

Sygn. akt UZP/ZO/0-1338/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 16 czerwca 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Ryszard Paweł Krawczyk**

Arbitrzy: **Witold Edmund Witowski**

Paweł Krzykowski

Protokolant **Rafał Oksiński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16.06.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Aplikom 2001 Sp. z o.o. Łódź, ul. Skrzywana 9

od oddalenia przez zamawiającego **Miasto Gliwice Gliwice, ul. Zwycięstwa 21**

protestu z dnia 23 maja 2005 r.

orzeka:

1. *Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Miasto Gliwice Gliwice, ul. Zwycięstwa 21**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 910 zł 59 gr**
(słownie: **dwie tysiące dziewięćset dziesięć złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)
z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Aplikom 2001 Sp. z o.o. Łódź, ul. Skrzywana 9**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 910 zł 59 gr**
(słownie: **dwie tysiące dziewięćset dziesięć złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)
przez **Miasto Gliwice Gliwice, ul. Zwycięstwa 21** na rzecz **Aplikom 2001 Sp. z o.o. Łódź, ul. Skrzywana 9**
- 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 **1 763 zł 41 gr**
(słownie: **jeden tysiąc siedemset sześćdziesiąt trzy złote czterdzieści jeden groszy**)
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Aplikom 2001 Sp. z o.o. Łódź, ul. Skrzywana 9.**

3. Uzasadnienie

Dnia 23 maja 2005r. Wykonawca „ Aplikom 2001” Sp. z o.o. z/s w Łodzi złożył protest na czynności Zamawiającego - Miasto Gliwice tj. punkt 6.5 SIWZ uznając, że postanowienie SIWZ w tym zakresie stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji w rozumieniu art. 22 ust. 3 w związku z art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez zamieszczenie w postanowieniach SIWZ nieobiektywnych kryteriów i warunków zamówienia. Uczestniczący w postępowaniu Wykonawca powziął informacje będącą podstawą do wniesienia niniejszego protestu w dniu 16 maja 2005r.

Zamawiający w SIWZ oczekuje w punkcie 6.5 od Wykonawcy współpracy z podmiotami, twórcami aplikacji eksploatowanymi przez Zamawiającego bez zaangażowania finansowego Zamawiającego, wskazując jednocześnie jeden z podmiotów Spółkę KPG z Krakowa. Jest to warunek, którego spełnienie uzależnione jest od woli przynajmniej dwóch podmiotów. Zdaniem Odwołującego się Zamawiający nie może uzależniać w świetle art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zasad logiki sposobu realizacji zamówienia przez Wykonawcę od aktu woli osoby trzeciej, która może takowej woli nie wyrazić, bądź uzależnić ją od dodatkowego trudnego do sprecyzowania na poziomie składania ofert przez wykonawców obciążenia finansowego. Zdaniem Wykonawcy treść punktu 6.5 może przyczynić się do preferowania wykonawców, będących twórcami aplikacji eksploatowanych przez zamawiającego bądź wykonawców, z którymi mogą się łączyć różnego rodzaju powiązania natury formalnej lub nieformalnej. Powyższe fakty zdaniem Odwołującego się uniemożliwiają Wykonawcy szacunkową ocenę ewentualnych kosztów dodatkowych związanych z realizacją zamówienia, a także powodują niemożność racjonalnego z ekonomicznego punktu widzenia, oszacowania i złożenia oferty przez Wykonawcę.

Odwołujący w związku z brzmieniem punktu 6.5 SIWZ zażądał unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Dnia 30 maja 2005r. Zamawiający uznał protest poprzez wykreślenie na podstawie 38 pkt 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych punktu 6.5. SIWZ, nie uwzględnił jednak żądania Wykonawcy unieważnienia postępowania. Dnia 30 maja 2005r. Wykonawca złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie. Wykonawca wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Wykonawcy wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy jest brzmienie punktu 6.4 SIWZ. Wykonawca nie dysponuje dokumentacją techniczną systemu mapy numerycznej, co w konsekwencji oznacza

konieczność podjęcia współpracy z podmiotem dysponującym tą dokumentacją w celu wykonania zamówienia.

Zespół Arbitrów zauważył, co następuje:

Rozstrzygając odwołanie Wykonawcy należy najpierw rozstrzygnąć wątpliwości natury formalnej:

- Odwołujący formułując protest pozostaje w błędzie co do cytowanego art. 22 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Artykuł 22 nie ma ust. 3. Odwołującemu chodzi zapewne o art. 22 ust. 2 wskazujący, iż zamawiający nie może określać warunków udziału w postępowaniu w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję.

- Zespół Arbitrów wskazuje na pozorną sprzeczność protestu i odwołania. W jednym i drugim przypadku Odwołujący się wnosi o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Należy zauważyć, że Zespół Arbitrów nie może orzekać „co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście”. W istocie Zespół Arbitrów orzeka co do przedmiotu odwołania, a zatem co do żądania w nim zawartego – żądanie to jest wyraźnie sprecyzowane – unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych. W związku z powyższym Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że powoływanie się na postanowienie punktu 6.4 SIWZ przez Odwołującego się nie stanowi rozszerzenia odwołania, ale stanowi dodatkowy argument mający przemawiać zdaniem Odwołującego się za zasadnością żądania.

- Zespół Arbitrów zajął stanowisko, iż złożenie protestu faksem w dniu 23.05.2005r. a następnie potwierdzenie go wysłaniem w dniu 24.05.2005r. listu jest skuteczne mimo, że jest nieprawidłowe. Protest jest oświadczeniem woli w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego, oświadczeniem skierowanym do Zamawiającego zgodnie z art. 61 § 1 zdanie 1 k.c. „oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie jest złożone z chwilą, gdy doszło do niej w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią”. Art. 180 ust. 2 zdanie 2 ustawy - Prawo

zamówień publicznych stanowi: „protest uważa, że za wniesiony z chwilą gdy doszedł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł się on zapoznać z jego treścią Oznacza to, że protest będzie wniesiony z chwilą skutecznego przesłania go Zamawiającemu, a data wniesienia protestu faksem w tym przypadku 23 maja 2005r. jest ostatnim dniem 7 dniowego terminu do jego wniesienia. Ustawa - Prawo zamówień publicznych w art. 180 wymaga, aby protest był wniesiony w formie pisemnej, wniesienie protestu w innej formie stanowi uchybienie temu przepisowi. Sankcje w tym zakresie wynikają z art. 73 § 1 k.c. - „jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy gdy ustawa przewiduje rygor nieważności. Przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych takiego rygoru nie przewidują. Zespół Arbitrów w związku z powyższym stoi na stanowisku, że wniesienie protestu drogą faksową mimo, iż jest nieprawidłowe jest skuteczne. Także sam Zamawiający podnosząc tę kwestię, uznał jednakże w części protest Odwołującego się, wykreślając ze specyfikacji na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych kwestionowany pkt 6.5 SIWZ, choć nie zgodził się na całkowite żądanie Odwołującego, tj. na unieważnienie postępowania. Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, że złożenie protestu faksem w ustawowym terminie do złożenia protestu jest skuteczne, jeżeli zostanie potwierdzone następnie niezwłocznie na piśmie. W analizowanym przypadku mamy do czynienia z taką sytuacją (por. uchwała SN z dnia 2.10.2002r. sygn. III PZP 17/02 publikowana w OSNP z 2003r. nr 20, poz.481).

Odnosząc się do żądań merytorycznych Odwołującego się Zespół Arbitrów podziela pogląd Wykonawcy, że wykreślenie ze SIWZ punktu 6.5 jest zabiegiem formalnym i nie stanowi uwzględnienia protestu. Kryterium i warunki zamówienia zawarte w punkcie 6. 4 SIWZ nie mają charakteru obiektywnego oraz mogą utrudniać uczciwą konkurencję. Warunek zawarty w punkcie 6.4 SIWZ ma charakter dyskryminujący, ograniczający zasadę uczciwej konkurencji. Zamawiający nie posiada licencji na dokumentację techniczną systemu mapy numerycznej, co w

konsekwencji oznacza konieczność zakupu tej licencji lub współpracy z podmiotem ją posiadającym. Podmiot posiadający prawa autorskie do systemu mapy numerycznej będzie w każdym przypadku uprzywilejowany (ze względów finansowych) w ewentualnym ubieganiu się o uzyskanie powyższego zamówienia publicznego. Postępowanie, w którym jeden podmiot z przyczyn technicznych ma uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych wykonawców obarczone jest wadą, gdyż Zamawiający nie jest w stanie przygotować i przeprowadzić postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. Nie są zatem zachowane zasady wynikające z art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Zamawiający obowiązany jest unieważnić postępowanie na podstawie przesłanek wynikających z art. 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy o zamówieniach publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z treścią art. 191 ust. 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.