

W P Ł Y N Ę Ł O
Zespół Szkół Ekonomiczno-Hotelarskich
im. Emilii Gierczak
w KOŁOBRZEGU
Dnia 30.04.2009 r.
zał. 271
Skierowano Ko. Gryf

Kołobrzeg, dnia 29.04.2009 r.

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

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

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

PROTEST

dotyczący treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wyżej wymienione usługi, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

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:

- 1) brak zastrzeżenia o możliwości zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 PZP ze względu na to, iż okres trwania umowy wynosi 15 lat i zachodzić mogą różne zmiany w zakresie świadczenia usług,
- 2) brak zastrzeżenia możliwości zmiany umowy w trybie art. 144 ust. 1 PZP ze względu na możliwość zmiany podmiotowej po stronie zamawiającego lub sprzedaży przez właściciela Ośrodka, w którym mają być świadczone usługi,
- 3) brak zapisów w siwz i umowie o uregulowaniu sytuacji prawnej wykonawcy, jeśli nastąpi rozwiązanie umowy przed terminem z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub z przyczyn niezależnych od stron przyszłej umowy w sytuacji znacznego zaangażowania środków finansowych wykonawcy w remont i przystosowanie bazy zabiegowej do wymaganych standardów,
- 4) postawienie w pkt VII.8 za wysokich wymagań, aby wykonawcy posiadali zdolność kredytowa albo środki własne w wysokości co najmniej 1 000 000 zł. i niedopuszczenie do potwierdzenia tego wymogu informacji z innych banków niż banki w którym wykonawca posiada rachunek lub gwarancji kredytowych

- udzielonych wykonawcy przez instytucje finansowe, albo poręczeń innych podmiotów,
- 5) postawienie w pkt VII.9 siwz nieadekwatnych dla zamówienia wymagań co do ubezpieczenia od OC wykonawcy na kwotę 2 000 000 zł., co w sytuacji zamawianych usług przekracza znacznie konieczność ich zabezpieczenia na wypadek powstania szkody,
 - 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,

Wskazując na powyższe zamawiający przez zaniechanie wyżej wymienionych zapisów narusza:

- 1) przez brak możliwości zmiany umowy w podanym zakresie – interes prawny i faktyczny wykonawcy doprowadzając do sytuacji, że umowa będzie zawarta z rażącym pokrzywdzeniem strony, co jest sprzeczne z art. 58 w związku z art. 353 KC w związku z art. 139 i 146 ust. 1 pkt 6 PZP,
- 2) przez postawienie wymagań wymienionych w pkt 4-6 Zamawiający dopuszcza się czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 7 ust. 1 w związku z art. 22 ust. 2 ustawy PZP, albowiem postawione wymagania utrudniają uczciwa konkurencję i dostęp osób zdolnych do realizacji zamówienia do prowadzonego postępowania.

Wobec powyższego protestujący wnosi o:

- 1) dokonanie uzupełnienia siwz o zapisy dotyczące możliwości zmiany umowy,
- 2) zmianę wymagań podmiotowych co do posiadania środków , wysokości ubezpieczenia, prowadzenia przez wykonawcę zakładu opieki zdrowotnej.

Interes prawny

Zgodnie z art. 179 ustawy PZP protestujący wskazuje, że ma interes prawny we wniesieniu protestu w rozumieniu przywołanego przepisu, bowiem należy do kręgu wykonawców, którzy ze względu na wymagania udziału w postępowaniu ma utrudniony dostęp do zamówienia. Ponadto wymóg ubezpieczenia OC na kwotę 2 000 000 zł. to znaczny i zbędny wydatek, bowiem ma ubezpieczyć nie istniejące ryzyko powstania tak znacznej szkody.

Uzasadnienie

Protestujący podnosi, iż braki odpowiednich uregulowań w siwz co do umowy na przyszłość prowadzić mogą do znacznego utrudnienia świadczenia usług, a wręcz do uniemożliwienia ich wykonania. Ponadto postawione wymagania znacznie przekraczają wymagania niezbędne do wykonania zamówienia. Poniżej protestujący przedstawia krótka argumentację podniesionych zarzutów , a mianowicie:

AD 1

Okres realizacji zamówienia został określony na 15 lat. W tak długim okresie czasu na pewno nastąpi wiele zmian na rynku przedmiotowych usług. Oferowane usługi mogą ulec modyfikacji, zmianie zakresu, mogą wejść do stosowania zupełnie nowe, które jeszcze obecnie nie są dostępne lub nie są praktykowane. Mogą nastąpić bardzo różne zmiany, których na dzień składania ofert nie da się przewidzieć np. zmiany cen usług, wprowadzenie Euro itp. Mimo, że takie zmiany są nieuniknione w siwz Zamawiający nie przewidział

zmiany umowy. Stosownie do art. 144 ust. 1 ustawy w brzmieniu obecnie obowiązującym wprowadzony został zakaz zmiany umowy chyba, że możliwość dokonania zmian przewiduje się w ogłoszeniu lub siwz.

Wobec tego Wykonawca wnosi o uzupełnienie treści siwz o zapis dotyczący możliwości zmiany umowy i określenie warunków takiej zmiany tak, aby w przyszłości była możliwość korygowania przedmiotu zamówienia oraz możliwość zmniejszenia i zwiększenia zakresu usług, a ponadto możliwość korygowania ceny usług.

Ponadto wykonawca wnosi o wprowadzenie zapisu w siwz lub umowie dotyczącego korygowania cen usług o wskaźniki waloryzacyjne przez możliwość ich podwyższenia lub obniżenia.

W sytuacji braku zapisu o zmianach niemożliwa będzie zmiana umowy przez 15 lat, co może spowodować, iż usługi nie będą mogły być realizowane lub nie będzie można wprowadzić nowych lub ulepszonych usług.

AD 2

Ze względu na okres trwania umowy wykonawca wnosi o uzupełnienie siwz lub umowy o zapisy dotyczące ewentualnych zmian po stronie podmiotowej Zamawiającego. W chwili obecnej Zamawiającym jest gospodarstwem pomocniczym jednostki budżetowej Powiatu Kołobrzeskiego. W siwz i w umowie brak jest zapisu dotyczących zmian np. likwidacji jednostki, sprzedaży ośrodka. Dotyczy to również i wykonawcy, który także może ulec zmianie formy organizacyjno – prawnej np. wymuszonej przez zmianę przepisów. Wykonawca jest przekonany, że takie regulacje w umowie są konieczne i leżą one w interesie tak zamawiającego, jak i wykonawcy.

Wykonawca wnosi o dokonanie odpowiednich zapisów w siwz lub projekcie umowy.

AD 3

W pkt III. 3.1 siwz zapisano, że wszelkie ulepszenia i nakłady przejdą na własność Zamawiającego po rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy. Zapis ten jest nieprecyzyjny co do pojęcia „rozwiązania umowy”, bowiem jeśli do rozwiązania umowy dojdzie z winy zamawiającego lub z przyczyn leżących po jego stronie, albo z przyczyn niezależnych od stron to dającego konsekwencje miałby ponosić wyłącznie wykonawca, który zainwestuje znaczne środki.

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie siwz i umowy w zakresie wyżej wymienionej tj. ewentualnej zmiany stosunków i wprowadzenie zapisu, że przypadku rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie zamawiającego lub z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności żadna ze stron nakłady będą rozliczone stosunkowo do lat trwania umowy. W przypadku braku takiej regulacji umowa będzie miała wadę polegającą na rażącym pokrzywdzeniu drugiej strony i zachodzić może sytuacja bezpodstawnego wzbogacenia się zamawiającego kosztem majątku wykonawcy. A to może rodzić skutki w postaci niepotrzebnych procesów sądowych.

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie sytuacji „po rozwiązaniu umowy”.

Ad 4

W pkt VII.8 Zamawiający wymaga dołączenia do oferty informacji banku, w których wykonawca posiada rachunek. Zapis ten nie dopuszcza wykazania się zdolnością kredytową i posianymi środkami z innych banków w których wykonawca nie posiada rachunku i instytucji finansowych lub poręczeń, czy gwarancji innych podmiotów. Ponadto Wykonawca uważa, że

wymóg posiadania zdolności kredytowej lub posiadania środków w wysokości co najmniej 1 000 000 zł. przekracza ewentualną wartość przedmiotu zamówienia, co narusza art. 22 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem zamawiający może zadać tylko takiego wykazania się sytuacją ekonomiczną i finansową odpowiadającą wartości zamówienia. Posiadanie możliwości finansowej 1 000 000 zł. przez wykonawców znacznie utrudnia dostęp do zamówienia i narusza zasadę uczciwej konkurencji dla firm mniejszych. Również posiadanie tak wysokiej zdolności finansowej dla świadczonych usług przekracza konieczny warunek do ich właściwej realizacji. W jakim celu wykonawca musi posiadać środki lub zdolność ich uzyskania w kwocie 1 000 000 zł., co tak wysoka zdolność finansowa ma zabezpieczać, skoro wykonawca bierze na siebie obowiązek świadczenia usług na wymaganym poziomie i przy użyciu nowoczesnych urządzeń. Wymagania tego w żaden sposób nie można powiązać ze świadczonymi usługami.

Ad 5

Identyczna sytuacja jak w pkt 4 odnosi się do wymogu zawartego w pkt VII.9 siwz, a odnosząca się do ubezpieczenia działalności na kwotę 2 000 000 zł. Zamawiający żąda, aby wykonawca był ubezpieczony od OC na kwotę 2 000 000 zł.? Zachodzi więc pytanie Jakie działanie wykonawcy może spowodować jednorazową szkodę OC w wysokości 2 000 000 zł.? Postawienie takiego wymagania podmiotowego nie ma żadnego powiązania z przedmiotem zamówienia. Każdy z wykonawców asekuruje swoją działalność ubezpieczeniem, ale na poziomie ewentualnych możliwych szkód, jakie mogą wystąpić w trakcie ruchu prowadzonego przedsiębiorstwa.

Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy PZP zamawiający może żądać tylko takich wymogów podmiotowych od wykonawców, które są niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Ubezpieczenie na 2 mln zł. na pewno nie jest warunkiem koniecznym do świadczonych usług, których wartość miesięczna jest na poziomie 5 000 zł.

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. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy PZP zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji zapewniając wszystkim zainteresowanym wykonawca równy dostęp do uzyskania zamówienia. W art. 22 ust. 2 ustawy PZP zawarty został ponadto zapis zakazu ustalania takich wymagań podmiotowych udziału w postępowaniu, które by utrudniały

uczciwą konkurencję. W tym zakresie powstało liczne orzecznictwo UZP i Komentarze do ustawy, które jednoznacznie stwierdzają, że zamawiający może ustalać wymagania tylko takie, które SA niezbędne do realizacji zamówienia. Posiadanie środków w wysokości 1 mln zł. ubezpieczenie w wysokości 2 mln zł. i prowadzenie zoz przez rok to element zbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. W tym zakresie wystarczające SA środki na poziomie 250 000 zł., ubezpieczenie OC na kwotę nie większą niż 200 000 zł., a zamiast wymogu prowadzenia zoz przez 1 rok winien znaleźć się warunek świadczenia takich usług przez np. 1 rok, a ponadto wymagania co do kwalifikacji i posiadania odpowiednich uprawnień do wykonywania takich usług. Posiadanie zoz przez 1 rok nie jest żadna gwarancja prawidłowego wykonania usług.

Wobec tego wykonawca wnosi o zmianę zapisów zawartych w siwz poprzez:

- 1) dostosowanie wymagań kwotowych do realnej wysokości świadczonych usług i odpowiedzialności za szkody,
- 2) wykreślenie zapisu co do prowadzenia przez 1 rok zoz i ewentualną zmianę polegającą na wykazanie się wykonawcy w prowadzeniu działalności gospodarczej lub zawodowej w zakresie przedmiotu zamówienia przez taki okres.
- 3) wprowadzenie zapisów co do możliwości zmiany umowy w trakcie realizacji w zakresie oprotestowanym

