

Łomża, dnia 06.11.2009r.

**Sąd Okręgowy w Łomży
ul. Dworna 16
18-400 Łomża**

DSO-226/6/09

Do wszystkich Wykonawców postępowania o numerze ogłoszenia: 381264 - 2009.

Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na sukcesywne usługi sprzątania pomieszczeń i utrzymania czystości w pomieszczeniach i ciągach komunikacyjnych w budynkach Sądu Okręgowego w Łomży przy ul. Dwornej 16, Dwornej 16C i przy ul. Wojska Polskiego 2 oraz na terenach posesji przy w/w budynkach .

WEZWANIE

do przystąpienia do protestu

Sąd Okręgowy w Łomży, działając zgodnie z art. 181 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zawiadamia, że w dniu 05.11.2009r. wpłynął protest dotyczący treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W związku z powyższym Zamawiający:

- 1) wzywa Wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu;
- 2) przekazuje kopię wniesionego protestu.

Podpisała: Dyrektor Sądu Okręgowego
Irena Kulikowska Melion

Załączniki:

1. Kopia wniesionego protestu

IMPEL CLEANING Sp. z o.o.
53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118
tel. 071 7809700 - centrala
tel. 071 7809616 – sekretariat
fax 071 7809147
www.impel.pl



IMPEL CLEANING

Sp. z o.o.

53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118
tel. 071/78 09 119, fax 071/ 78 09 147
NIP 954-22-50-979 REGON 276153155

Wrocław, dnia 04.11.2009 r.

Protestujący:

Impel Cleaning Sp. z o. o.

Ul. Ślężna 118

53- 111 Wrocław

DSO-226-6/09

SĄD OKRĘGOWY W ŁOMŻY	
BIURO PODAWCZE	
W P Ł Y N E Ł O	
2009 - 11 - 0 5	godz
Nr	zał.
Złożona osobiście
Złożono pocztą	podpis:

[Signature]

Zamawiający

Sąd Okręgowy w Łomży

Ul. Dworna 16

18-400 Łomża

PROTEST

Działając na podstawie art. 180 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 roku, nr 223, poz. 1655 ze zm.), składam niniejszym protest wobec treści ogłoszenia oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Sprzątanie pomieszczeń w budynkach oraz posesji Sądu Okręgowego w Łomży”.

Protestujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie zasad udzielenia zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity DZ. U. z 2007 roku nr 223 poz 1655) .

Wskazując na powyższe zarzuty Protestujący wnosi o:

- 1) dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających coroczną waloryzację wynagrodzenia Wykonawcy o wzrost o wskaźnik wzrostu minimalnego wynagrodzenia
- 2) dopisanie do projektu umowy postanowień umożliwiających rozwiązanie przez każdą ze stron rozwiązania umowy za 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia.



Zarząd Impel Cleaning Sp. z o.o.:
Bogdan Dzik - Prezes Zarządu, Ewa Górską-Herezo – Wiceprezes Zarządu, Piotr Regulski – Wiceprezes Zarządu,
Sąd Rejonowy dla Wrocławia – Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego
Numer KRS: 0000005901, Kapitał zakładowy: 71.700.000 PLN,
NIP 9542250979, REGON 276153155, Konto: Kredyt Bank nr 59 1500 1067 1210 6005 0924 0000

- 3) zmianę treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie § 5 projektu umowy – w zakresie rażąco wysokich kar umownych

ewentualnie o:

- 4) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych, z uwagi iż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Protestujący oświadcza, że ma interes prawny we wniesieniu protestu, gdyż postanowienia specyfikacji utrudniają Protestującemu ubieganie się o uzyskanie zamówienia publicznego.

UZASADNIENIE

Protestujący zawiadamia, że powziął informację o przetargu na podstawie ogłoszenia nr 381264 – 2009 z dnia 02.11.2009 zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych. Protest jest zatem wniesiony w ustawowym terminie.

Po zapoznaniu się z treścią ogłoszenia oraz SIWZ Protestujący stwierdza, że treść zarówno ogłoszenia, jak i SIWZ narusza zasady udzielania zamówień publicznych określone w przepisach ustawy prawo zamówień publicznych.

1. Proponowany projekt umowy nie zawiera klauzul waloryzacyjnych odnośnie wynagrodzenia wykonawcy. Tymczasem praktyka ostatniego tylko roku pokazuje, iż w polskiej rzeczywistości trudno mówić o znajomości i pewności prowadzenia działalności gospodarczej w perspektywie nawet kilkuletniej. Arbitralne decyzje polityczne rządu stawiają wszystkich wobec faktów dokonanych, bez możliwości dostosowania się do nich w jakimkolwiek okresie przejściowym.

Jedną z takich okoliczności jest coroczny wzrost wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Usługi porządkowo – czystościowe, jak przedmiot niniejszego postępowania, znaczną część kosztów generują w pozycji wynagrodzenie pracowników (nawet do 90 %). Większość pracowników zatrudnianych przez wykonawców usług porządkowych otrzymuje wynagrodzenie w wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę. Zatem wszelkie zmiany – niezależne przecież od wykonawców – wpływają w bardzo istotny sposób na wysokość kosztów świadczenia usług.

Celem przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest efektywne wydatkowanie środków publicznych. Brak uwzględnienia w projekcie umowy możliwości waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że wykonawcy kalkulując cenę oferty dla umowy długoterminowej, uwzględnić muszą ewentualne ryzyko wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia tak, aby zabezpieczyć swój interes.

Wykonawcy mogą postąpić w dwojaki sposób: albo w kalkulacji od samego początku zawrzeć wysoki procent wzrostu minimalnego wynagrodzenia (wszak w 2008 r. wzrosło ono o ponad 20 %, a w 2009 r. wzrosło o ponad 13 %) i przedstawić wysoką cenę, albo pominąć wzrost wynagrodzeń i złożyć ofertę od samego początku opartą na błędnych założeniach, której wykonanie do końca kontraktu nie będzie możliwe przy spełnieniu wszystkich wymagań.

W pierwszym przypadku – rzetelnego wykonawcy - w rzeczywistości to Zamawiający zapłaci za ryzyko wkalkulowane przez wykonawcę do ceny oferty, które w pierwszym roku świadczenia usługi powoduje znaczny jej wzrost, a tym samym zbędne wydatki Zamawiającego. Stanowią one mogą zysk wykonawcy i nieuzasadniony koszt Zamawiającego, a co za tym idzie, możliwość postawienia zamawiającemu zarzutu nierzetelnego wydatkowania środków publicznych.

W drugim przypadku mamy do czynienia w istocie z dumpingiem i naruszeniem uczciwej konkurencji, ale i szansą uzyskanie zamówienia przez nierzetelnego wykonawcę, jako tańszego w momencie składania ofert. Zbyt niskie oszacowanie przez wykonawcę procentu wzrostu wysokości minimalnego wynagrodzenia negatywnie wpłynie na jakość świadczonej przez wykonawcę usługi, który zostanie zmuszony do szukania oszczędności lub do rozwiązania umowy.

Zamawiający musi sobie z powyższych okoliczności zdawać sprawę. Aby im przeciwdziałać winien w umowie zawrzeć klauzule waloryzacyjne – niekoniecznie w literalnym brzmieniu proponowanym przez Protestującego – ale dające wykonawcy możliwość negocjowania z Zamawiającym wzrostu wynagrodzenia w razie faktycznej zmiany wysokości kosztów zatrudnienia wykwalifikowanego personelu. Tylko bowiem takie podejście Zamawiającego przełożyć się może na wysoką jakość usług i tym samym minimalizację narażenia Zamawiającego na roszczenia poszkodowanych – same kary za naruszenia takiej pewności Zamawiającemu nie dadzą.

Protestujący wskazuje ponadto, iż brak możliwości zmiany wynagrodzenia wykonawcy powoduje, że Zamawiający narusza zasadę racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi i skutkować może pociągnięciem Zamawiającego do odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych na podstawie ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. Z 2005 r. Nr 14 poz. 114 ze zm.). Podkreślić należy, że organ orzekający w sprawie naruszenia dyscypliny finansów publicznych bierze pod uwagę stopień winy oraz skutki i stopień szkodliwości czynu. Dlatego też w interesie Zamawiającego i tym samym w interesie publicznym leży, aby zamawiający uwzględnił w projekcie umowy możliwość waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy o wskaźnik wzrostu minimalnej płacy a wykonawca rzetelnie skalkulował cenę oferty za faktycznie świadczoną usługę.

2. Proponowany projekt umowy nie zawiera klauzuli umożliwiającej rozwiązanie przez każdą ze stron umowy z zachowaniem okresu wypowiedzenia. Samo odesłanie do przepisów kodeksu cywilnego nie jest wystarczającym uregulowaniem możliwości rozwiązania umowy. W związku z powyższym protestujący wnosi o zamieszczenie wprost w umowie postanowienia stanowiącego, że „każda ze stron może rozwiązać umowę z zachowaniem 3 miesięcznego terminu wypowiedzenia bez ponoszenia jakichkolwiek konsekwencji z tego tytułu.”.

Protestujący zaznacza, że możliwość rozwiązania umowy z zachowaniem ustalonego przez Strony terminu wypowiedzenia powinno stanowić naturalne uprawnienie obu Stron. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia będzie korzystne dla obu Stron, a jest to rozwiązanie niezbędne w obliczu ciągle zmieniającej się sytuacji gospodarczej. Należy bowiem podkreślić, że w przypadku zaistnienia okoliczności, za które żadna strona odpowiedzialności nie ponosi, a uniemożliwiających dalsze wykonywanie umowy, każda ze Stron powinna być uprawniona do rozwiązania kontraktu. Okres wypowiedzenia umożliwi natomiast drugiej Stronie odpowiednie przygotowanie się do zakończenia bez najmniejszego dla niej uszczerbku.

Należy zwrócić także uwagę, że brak klauzuli umożliwiającej Wykonawcy wypowiedzenie umowy jest sprzeczne z treścią art. 746 § 3 kodeksu cywilnego zgodnie z którym żadna ze Stron nie może się zrzec z góry uprawnienia do wypowiedzenia kontraktu

z ważnych powodów. Mając na uwadze obowiązujące orzecznictwo Sądu Najwyższego w powyższym zakresie, zgodnie z którym wobec brzmienia art. 746 § 3 kodeksu cywilnego, nieważna byłaby (art. 58 § 1 w związku z art. 746 § 3 k.c.) klauzula wyłączająca w odniesieniu do którejkolwiek ze stron możliwość wypowiedzenia zlecenia z ważnych powodów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2001 r., III CKN 304/2000, niepubl.), należy stwierdzić a contrario, że umieszczenie w umowie postanowienia potwierdzającego uprawnienie stron do wypowiedzenia umowy z ważnych powodów jest uprawnieniem Stron, którego w żaden sposób nie można ograniczać, a tym bardziej wyłączyć. Nie ulega wątpliwości, że uregulowanie w umowie uprawnienia do zakończenia umowy przed terminem w drodze jednostronnego wypowiedzenia umożliwia stronom w każdym momencie elastyczne reagowanie na zmieniającą się rzeczywistość gospodarczą bez konieczności szczególnego uzasadniania swojej decyzji. Ponieważ bezwzględnie obowiązujące przepisy kodeksu cywilnego dają i tak stronom możliwość wypowiedzenia umowy z ważnych powodów, to bezpiecznym i pożądanym dla Zamawiającego rozwiązaniem powinno być zagwarantowanie sobie okresu wypowiedzenia, który umożliwiłby płynne zawarcie umowy z kolejnym wykonawcą, bez ryzyka, iż wypowiedzenie dotychczasowego wykonawcy nastąpi z dnia na dzień. Jak więc wynika z powyższego wprowadzenie klauzuli umożliwiającej wypowiedzenie umowy z zachowaniem terminu wypowiedzenia jest korzystne i pożądane z punktu widzenia obu Stron.

3. W § 5 projektu umowy Zamawiający wprowadził postanowienia o następującym brzmieniu:

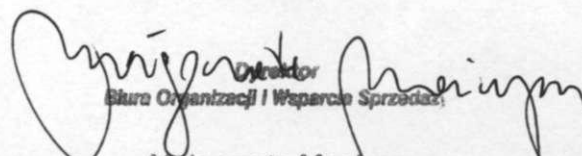
1. (...)
4. Jeżeli niedociągnięcia w wykonywaniu prac nie zostaną poprawione w ciągu dwóch dni, Zamawiający ma prawo do naliczenia kary umownej w wysokości 0,3% wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonego w § 4 pkt 1 za każdy dzień opóźnienia.
(...)
7. W przypadku, gdy Zamawiający odstąpi od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca, w szczególności z powodu rażąco niewłaściwego jej wykonywania lub gdy Wykonawca odstąpi od umowy z własnej winy lub woli, Zamawiający ma prawo naliczyć kary umowne w wysokości 5% wynagrodzenia za przedmiot umowy ustalonego w § 4 pkt 1.
(...).

Protestujący zarzuca iż taki zapis wprowadza katalog kar umownych na poziomie nieadekwatnym do wartości zamówienia publicznego. Tak wysokie kary za nawet błahe naruszenie obowiązków przez wykonawcę – nie przewidujące przy tym żadnych limitów, może doprowadzić do absurdałnej sytuacji, iż wysokość kar umownych może przekroczyć wartość wynagrodzenia wykonawcy.

Przy pełnym stosowaniu zasady swobody zawierania umów, zapis taki jak § 5 projektu umowy w niniejszym postępowaniu, nie mógłby się ostać. Żaden wykonawca usług nie zgodziłby się na takie zapisy. W stosunkach z konsumentami Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów taki zapis uznałby za niedozwolony i nałożyłby karę na podmiot wprowadzający w swoim wzorze taką praktykę. Protestujący nie neguje, iż zamówienia publiczne rządzą się swoimi prawami. Nie są one jednak sprzeczne z zasadami określonymi w kodeksie cywilnym, zwłaszcza z zasadą swobody zawierania umów oraz zasadą równego traktowania stron umowy. Proponowany w projekcie umowy zapis jest z tymi zasadami sprzeczny. Dbą tylko o interes Zamawiającego. Ponadto Protestujący zaznacza, że katalog przewinień, za które byłby odpowiedzialny Wykonawca jest bardzo szeroki i nieprecyzyjny, co w istocie umożliwi Zamawiającemu naliczanie kar umownych jednostronnie i w sposób subiektywny.

W świetle powyższego Protestujący wnosi o modyfikację powyższych postanowień, gdyż tylko w przypadku uwzględnienia protestu i wprowadzenia niezbędnych zmian do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowanie będzie mogło zakończyć się pełnym sukcesem i udzieleniem zamówienia Wykonawcy wybranemu zgodnie z prawem, z zachowaniem zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. W przypadku, gdy zmiany te nie zostaną wprowadzone, postępowanie będzie obarczone wadami mogącymi skutkować unieważnieniem postępowania.

Wobec powyższego Protestujący wnosi jak na wstępie.


Małgorzata Maciuga
Biuro Organizacji i Wsparcia Sprzedawcy