

Kołobrzeg, dnia 29 czerwca 2009 r.

W P Ł Y N Ę Ł O
Zespół Szkół Ekonomiczno-Hotelarskich
im. Emilii Gierczak
w KOŁOBRZEGU
Dnia 29.06.2009
zał. _____ Ldz. 433
Skierowano _____

Zamawiający:
Zespół Szkół Ekonomiczno – Hotelarskich
im. E. Gierczak w Kołobrzegu
ul. Łopuskiego 13, 78-100 Kołobrzeg
Gospodarstwo Pomocnicze
Kołobrzeski Zespół Hotelowy
Hotel Centrum, ul. Katedralna 12
Ośrodek Wypoczynkowy „Gryf”
ul. Waszyngtona 1

Protestujący:
Gabinet Fizykoterapii Cecylia Gałązka
78 100 Kołobrzeg, ul. Zyguntowska 17B/21

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usług leczniczych, zabiegów fizjoterapeutycznych i SPA na rzecz gości hotelowych Kołobrzeskiego Zespołu Hotelowego w okresie 15 lat wraz z dzierżawą pomieszczeń w Ośrodku Wypoczynkowym „Gryf”.

PROTEST

dotyczący wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia protestującego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wyżej wymienione usługi, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Na podstawie art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 i z 2008 r. Dz. U. Nr 171, poz. 1058) dalej skrót PZP niniejszym wnoszę protest wobec czynności Zamawiającego polegających na :

- 1) wykluczeniu mojej firmy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wyżej wymienione usługi,
- 2) wyborze najkorzystniejszej oferty występującej pod firmą Centrum Rehabilitacji i Odnowy Biologicznej J. Dembski, A. Sienkiewicz z siedzibą w Kołobrzegu, ul. Rodziewiczówny 1

Wnosząc niniejszy protest zarzucam Zamawiającemu:

- 1) rażące naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy PZP poprzez bezpodstawne uznanie, iż protestujący nie złożył wraz z ofertą dokumentów i oświadczeń wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zdaniem Zamawiającego powoduje, że nie spełniam warunków udziału w tym postępowaniu,
- 2) rażące naruszenie zasad określonych w art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy PZP poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania bez zachowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nieprzestrzegania własnych ustaleń dotyczących wymagań spełnienia warunków udziału wykonawców w niniejszym postępowaniu i dokonywania nadinterpretacji zapisów siwz w taki sposób, aby moją firmę wykluczyć z tego postępowania zarzucając mi brak:

- a) złożenia dokumentów z banku/banków na potwierdzenie posiadaniu środków min. 1 000 000 zł. lub zdolności uzyskania kredytów na taką kwotę,
- b) doświadczenia w prowadzeniu działalności w zakresie przedmiotu niniejszego zamówienia poprzez nie udokumentowanie jej prowadzenia w formie zakładu opieki zdrowotnej przez co najmniej jeden rok w sytuacji kiedy zapis siwz pkt VII.12 został zmodyfikowany w odpowiedzi na pytanie udzielone wykonawcom,

Ponadto zamawiający naruszył zasadę uczciwej konkurencji poprzez:

- 3) nieprzestrzeganie przepisów dotyczących zawiadomienia o podjętych czynnościach polegających na wykluczeniu mnie z postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty poprzez zaniechanie pisemnego zawiadomienia mnie o podjętych czynnościach w sposób określony w art. 92 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy PZP i zapisem pkt VIII. 2 siwz,
- 4) nieprzestrzeganie przepisów dotyczących wymogu uzasadnienia prawnego i faktycznego podjętej czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i uzasadnienia wyboru najkorzystniejszej oferty tj naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy PZP.

Wobec powyższych zarzutów wnoszę o:

- 1) **uchylenie czynności wykluczenia mojej firmy z postępowania,**
- 2) **uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,**
- 3) **dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i oceny ofert z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.**

Interes prawny

Zgodnie z art. 179 ustawy PZP protestujący wskazuje, że ma interes prawny we wniesieniu protestu w rozumieniu przywołanego przepisu ze względu na jego wykluczenie został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia pomimo, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a cena oferty jest konkurencyjna do ceny oferty wybranej jako najkorzystniejszej.

Uzasadnienie

Protestująca nie została niezwłocznie pisemnie zawiadomiona o podjętych przez Zamawiającego czynnościach dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia jej z postępowania – stosownie do przepisów art. 92 ust. 1 w związku z art. 27 ust. 1 ustawy PZP i pkt VIII.1 i VIII.2 siwz.

Na stronie internetowej Zamawiającego ukazało się pismo w bliżej nieokreślonym czasie datowane 23 czerwca 2009 r. z którego wynika, że protestująca została wykluczona z postępowania z powodu niedostarczenia – pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy PZP oświadczeń i dokumentów dotyczących:

- 1) udokumentowania prowadzenia działalności będącej przedmiotem zamówienia w formie zakładu opieki zdrowotnej przez co najmniej 1 rok,
- 2) udokumentowania dokumentami z banku o posiadaniu środków lub możliwości kredytowych na kwotę 1 mln. zł.

Ponadto w zamieszczonym na stronie internetowej piśmie Zamawiający upublicznił wybór najkorzystniejszej oferty tj. dokonał wyboru do realizacji zamówienia firmę Centrum

Rehabilitacji i Odnowy Biologicznej J. Dembski, A Sienkiewicz, która bezkonkurencyjnie uzyskała 400 pkt w jedynym kryterium oceny ofert „cena”.

Wobec braku pisemnego zawiadomienia o dokonanych czynnościach protestująca przyjmuje, iż dowiedziała się o tych czynnościach w dniu 25 czerwca 2009 r. Z tego też względu protest zostaje złożony w terminie – zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy PZP. Ponadto brak pisemnego zawiadomienia o dokonanych czynnościach jest przejawem naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, o czym stanowi art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Obowiązek wynikający z art. 92 ust. 2 ustawy PZP o konieczności niezwłocznego zamieszczenia informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty nie zwalnia zamawiającego z obowiązku pisemnego poinformowania wykonawcy o jego wykluczeniu, bowiem obowiązek ten odnosi się do wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie do czynności wykluczenia wykonawcy.

Powyższy przypadek naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców nie jest przypadkiem odosobnionym w tym postępowaniu. Od ogłoszenia tego postępowania dotknięte jest ono wadą polegającą na ustaleniu takich wymogów, aby wyeliminować wykonawców, którzy - pomimo, że są zdolni do wykonania zamówienia zostali nieuczciwymi regułami pozbawieni możliwości złożenia ofert konkurencyjnych. Również dalsze czynności Zamawiającego w trakcie postępowania wobec protestującej świadczą o tym, że Zamawiający nie przestrzega ustalonych w siwz reguł, bądź je interpretuje ze szkodą dla, a która w tym postępowaniu złożyła jedną z dwóch ofert.

Zamawiający w trakcie czynności po otwarciu ofert skierował do protestującej dwa wezwania datowane 16 czerwca 2009 r. Jedno wezwanie do usunięcia braków dotyczyło:

- informacji z banku o dysponowaniu środkami na kwotę nie niższą niż 1 mln. zł.

Drugie wezwanie dotyczyło:

- udokumentowania prowadzenia zakładu opieki zdrowotnej przez co najmniej 1 rok.

Na oba wezwania protestująca odpowiedziała i złożyła stosowne oświadczenia oraz wyjaśnienia, które mimo ich zasadności nie zostały uwzględnione.

W odpowiedzi na wezwania protestująca wyjaśniła i złożyła wyjaśnienia, cyt.:

1) odnośnie posiadanych środków finansowych, a mianowicie:

„W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających zdolność ekonomiczno-finansową zgodnie z zapisem SIWZ w pkt VI akpt 2, które otrzymałam w dniu 16.06.2009 r. oświadczam, co następuje:

- do oferty dołączyłam wymagane SIWZ dokumenty na potwierdzenie mojej zdolności finansowej i ekonomicznej na kwotę około 1 000 000 zł.

Odnośnie posiadanych możliwości finansowych wyjaśniam, że:

niektóre z przedstawionych rachunków figurują imiennie na moją osobę i osobę męża, co nie oznacza braku mojej dostępności do tych rachunków i dysponowania nimi, albowiem pozostaje w związku małżeńskim z Jakubem Gałązka i we wspólności majątkowej małżeńskiej. Wszystkie posiadane środki cały majątek w tym Gabinet Fizykoterapii stanowi naszą wspólną majątkową i za zobowiązania moje oraz za zobowiązania męża odpowiadamy solidarnie bez wyłączeń dopóki naszego ustroju majątkowego małżeńskiego nie zmienimy.

Oświadczam, że dla celów tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mąż Jakub Gałązka udostępnił mi nasze wspólne zasoby finansowe i na tą okoliczność przedstawiam stosowne oświadczenie męża – w załączeniu.

Ponadto oświadczam, że:

zgodnie z literalnym brzmieniem pkt VII.8 SIWZ Zamawiający od wykonawców żądał:

- 1) Przedstawienia informacji z banku potwierdzającej posiadane środki lub zdolność kredytową,*
- 2) albo złożenia oferty na kwotę niższą niż 1 000 000 zł.*

Pomimo alternatywnego warunku podmiotowego w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej oba wymagania zostały przeze mnie spełnione, tj.:

- 1) przedstawiłam informacje z banku/banków w których posiadam konta na kwotę około 1 mln. zł. oraz poświadczenie banku o możliwości ubiegania się o kredyt w rachunku bankowym bez bliżej określonej kwoty, co oznacza, że kredyt lub pożyczka może być bez problemów przeze mnie zaciągnięta na kwotę nie niższą niż stan mojego rachunku tj. obecnie 250 000 zł.
- 2) złożyłam ofertę na kwotę niższą niż 1 000 000 zł. – zgodnie z zapisem SIWZ cyt.: „albo składania ofert na kwotę niższą niż 1 000 000 zł.

Nadto dodaje, że:

- 1) w wezwaniu nie sprecyzowano żądania jakich dokumentów Zamawiający oczekuje. Poza ogólnym powtórzeniem zapisu pktu VII.8 nie wymieniono w jakim zakresie mam uzupełnić dokumenty bankowe na potwierdzenie mojej wiarygodności ekonomicznej i finansowej.
- 2) żądanie przedstawienia dokumentów z banku z data 16.06.2009 r. w sytuacji kiedy wezwanie otrzymałam w dniu 16.06.2009 jest nie do spełnienia, a do tego przekracza granice prawa, bowiem żadna instytucja w tym bank nie antydatuje dokumentu, ponieważ narażałoby to wystawcę dokumentu na odpowiedzialność karną. Również wezwanie do uzupełnienia dokumentów bankowych bliżej nie sprecyzowanych w wezwaniu jest niemożliwe do wykonania, ze względu na procedury bankowe’.

2) odnośnie udokumentowania prowadzenia doświadczenia poprzez prowadzenie działalności w formie zakładu opieki zdrowotnej (przy fizykoterapii sie!), a mianowicie cyt.:

„W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego prowadzenie zakładu opieki zdrowotnej przez co najmniej 1 rok, a otrzymanego w dniu 17 czerwca 2009 r. wyjaśniam co następuje:

Żądanie takiego dokumentu i jest bezpodstawne i bezzasadne, albowiem:

Po udostępnieniu mi specyfikacji w dniu 28 kwietnia 2009 r. zwróciłam się z pytaniem do zamawiającego, a mianowicie cyt.:

„Pytanie 6

W pkt VII.12 Zamawiający żąda udokumentowania prowadzenia przez wykonawców zoz przez co najmniej 1 rok. Jaka jest podstawa prawna takiego żądania? Żadne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają obowiązku na wykonawcę, aby w chwili ubiegania się o zamówienie prowadził zakład opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej posiadająca uprawnienia do określonej działalności, o czym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. W dacie ubiegania się o zamówienie nie wymagane jest prowadzenie firmy w tym zoz. Wymaganie zawarte w pkt 12 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem przetarg ogranicza się do osób prowadzących zoz.”

Na to pytanie otrzymałam odpowiedź o treści:

„ Odpowiedz na pytanie 6

6) Odp. Zapis ten wynika z regulacji art. 22 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp – udokumentowania stosownego doświadczenia w prowadzeniu określonej działalności. Wymóg rocznego doświadczenia dotyczącego usług przedmiotu zamówienia na pensjonariuszach jest minimalny w żaden sposób nie narusza zasady uczciwej konkurencji. (podkreślenie wykonawcy poza cytatem)

Również ten zapis w specyfikacji był przedmiotem mojego protestu, a mianowicie w proteście złożonym w dniu 29 kwietnia 2009 r. podniosłam cyt.:

„Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 233, poz. 1655 i z 2008 r. Dz. U. Nr 171, poz. 1058) dalej skrót PZP niniejszym wnoszę protest wobec niektórych treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub braku niektórych koniecznych zapisów ze względu na okres świadczenia usług, a mianowicie:

/.../

- 6) postawienie w pkt VII.12 wymagania, aby wykonawca, który może przystąpić do postępowania prowadził w dacie składania ofert zakład opieki zdrowotnej, co ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu i wyklucza wykonawców zdolnych do realizacji zadania z tego postępowania,

Uzasadnienie

/.../

AD 6 W pkt VII.12 Zamawiający żąda udokumentowania prowadzenia przez wykonawców zakładu opieki zdrowotnej przez co najmniej 1 rok. Brak jest podstaw prawnych takiego żądania.

Żadne przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie nakładają obowiązku na wykonawcę, aby w chwili ubiegania się o zamówienie prowadził działalność gospodarczą, a w tym przypadku zakład opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 2 pkt 11 ustawy wykonawcą może być osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, posiadająca uprawnienia do określonej działalności, o czym stanowi art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. W dacie ubiegania się o zamówienie nie wymagane jest prowadzenie firmy w tym wymaganie zawarte w pkt 12 stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem przetarg ogranicza się do osób prowadzących zoz. Z postępowania wyeliminowane zostały podmioty, osoby, które posiadają uprawnienia do wykonania zamawianych usług, lecz nie prowadziły zoz przez 1 rok. Wymagania opisane w punktach 4, 5 i 6 naruszają zasady uczciwej konkurencji. Warunki udziału wykonawców są zbyt wygórowane do przedmiotu zamówienia, a konieczność wykazania się prowadzeniem zoz przez 1 rok narusza ponadto przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy o zakładach opieki zdrowotnej."

Odpowiedz Zamawiającego na protest nie zawierała odniesienia się do tego zarzutu.

Wobec tego przyjąć należy, iż Zamawiający przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu kierował się będzie zasadą wyrażoną w odpowiedzi na pytania w tym odpowiedzi na Pytanie 6. W odpowiedzi na to pytanie zamawiający nie podtrzymał zapisu specyfikacji o konieczności prowadzenia usług fizykoterapii przez co najmniej jeden rok w formie zakładu opieki zdrowotnej. Podtrzymał natomiast wymóg rocznego doświadczenia w świadczeniu usług będących przedmiotem zamówienia tj. usług leczniczych, fizykoterapeutycznych i SPA na pensjonariuszach. Dlatego też na jakiej podstawie obecnie – na etapie oceny ofert – Zamawiający żąda dostarczenia dokumentu potwierdzającego świadczenie usług w formie zakładu opieki zdrowotnej, skoro w odpowiedzi takiego wymogu nie podtrzymał. Należy podkreślić, że odpowiedzi na pytania i wyjaśnienia co do treści specyfikacji są wiążące dla Zamawiającego i stanowią integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przez udzielenie odpowiedzi na pytanie lub wyjaśnienie treści specyfikacji zamawiający modyfikuje jej postanowienia, o ile różnią się w zapisach i ich rozumieniu. Skoro więc Zamawiający udzielił takiej odpowiedzi, w której treści nie podtrzymał zapisu specyfikacji to tym samym pierwotny zapis zmodyfikował. Stanowisko takie było wielokrotnie prezentowane w orzecznictwie i komentarzach do ustawy PZP).

Do oferty dołączone zostało zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej w którym udokumentowane jest prowadzenie działalności w postaci Gabinetu Fizykoterapii ujętego w klasyfikacji działalności gospodarczej jako PKD 86.90.A działalność fizykoterapeutyczna od 1 kwietnia 2003 r. tj. 7 lat. Ponadto doświadczenie w tym zakresie dokumentuje umowa zawarta z OSW „Gryf” na potwierdzenie wieloletniego prowadzenia działalności w zakresie usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia., świadczenia usług na rzecz pensjonariuszy. W załączeniu kopia umowy.

Wobec tego uważam, że warunek co najmniej rocznego doświadczenia został przeze mnie spełniony zgodnie ze specyfikacją zmodyfikowaną w tym zakresie odpowiedzią na pytanie".

Przytoczone powyżej odpowiedzi na wezwania w wystarczający sposób uzasadniają żądania Zamawiającego wobec protestującego w zakresie uzupełnienia wymagań w zakresie doświadczenia i wiarygodności finansowo-ekonomicznej. Protestująca spełnia wszystkie wymagania postawione w siwz i w odpowiedzi na pytania, czego nie dostrzega sam Zamawiający. Czynności Zamawiającego w tym postępowaniu wobec protestującego wykonawcy należy uznać jako czyny nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r. Nr 113, poz. 1503 z późn. zm.), albowiem pomimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

- wykazania się dostatecznymi środkami finansowymi, zgodnie z wymogami siwz,
- wykazania się wieloletnim doświadczeniem w prowadzeniu działalności będącej przedmiotem zamówienia -

protestujący Wykonawca został wykluczony z tego z postępowania, po to by wybrana została oferta drugiego wykonawcy, który zaoferował mniej korzystne warunki realizacji zamówienia i wyższą cenę, która jest jedynym kryterium oceny ofert.

Takie działanie jest sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, co w konsekwencji prowadzić będzie do zawarcia nieważnej umowy w rozumieniu art. 146 ust.6 ustawy PZP,

albowiem w tym postępowaniu doszło do rażącego naruszenia przepisów określonych w ustawie PZP oraz w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ reguły udziału w postępowaniu wykluczały z udziału wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, lecz poprzez ustalenie nieadekwatnych warunków dla potrzeb tego zamówienia uniemożliwiono im w nim udział. Ponadto zamawiający nadużył zasady równego traktowania wykonawców w zakresie oceny spełnienia warunków i zastosował odmienne ich oceny dla protestującego wykonawcy.

Wobec powyższego protestujący wnosi jak na wstępie.

C. Gotolw