

Sygn. akt UZP/ZO/0-3201/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 8 listopada 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Wacław Markowicz**

Arbitrzy: **Anna Monika Jędrzejewska**

Rafał Krzysztof Zygmunt

Protokolant **Piotr Jabłoński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08.11.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

COMBIDATA POLAND Sp. z o.o. Sopot, ul. E. Plater 12

od odrzucenia przez zamawiającego **Fundacja "Fundusz Współpracy" Warszawa, ul.**

Górnośląska 4a

protestu z dnia 13 października 2005 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **COMBIDATA POLAND Sp. z o.o. Sopot, ul. E. Plater 12**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 013 zł 59 gr**
(słownie: **trzy tysiące trzynaście złotych pięćdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczzonego przez **COMBIDATA POLAND Sp. z o.o. Sopot, ul. E. Plater 12**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 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 **1 660 zł 41 gr**
(słownie: **jeden tysiąc sześćset sześćdziesiąt złotych czterdzieści jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz
COMBIDATA POLAND Sp. z o.o. Sopot, ul. E. Plater 12.

3. Uzasadnienie

COMBIDATA POLAND sp. z o.o. w Sopocie (Odwołujący) w dniu 13 października 2005 r. wniósł do Fundacji „Fundusz Współpracy” w Warszawie (Zamawiający) prowadzącej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Szkolenie oraz nadzór nad wdrożeniem systemu ksiąg wieczystych” w ramach projektu Phare PL2003/004-379/01.11 Zintegrowany System Katastralny – faza III. W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że naruszył art.

38 ust. 5 i 6 Prawa zamówień publicznych. Uzasadniając protest odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 1 września 2005 r. zadała pytanie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które dotyczyło możliwości potwierdzenia posiadania potencjału technicznego poprzez wskazanie na formularzu załącznika nr 2 warunkowego zakupu wymaganego specyfikacją sprzętu. Odpowiadając na pytanie Zamawiający w piśmie z dnia 29 września 2005 r. wskazał, że wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki nie zaś, że zamierza je spełniać. Ponadto wskazał, że do spełnienia warunków konieczne jest wykazanie posiadania w rozumieniu art. 336 Kodeksu cywilnego. Wyjaśnienia te w ocenie Odwołującego stały w sprzeczności z treścią SIWZ, gdzie w odniesieniu do potencjału technicznego użyto określenia „dysponowanie” sprzętem, a nie posiadanie w rozumieniu art. 336 k.c. W tym stanie rzeczy w dniu 30 września 2005 r. Odwołujący wystąpił z kolejnymi pytaniami dotyczącymi kwestii potwierdzenia zapewnienia stosownego potencjału technicznego. Odwołujący wniósł o potwierdzenie, czy zawarcie umowy najmu, dzierżawy lub sprzedaży pod warunkiem zawieszającym w sposób wystarczający udokumentuje wymagane posiadanie sprzętu.

Na tak postawione pytanie Zamawiający pismem z dnia 6 października 2005 r. udzielił odpowiedzi twierdzącej. W ocenie odwołującego doszło tym samym do udzielenia przez Zamawiającego sprzecznych odpowiedzi. Odpowiedzi te zaważyły na formułowaniu treści oferty przez wykonawcę wpływając na wartość oferty. W wyniku tych odpowiedzi doszło do:

- 1) sprzeczności pomiędzy obiema odpowiedziami;
- 2) zmiany warunków potwierdzających spełnienia wymagań w zakresie praw do potencjału technicznego stanowiącego modyfikację SIWZ, która winna skutkować przedłużeniem terminu składania ofert;
- 3) zmiany SIWZ pośrednio powodującej zmianę warunków udziału w postępowaniu poprzez możliwość kształtowania ceny usługi w sposób odmienny niż dotychczas potwierdzały to wyjaśnienia i odpowiedzi Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił również, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania z dnia 30 września 2005 r. w zakresie równoważnego technicznie rozwiązania jako potwierdzenia posiadania odpowiedniego potencjału technicznego zmodyfikował SIWZ, co powinno skutkować przedłużeniem terminu składania ofert. Zmiana ta polegała w ocenie Odwołującego na ograniczeniu w odpowiedzi na pytanie, możliwości równoważnych technicznie rozwiązań wyłącznie do ilości zestawów serwerów, co nie wyczerpuje równoważnych technicznie rozwiązań.

Zarzucił Zamawiającemu ponadto, że został naruszony art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez utrudnianie złożenia atrakcyjnej oferty oferentom, którzy wymaganego przez Zamawiającego sprzętu nie posiadali na własność. Oferenci tacy mieli tylko kilka godzin na złożenie oferty uwzględniającej odpowiedzi Zamawiającego, co stawiało takich oferentów w gorszym położeniu od oferentów, którzy sprzęt posiadają i nie mają potrzeby rekonfiguracji oferty spowodowanej uzyskanymi od Zamawiającego wyjaśnieniami.

Podnosząc powyższe zarzuty odwołujący wniósł o unieważnienie postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych wobec braku możliwości zmiany postanowień SIWZ na skutek upływu terminu otwarcia ofert.

Zamawiający pismem z dnia 18.10.2005 r. odrzucił protest uznając, że został wniesiony po terminie.

Odwołanie od odrzucenia protestu Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 24.10.2005 r. (data stempla pocztowego). W odwołaniu Odwołujący wskazał, że protest wniósł w terminie bowiem przesłał go faksem w dniu 13 października 2005 r. o godz. 20⁰¹. Zamawiający mógł zatem zapoznać się z jego treścią.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty i wnioski złożone w proteście.

Zespół Arbitrów na podstawie przedłożonej na rozprawie dokumentacji z postępowania, złożonych wyjaśnień przez strony oraz akt sprawy zważył, co następuje:

Przed wszystkim Zespół Arbitrów musiał odpowiedzieć na pytanie, czy przekazanie protestu do Zamawiającego w dniu 13.10.2005 r. o godzinie 20:01 faksem można uznać za skuteczne wniesienie protestu.

W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych protest uważa się za wniesiony z chwilą gdy doszedł on do Zamawiającego w taki sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią. W tym kontekście protest uznać należało za wniesiony w terminie, bo jego treść została doręczona do siedziby Zamawiającego siódmego dnia. Protest jako oświadczenie woli, które ma być złożone drugiej stronie, jest złożone z chwilą, gdy doszło do tej osoby w taki sposób, że mogła zapoznać się z jego treścią (art. 61 Kc). Rozwiązanie to ma ten walor, że czyni skutecznym doręczenie protestu z chwilą , gdy Zamawiający mógł zapoznać się z jego treścią. Chwila faktycznego zapoznania się przez Zamawiającego z jego treścią jest bez znaczenia prawnego dla skuteczności jego wniesienia. Skoro zatem Odwołujący przesłał faksem protest w dniu 13.10.2005 r. i niezwłocznie potwierdził to pisemnie (tego samego dnia jak wynika z potwierdzenia nadania listu poleconego nr 24 309 z dnia 13.10.2005 r.) to uznać należało, że protest został wniesiony w terminie. Termin do wniesienia protestu upłynął bowiem o godzinie 24:00 w dniu 13.10.2005 r.

Rozpatrując natomiast zarzuty Odwołującego Zespół Arbitrów uznał, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Podstawowym zarzutem Odwołującego jest zaniechanie przez Zamawiającego przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na dokonaną w dniu 06.10.2005 r. modyfikację SIWZ. Polegać ona miała na tym, że Zamawiający uznał za wystarczające do potwierdzenia warunku

posiadania odpowiedniego potencjału technicznego zawarcie umowy najmu lub dzierżawy sprzętu pod warunkiem zawieszającym co stało w sprzeczności z wcześniejszymi jego wyjaśnieniami z których wynikało, że wykonawcy powinni mieć tytuł prawny do posiadania w znaczeniu art. 336 Kc. Odwołujący wywodził, że takim oświadczeniem Zamawiający zmodyfikował SIWZ w stopniu który wywoływał konieczność zmiany przygotowanej oferty.

Ponadto Odwołujący podnosił, że modyfikację SIWZ zawierała także odpowiedź na pytanie nr 35 (pismo z dnia 06.10.2005 r.) gdzie Zamawiający stwierdził że równoważne technicznie rozwiązania dopuszczone w pkt 6.8.5 części IV SIWZ odnoszą się tylko do serwerów w salach szkoleniowych. Zdaniem Odwołującego takie wyjaśnienia ograniczały możliwość zaoferowani równoważnych propozycji w stosunku do oprogramowania.

Zgodnie z art. 38 ust. 6 i 7 obowiązek przedłużenia terminu składania ofert dotyczy sytuacji w których następuje modyfikacja SIWZ. Przez modyfikację SIWZ należy rozumieć zmianę polegającą na zastąpieniu wcześniejszych jej postanowień innymi lub wprowadzeniu nowych zapisów.

Na podstawie dokumentacji postępowania Zespół Arbitrów uznał, że pismem z dnia 06.10.2005r Zamawiający nie dokonał modyfikacji SIWZ, w szczególności jeśli idzie o odpowiedzi na pytania 35 i 36. W ocenie Zespołu Arbitrów odpowiedź na pytanie nr 36 nie zmieniała obowiązku wykazania się posiadaniem odpowiedniego sprzętu na dzień składania ofert, co Zamawiający wystarczająco wyraźnie wskazał w tej odpowiedzi używając zwrotu : posiadanie jak i dysponowanie potencjałem technicznym winno być zgodnie z art. 336 Kc. Na marginesie dodać należy, że Odwołujący formułując zapytanie odnośnie warunku zawieszającego nie określił od jakiego zdarzenia uzależnione będzie jego ziszczenie się.

Również treść odpowiedzi na pytanie nr 35 nie potwierdza zarzutów Odwołującego tym zakresie. Na pytanie bowiem „ czy możliwość rozwiązań równoważnych dotyczy sprzętu i

oprogramowania” Zamawiający odpowiedział jednoznacznie że dotyczy tylko liczby zestawów serwerów. Zdaniem Zespołu Arbitrów takie oświadczenie w całości mieści się w granicach dopuszczalnej interpretacji pkt 6.8.5 części IV SIWZ i nie powoduje zmiany jego treści.

Za nieuzasadniony Zespół Arbitrów uznał również zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, co przyznał sam Odwołujący, że wszyscy uczestnicy postępowania dysponowali tymi samymi informacjami. Nie można tym samym uznać, że udzielenie odpowiedzi na 18 godzin przed terminem składania ofert doprowadziło do naruszenia tych zasad. Odpowiedzi te nie wpłynęły również na możliwość złożenia oferty przez Odwołującego, który taką ofertę złożył.

W tej sytuacji wniosek Odwołującego o unieważnienie postępowania nie mógł być uwzględniony, gdyż w postępowaniu, w zakresie podanym kontroli Zespołu Arbitrów, nie doszło do naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe argumenty Zespół Arbitrów na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych orzekł jak w sentencji.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do treści rozstrzygnięcia 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.