Sygn. akt UZP/ZO/0-11/05

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 18 stycznia 2005 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Leszek Marcin Budkiewicz**

Arbitrzy: **Witold Olender**

Agnieszka Bieńkowska - Nowacka

Protokolant **Marta Grzebalska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18.01.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Legnica, ul. N. Marii Panny 5e**

od oddalenia przez zamawiającego **Szpital Specjalistyczny Nr 1, Bytom, ul. Żeromskiego 7**

protestu z dnia 21 grudnia 2004 r.

orzeka:

1. *Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność zamawiajacego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Szpital Specjalistyczny Nr 1, Bytom, ul. Żeromskiego 7** i nakazuje:

   1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **5 136** zł **07** gr

      (słownie: **pięć tysięcy sto trzydzieści sześć złotych siedem groszy**)

      z kwoty wpisu uiszczonego przez **DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Legnica, ul. N. Marii Panny 5e**

   2) dokonać wpłaty kwoty **6 987** zł **28** gr

      (słownie: **sześć tysięcy dziewięćset osiemdziesiąt siedem złotych dwadzieścia osiem groszy**)

      przez **Szpital Specjalistyczny Nr 1, Bytom, ul. Żeromskiego 7** na rzecz **DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Legnica, ul. N. Marii Panny 5e**

   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 **798** zł **93** gr

      (słownie: **siedemset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze**)

      z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **DGP Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., Legnica, ul. N. Marii Panny 5e.**

3. Uzasadnienie

Zamawiający - Szpital Specjalistyczny nr 1 w Bytomiu ogłosił przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne polegające na świadczeniu usług w zakresie utrzymania czystości w pomieszczeniach szpitalnych oraz świadczenie usług pozamedycznych.

Jednym z wykonawców, którzy złożyli ofertę był Odwołujący - Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o. w Legnicy.

Pismem z 20 grudnia 2004 Zamawiający poinformował Odwołującego, iż komisja przetargowa powołana do przeprowadzenia postępowania oraz oceny ofert w niniejszym postępowaniu wyklucza Odwołującego z postępowania albowiem wniesione przez wykonawców wadium winno być ważne 60 dni po ostatecznym terminie złożenia oferty zgodnie z terminem określonym w SIWZ, tj. do dnia 12 lutego 2005.

Jako podstawę prawną wykluczenia, Zamawiający podał przepis art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z przepisem art. 111 par. 2 kc. Wskazując tym samym, że Odwołujący błędnie obliczył początek biegu terminu związania ofertą, konsekwencją czego było krótsze o jeden dzień udzielenie wadium w postaci gwarancji bankowej, która obowiązywała do 11 lutego 2005.

Do pisma o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, załączona została opinia prawna radcy prawnego Ewy Janas, z której wynika, że Zamawiający poprawnie liczy termin związania ofertą, czego konsekwencją jest konieczność wykluczenia Odwołującego.

Na powyższą czynność Zamawiającego pismem z 21 grudnia 2004, protest złożył Odwołujący.

Wniósł on o powtórzenie czynności i przywrócenie Odwołującego do udziału w przetargu.

Wskazał on, że kodeks cywilny jako lex generali w odniesieniu do ustawy Prawo Zamówień Publicznych, ma zastosowanie tylko i wyłącznie w zakresie, w jakim nie został uregulowany wskazaną ustawą. Wynika to wprost z treści przepisu art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Odwołujący wskazuje jednakże, że z treści przepisu art. 85 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który reguluje termin rozpoczęcia biegu związania ofertą, wynika odmienna, niż zawarta w art. 111 par. 2 kc, zasada liczenia tego terminu. Użycie w tym przepisie zwrotu „wraz z upływem terminu składania ofert" wskazuje, że przy liczeniu terminu związania

ofertą uwzględnia się dzień składania ofert. Stąd też pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Odwołujący powołał się w tym zakresie na wyrok Zespołu Arbitrów z 5 sierpnia 1998, sygn. akt UZP/ZO/0-598/98, który wskazał, że przepis art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w sposób jednoznaczny określa sposób obliczania terminu związania ofertą i tym samym brak jest podstaw do przejścia w oparciu o przepis art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych na sposób obliczania terminu na podstawie przepisów kodeksu cywilnego.

Pismem z 27 grudnia 2004 Odwołujący uzupełnił treść złożonego 22 grudnia 2004 (pismo z 21 grudnia 2004) protestu. Podtrzymał w nim złożone w proteście zarzuty a ponadto dla potwierdzenia słuszności jego złożenia powołał się na opinię prawną Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl pod pozycją nr 51 w dziale „Opinie prawne archiwalne". Opinia ta, zdaniem Odwołującego, w całej rozciągłości potwierdza jego tezę, że do liczenia terminu związania ofertą wprost stosuje się przepis art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych a nie przepisy kodeksu cywilnego. Chociaż opinia wydana została pod rządami dawnej, nieobowiązującej już, ustawy z 10 czerwca 1994 o zamówieniach publicznych, to jej teza nie straciła na znaczeniu albowiem zapisy dotyczące liczenia terminów związania ofertą mają odzwierciedlenie w aktualnie obowiązującej ustawie Prawo Zamówień Publicznych.

Po bezskutecznym upływie 27 grudnia 2004, terminu do rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu, Odwołujący uznał, że złożony protest został oddalony i pismem z 31 grudnia 2004 złożył odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący podtrzymał złożone wcześniej w proteście zarzuty. Ponownie wskazał na wadliwość przyjętego przez Zamawiającego rozwiązania zgodnie, z którym okres związania ofertą, a tym samym złożonej przez Odwołującego gwarancji bankowej jako wadium, powinien obejmować okres od 15 grudnia 2004 do 12 lutego 2005.

Takie twierdzenie Zamawiającego narusza, zdaniem Odwołującego, przepis art. 85 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oraz pkt XI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, który stanowi, iż „składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert". Wyznaczony przez Zamawiającego termin składania ofert upłynął 14 grudnia 2004. Stąd też zdaniem Odwołującego od tego dnia należało zabezpieczyć ofertę wadium.

Takie stanowisko Odwołującego, potwierdza także przepis art. 45 ust 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który stanowi, że wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Odwołującego taki zapis ustawodawcy, potwierdza jego tezę, że związanie ofertą następuje od momentu, w którym złożona oferta zaczyna wiązać wykonawcę.

Stąd też termin związania ofertą powinien obejmować okres od 14 grudnia 2004 do 11 lutego 2005. Odwołujący w złożonej ofercie taki okres ważności gwarancji bankowej zawarł, stąd też jego zdaniem wykluczenie go z postępowania o zamówienie publiczne było niezgodne z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych Stąd też we wniesionym odwołaniu wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wszystkich czynności od momentu otwarcia ofert z uwzględnieniem oferty DGP Dozorbud Grupa Polska sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 29 grudnia 2004 poinformował Odwołującego, że podjęta przez niego czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z przetargu, ma pełne swoje uzasadnienie w przepisie art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zw. z przepisem art. 111 par.2 kc, 110 kc w zw. z przepisem art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Zamawiający podtrzymał tym samym swoje dotychczasowe stanowisko w przedmiocie liczenia terminu początkowego do ustalenia terminu związania ofertą.

Zdaniem Zamawiającego ustawa Prawo Zamówień Publicznych nie określa sposobu obliczenia terminu związania ofertą. Wskazuje jedynie początek tego terminu, a stosownie do przepisu art. 111 par. 2 kc jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie

(tutaj upływ terminu składania ofert), nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.

Stąd też, zdaniem Zamawiającego, okres ten powinien obejmować zakres od 15 grudnia 2004 do 12 lutego 2005. W związku z okolicznością, że Odwołujący nie zapewnił wadium na ten okres jego oferta musiała podlegać wykluczeniu.

Zespół arbitrów po zapoznaniu się z dokumentacją zgromadzoną w sprawie rozpatrywanego postępowania oraz po wysłuchaniu stron ustalił i zważył, co następuje:

Nade wszystko Zespół Arbitrów ustalił, że Zamawiający w pkt X Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił termin składania ofert na 14 grudnia 2004 do godz. 10.00.

W pkt XI Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający wskazał, że „składający ofertę pozostaje nią związany przez okres 60 dni, licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert (zgodnie z art. 85 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo Zamówień Publicznych)". Stąd też Zespół Arbitrów uznał, że decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma ocena powyższego zapisu w zw. z przepisem art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w szczególności wykazanie czy do liczenia terminu związania ofertą stosuje się przepis art. 111 ust 2 kc.

Zamawiający stosując w pkt. XI SIWZ sformułowanie „licząc od dnia, w którym upływa termin składania ofert" odniósł się w sposób dorozumiany, ale bezpośrednio, do przepisów kc mówiących o terminach. Zastrzeżenie terminu i liczenie biegu terminu liczy się bowiem co do zasady stosownie do przepisów kc, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo przepisu szczególnego.

Na pierwszy rzut oka wydawałoby się, że przy takim sformułowaniu zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zastosowanie będzie miała dyspozycja normy przepisu art. 110 kc w zw. z przepisem art. 111 par. 2 kc. Co oznaczało by, że początkiem liczenia terminu związania ofertą jest dzień następny po dniu terminu składania ofert, czyli tak jak wskazuje Zamawiający - 15 grudnia 2005.

Takie rozwiązanie jest jednak błędne. Albowiem u jego podstaw leży błąd aksjologiczny polegający, na nie uwzględnieniu normy przepisu art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w szczególności przepisu art. 85 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który jest przepisem ius cogens, jeśli chodzi o ustalenie terminu początkowego związania ofertą. Przepis ten jest również lex specialis w odniesieniu do przepisów kc, albowiem w sposób szczegółowy reguluje początek biegu terminu związania ofertą. Tym samym nie ma tutaj zastosowania przepis art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych o stosowaniu przepisów kodeksu cywilnego, albowiem przepisy ustawy o zamówieniach publicznych jako lex specialis mają pierwszeństwo przed przepisami kodeksu cywilnego (zob. Prawo Zamówień Publicznych komentarz Emil Norek, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 2005, s.50).

Przepis art. 85 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wskazuje, że „bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert". Z kolei art. 85 ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych wskazuje, że „wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia"

Określenie „termin" użyte w przepisie art. 85 ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych oznacza „okres czasu", w którym wykonawca jest związany ofertą. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Przepis art. 85 ust. 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych odmiennie od postanowień kc reguluje kwestie obliczania terminu związania wykonawcy ofertą. Wyraźne wskazanie, iż bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert powoduje, że nie znajduje w tej sytuacji zastosowanie przepisu art. 111 ust. 2 kc

w zw. z przepisem art. 14 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tak Prawo Zamówień Publicznych Komentarz, w: Tomasz Czajkowski, Urząd Zamówień Publicznych 2004, s.213).

Uwzględniając powyższe, zdaniem Zespołu Arbitrów za trafne uznać należy podnoszone przez Odwołującego zarzuty, że wskazany przez niego sposób liczenia terminu początkowego jest zgodny z opinią Prawną Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną na stronie internetowej www.uzp.gov.pl pod pozycją 51 w dziale „opinie prawne archiwalne" oraz zgodny z opinią Prawną Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych opublikowaną w Opinie prawne Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, Materiały szkoleniowe dla przewodniczących składów orzekających ZA, Dobieszków grudzień 2004, s.15-16.

Zgodnie z powyższymi opiniami przyjęcie, że bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się dopiero w następnym dniu od upływu terminu składania ofert jest błędne i sprzeczne z zapisem przepisów Prawa Zamówień Publicznych.

Także wyrok Zespołu Arbitrów z 5 sierpnia 1998, sygn. akt UZP/ZO/0-598/98, wydany co prawda pod rządami poprzedniego stanu prawnego, zachowuje swoją ważność. Także i on potwierdza, że pierwszym dniem związania ofertą jest dzień w którym upływa termin składania ofert.

W tym też zakresie Zespół Arbitrów nie podzielił stanowiska Zamawiającego wyrażonego w przedłożonej opinii prawnej, radcy prawnego Ewy Janas, która wskazywała na konieczność stosowania przepisu art. 111 par. 2 kc. Zdaniem Zespołu Arbitrów opinia ta leżąca u podstaw wykluczenia Odwołującego jest błędna. Nie uwzględnia specyfiki prawa zamówień publicznych i w sposób nieprawidłowy interpretuje zapisy przepisu art. 85 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W dalszej kolejności Zespół Arbitrów rozważył kwestie ważności złożonego przez Odwołującego wadium.

Zdaniem Zespołu Arbitrów, wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciążącego na oferencie obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą. Stąd też upływ terminu ważności złożonej gwarancji wadium, nie może być krótszy od terminu związania ofertą wskazanego przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Wniosek ten wysunąć można a contrario z przepisu art. 46 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, który wskazuje, że wadium zwraca się niezwłocznie po upływie terminu związania ofertą. Tym samym wadium nie może być złożone na okres krótszy niż termin związania ofertą.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Postępowanie takie jest zgodne z przepisem art. 45 ust. 6 pkt. 4 usatwy Prawo Zamówień Publicznych.

Instytucja gwarancji ubezpieczeniowej nie ma odrębnej, własnej regulacji prawnej. Gwarancja bankowa jest w istocie szczególnym rodzajem gwarancji, w której zakład ubezpieczeń gwarantuje wykonanie zobowiązania pieniężnego na wypadek jego niewykonania przez zobowiązanego. W stosunkach prawnych powstających z zamówień publicznych przy gwarancji ubezpieczeniowej występują trzy podmioty: wykonawca zobowiązany do świadczenia, zamawiający (beneficjent gwarancji) i gwarant – zakład ubezpieczeń gwarantujący spełnienie świadczenia pieniężnego przez wykonawcę (zob. Ubezpieczenie kredytu, J Kukiełka, Warszawa 1994,s.24).

Zespół Arbitrów ustalił, że Odwołujący prawidłowo określił termin złożenia wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej. Termin jej obowiązywania, tj. od 14 grudnia 2004 do 11 lutego 2005 jest zgodny z treścią pkt. XI i XII SIWZ, i w tym zakresie nie narusza jej postanowień.

Tym samym decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie znajduje swojego uzasadnienia faktycznego i prawnego.

W tej sytuacji należało uznać, że Zamawiający naruszył kwestionowane przez Odwołującego przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych, a jego decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie znalazła uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania zgodnie z treścią przepisu art. 191 ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, przy czym za uzasadnione koszty Odwołującego Zespół Arbitrów uznał kwotę 1851,21zł w tym kwota 651,21 koszty przejazdu.

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.