umowy. Gwarancja nie mówi bowiem o konsorcjum, lecz o jednej z firm wchodzących w jego skład. Przypomnieć trzeba, że to nie lider jest upoważniony do zawarcia umowy w imieniu konsorcjum, tylko osoba fizyczna Pan Aleksander Żarkowski. Odmowa zawarcia umowy przez lidera nie mogłaby więc zostać potraktowana jako odmowa zawarcia umowy przez całe konsorcjum.*

** 5. Odnosząc się do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Land Studio, pomimo, że jest niezgodna z ustawą, podnieść należy co następuje. Kopie dokumentów dotyczące BSF Luftbild GmbH oraz Pana Philippe von Ehrenberg powinny być poświadczone za zgodność z oryginałem. Tymczasem dokumenty te opatrzone są pieczęcią z nazwą wykonawcy, podpisem, datą oraz sformułowaniem w języku obcym „conform with original". Powyższe oznacza, iż naruszone zostały przepisy art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Użycie w obrocie prawnym języka obcego na terytorium Rzeczpospolitej Polskiej, gdy jedną ze stron jest podmiot polski (Zamawiający) narusza przepis art. 7 ust. 1 oraz 3 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim.*

*Zamawiający otrzymał zawiadomienie o oddaleniu protestu w dniu 23 maja 2005 roku, a w dniu 25 maja złożył odwołanie do prezesa UZP, podtrzymując swoje zarzuty wyrażone w punktach 2-5 protestu.*

*Zespół Arbitrów zauważył, co następuje:*

1. *Zgodnie z wymogiem rozdziału III 1 pkt. 6 lit E SIWZ potencjał techniczny wykonawcy musi odpowiadać co najmniej 10 cyfrowym fotogrametrycznym stacjom roboczym, z których przynajmniej dwie muszą spełniać wymagania stawiane stacjom do aerotriangulacji. Stacje te należało zestawić w/g Załącznika 5a wskazując dla każdej stacji jej nazwę, producenta i numer licencji. Konsorcjum Land Studio nie wykazało w poz. 6-12 Załącznika 5a numerów licencji dla zestawionych stacji. Tym samym nie można było wliczać tych stacji do potencjału technicznego. Twierdzenie Zamawiającego, że takie stacje zostały zestawione w poz. 4 i 5 Załącznika 5a jest nieścisłe. Stacja spełniająca wymóg SIWZ została zestawiona w poz. 5 Załącznika 5a i wyraźnie oznaczona jako stacja do aerotriangulacji. Natomiast w pozycji 4 Załącznika 5a brak jest ścisłej informacji, że stacja ta ma charakter stacji do aerotriangulacji – nie wynika to wprost z oferty Konsorcjum firm" Land Studio" (str. 312 i 313 oferty).*

   *W związku z powyższym oferta Konsorcjum firm „Land Studio" jako naruszająca art. 89 ust. 1 pkt 2 powinna być odrzucona.*

2. *Zespół Arbitrów nie uwzględnia dwóch pozostałych zarzutów Odwołującego się, a mianowicie:*

*Zgodnie z prawem międzynarodowym prywatnym strony umowy mogą postanowić jakie prawo będzie stosowane, gdy tego nie postanowią, stosowane jest prawo państwa, w którym zobowiązanie ma być wykonane – art. 26 – 27 ustawy z dnia 12 listopada 1965 roku – Prawo prywatne międzynarodowe.*

*Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że wadium może być wniesione w formie gwarancji bankowej udzielonej przez bank zagraniczny. W tym przypadku zastosowanie mają postanowienia Jednolitych Zasad gwarancji bankowych ustalonych przez Międzynarodową Izbę Handlową w Paryżu w 1978 roku lub postanowienia Jednolitych Zasad dotyczących gwarancji bankowych na pierwsze żądanie z 1992 roku. W tym zakresie prawo szwajcarskie jest zgodne z prawem międzynarodowym, a gwarancja wystawiona przez UBS AG ma charakter nieodwoływalny i bezzwrotny.*

*Przyjęcie gwarancji od banku zagranicznego nie jest sprzeczne z ustawą Prawo zamówień publicznych. Klauzula, że gwarancja bankowa podlega prawu obcemu (szwajcarskiemu) oznacza tylko, że w przypadku sporu związanemu z roszczeniami z tytułu udzielonej gwarancji, sądem, przed którym dochodzone zostanie roszczenie, będzie sąd szwajcarski. Gwarancja ma charakter stosunku o charakterze zobowiązaniowym. W związku z tym strony umowy w obrocie międzynarodowym mogą wybrać umownie prawo właściwe dla danego stosunku zobowiązaniowego. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 45 stanowi ogólnie o gwarancjach bankowych jako jednej z form wadium. Zgodnie z wykładnia systemową należy przyjąć, że chodzi o gwarancje w rozumieniu art. 80 i następnych Prawa bankowego z 29 sierpnia 1997 roku.(por. E. Norek, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Wyd. prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2004).*

*Polskie prawo bankowe jest w tym zakresie zgodne z prawem międzynarodowym.*

***3.***

*Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, iż Zamawiający nie naruszył art. 7 w/z z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dopuszczenie do prowadzenia postępowania w sposób niezgodny z art. 9 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Kopie dokumentów dotyczące firmy BSF Luftbild GmbH zostały poświadczone stosownymi podpisami i pieczęciami. Tłumacz przysięgły języka niemieckiego (np. str. 82 oferty) przetłumaczył znaczenie słów „conform with original", jako potwierdzenie za zgodność z oryginałem. Użycie sformułowania „conform with original" ( potwierdzenie w oryginale) nie narusza zasady powadzenia postępowania w języku polskim, a odmienne twierdzenie Odwołującego się jest nadużyciem prawa.*

*Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.*

*O kosztach postępowania orzeczono stosowanie 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 **.....**[1]

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: .....

Arbitrzy: .....

.....

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