

SERWIMED® Arkadiusz Tulecki

31-431 Kraków, ul. Brogi 6

tel. / fax (12) 650 65 65; (12) 632 94 75

NIP: 872-100-64-22 Regon: 351612702

Nr konta: Fortis Bank Polska S.A. 37 1600 1198 0002 0021 9742 5001

www.serwimed.pl e-mail: serwimed@serwimed.pl

SRZ – 248 / A / 2008

Kraków, 22.12.2008 r.

SPECJALISTYCZNY SZPITAL W TARNOWIE	
Wpł.	2008 -12- 23
Nr	890
ilość	
Skierowano do:	

SPECJALISTYCZNY SZPITAL
im. E. Szczeklika w Tarnowie
ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów

PROTEST WYKONAWCY

dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 206.000 EURO na świadczenie usług polegających na odbiorze, transporcie, odzysku lub unieszkodliwianiu odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla Szpitala im. E. Szczeklika w Tarnowie (znak sprawy: **AF/ZP-27-108/08**)

Wnoszący protest: **Arkadiusz Tulecki prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „SERWIMED” 31-431 Kraków, ul. Brogi 6**

Zamawiający: **SPECJALISTYCZNY SZPITAL im. E. Szczeklika w Tarnowie
ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów**

- I. Składający ofertę w w/w postępowaniu Arkadiusz Tulecki, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "SERWIMED" **wnosi protest** na:

czynności Zamawiającego polegające na:

- **wykluczeniu** firmy "Serwimed" z udziału w przedmiotowym postępowaniu,
- **wyborze** jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy F.U.H. „Eko-Top” Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,

co narusza art. 7 ust. 1, art. 22 ust. 1 pkt. 1) i 4), art. 24 ust. 1 pkt. 10) ust. 2 pkt. 3), ust. 4, art. 44 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 1), 2), 5) i 8) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (zwana dalej ustawą p. z. p.), oraz art. 9 ust. 5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku o odpadach oraz art. 35 ust. 4 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. nr 249, poz. 2104 z późn. zm.) o finansach publicznych.

- II. **Wnoszę o:**

- 1) uwzględnienie protestu w całości,
- 2) wykluczenie wykonawcy EKO-TOP Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie oraz odrzucenie jego oferty,
- 3) wybór jako najkorzystniejszej oferty wnoszącego protest.



UZASADNIENIE

W dniu 16.12.2008 r. wnoszący protest otrzymał od Zamawiającego pismo o wyborze jako najkorzystniejszej w pakietach 1 i 2 oferty F.U.H. „Eko-Top” Sp. z o.o. oraz o wykluczeniu firmy SERWIMED z przedmiotowego postępowania.

Taka czynność Zamawiającego stanowi rażące naruszenie zapisów ustawy p.z.p. ze względu na wybór wykonawcy, który powinien zostać wykluczony z przedmiotowego postępowania, a jego oferta odrzucona.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług odbioru i unieszkodliwiania odpadów medycznych o właściwościach zakaźnych oraz innych o kodach 18 01 01, 18 01 02, 18 01 03, 18 01 04, 18 01 06, 18 01 07, 18 01 09, 18 01 82, 02 02 02. Odpady o właściwościach zakaźnych stanowią zdecydowaną większość przedmiotu zamówienia. O właściwościach zakaźnych poszczególnych kategorii odpadów mowa jest w załączniku nr 4 do ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach. W załączniku tym odpady zakaźne zostały przedstawione jako:

H9 „zakaźne”: substancje zawierające żywe mikroorganizmy lub ich toksyny, o których wiadomo lub co do których istnieją wiarygodne podstawy do przyjęcia, że powodują choroby człowieka lub innych żywych organizmów.

Należy więc uznać, że większa część zamówienia stanowią odpady o właściwościach zakaźnych (18 01 02, 18 01 03, 18 01 82), które muszą zostać unieszkodliwione metodą termicznej obróbki. F.U.H. „Eko-Top” Sp. z o.o., którego Zamawiający uznaje za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, a jego ofertę za ważną, nie spełnia kryteriów, o których mowa w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach, na podstawie której odpady medyczne o właściwościach zakaźnych powinny być poddane unieszkodliwieniu **w miejscach położonych najbliżej miejsca ich wytwarzania.**

Wykonawca F.U.H. „Eko-Top” Sp. z o.o. zaoferował unieszkodliwianie zakaźnych odpadów medycznych w spalarni zlokalizowanej w Rzeszowie, t.j. w odległości od siedziby Zamawiającego o ponad **80 km**. Oznacza to, że udzielenie zamówienia temu konkretnemu wykonawcy oznaczałoby złamanie zasady bliskości, o której mowa w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach. **Zamawiający wymaga w siwz, aby utylizacja odpadów odbywała się zgodnie z przepisami tej ustawy!** Należy zauważyć, że spalarnia zaoferowana przez wnoszącego protest znajduje się **71 km** od siedziby Zamawiającego. **Jest to najbliżej położona spalarnia do siedziby Zamawiającego.**

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa Zespołu Arbitrów:

- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-3292/05,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-3820/05,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-151/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-451/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-665/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-667/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-883/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-909/06,
- wyrok ZA sygn. UZP/ZO/0-931/06,

wedle której:

1. Należy bezpośrednio stosować zapisy ustawy o odpadach: art. 9 ust. 3-5 przed zapisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych (*lex specialis*),
2. Określenie „powinny być” zastosowane w art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach oznacza obligatoryjność i obowiązek,
3. Pomimo, iż jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty jest cena, to Zamawiający dokonując oceny ofert musi dokonać go z uwzględnieniem przepisów ustawy o odpadach, aby nie dopuścić do wyboru wykonawcy, który realizując zamówienie naruszy zasadę z art. 9 ust. 3-5 ustawy o odpadach,



4. Zawarcie umowy z wykonawcą sprzecznie z zasadą bliskości oznaczałoby nieważność umowy w oparciu o art. 58 Kodeksu Cywilnego oraz dokonanie czynności sprzecznej z ustawą o odpadach, co skutkowałoby koniecznością zastosowania sankcji określonych w art. 69a ust. 1 w zw. z ust. 2 ustawy o odpadach.

W związku z powyższym oznacza to, że wykonawca F.U.H. „Eko-Top” Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona.

Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający dopuścił udział podwykonawców w realizacji zamówienia. Zgodnie z tym zapisem wnoszący protest załączył do oferty zezwolenie podwykonawcy – Spółki „RAF-EKOLOGIA”, uprawniające go do unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotem zamówienia w pakietach 1 i 2 (odpady o kodach 18 01 06, 18 01 07 i 02 02 02).

Zamawiający w piśmie z dnia 16.12.2008 r. przedstawił uzasadnienie wykluczenia z postępowania firmy SERWIMED, w którym twierdzi, że nie zostały przedstawione dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu – decyzje zezwalające na unieszkodliwianie w/w odpadów. Zamawiający stwierdził również, że takie zezwolenia winien posiadać Wykonawca, a nie zaś jego podwykonawca.

Takie postępowanie Zamawiającego wypacza sens zasad podwykonawstwa, określonych art. 48 ust. 3 Dyrektywy 2004/18/WE - „*Nie budzi wątpliwości stwierdzenie, że postanowienia wspólnotowego prawa zamówień publicznych zezwalają oferentom na korzystanie z zasobów należących do innych podmiotów lub też na wykonywanie zamówienia przez podwykonawców. Z preambuły dyrektywy 2004/18 wynika, że fakt zlecania pewnych robót czy usług podwykonawcom może wpłynąć korzystnie na rozwój małych i średnich przedsiębiorstw, które samodzielnie nie byłyby w stanie konkurować z silniejszymi przedsiębiorstwami.*” (Aleksandra Sołtyśńska. Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie I. Kantor wydawniczy Zakamycze 2006, str. 218).

Przepisy „art. 48 ust. 3 i 4 dyrektywy dotyczą dokumentowania zdolności wykonawcy w nawiązaniu do jego współpracy z innymi podmiotami lub w związku z występowaniem w grupie wykonawców.” (Aleksandra Sołtyśńska. Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie I. Kantor wydawniczy Zakamycze 2006, str. 385). Powyższe dwa przepisy zezwalają zatem wykonawcom na:

- a) składanie ofert wspólnych (art. 48 ust. 4 dyrektywy) albo
- b) na korzystanie z potencjału podwykonawcy (art. 48 ust. 3) lub
- c) na mieszanie tych instytucji.

Ponadto podkreślić należy, iż przepis art. 48 ust. 3 dyrektywy dopuszcza „*powoływanie się na zdolność innych podmiotów, które nie biorą bezpośredniego udziału w postępowaniu przetargowym; mogą to być firmy współpracujące z oferentem lub jego potencjalni podwykonawcy. Wykonawca może polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Zamawiający nie może żądać przybrania konkretnej formy współpracy czy też zawarcia określonej umowy.*” (Aleksandra Sołtyśńska. Europejskie Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie I. Kantor wydawniczy Zakamycze 2006, str. 385 w zw. z str. 371).

Wnoszący protest wykazał, że jego podwykonawca posiada uprawnienia do wykonywania czynności - poprzez przedłożenie jego zezwolenia oraz, że dysponuje jego potencjałem - poprzez przedłożenie umowy z podwykonawcą.

Obowiązująca, znolizowana ustawa Prawo zamówień publicznych w pełni potwierdza konieczność stosowania podwykonawstwa (czy to z powodów awarii, konieczności dokonywania konserwacji, czy w końcu, jak przy odpadach, braku zezwoleń na wszystkie odpady przez Wykonawcę). W tym celu art. 36 ust. 3-4 u.p.z.p. ustanawia ogólną regułę dopuszczającą podwykonawstwo. Ustawodawca w powyższy sposób uregulował podwykonawstwo dopuszczając je w przypadku każdego zamówienia. Pozbawionym bowiem celu i sensu oraz nadmiernym formalizmem skutkującym ograniczeniem konkurencji byłoby teraz zaprzeczenie przepisom dopuszczającym podwykonawstwo poprzez wymaganie uprawnień również od Wykonawcy. Taka interpretacja zaprzeczyłaby intencji ustawodawcy dopuszczenia podwykonawstwa. Regulacja ta umożliwiła wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy nie dysponują samodzielnie potencjałem



technicznym czy osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (*Uzasadnienie do nowelizacji ustawy z dnia 24 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych*).

Zamawiający dokonał ponadto niedopuszczalnie rozszerzającej interpretacji artykułu 22 ustawy prawo zamówień publicznych. Wymagane przez ustawę o odpadach uprawnienia do realizacji przedmiotowego zamówienia uprawnień określa artykuł 25 ustawy o odpadach. Wnoszący niniejszy protest spełnia wszelkie wymagania ustawowe do realizacji zamówienia, ponosząc jednocześnie samodzielnie całkowitą odpowiedzialność za przejęte od zamawiającego wszystkie wyszczególnione w SIWZ odpady. Uprawnienia te zostały załączone do złożonej oferty. Kontynuacja reprezentowanej przez zamawiającego błędnie rozciągającej interpretacji ustawy o odpadach nakazywałaby też posiadać uprawnienia do unieszkodliwiania odpadów po np. spaleniu odpadów odebranych od zamawiającego itd.. Takie interpretowanie prawa jest sprzeczne z nowelizacją ustawy pzp i szkodliwe dla finansów szpitala. Powoływanie się na uprzednie orzeczenia zespołów arbitrów jest w całej rozciągłości błędne w świetle obecnej interpretacji znowelizowanych przepisów pzp.

W związku z powyższym należy uznać, że wnoszący protest złożył w przedmiotowym postępowaniu ważną ofertę, zawierającą wszystkie wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jest to oferta ważna i nie podlegająca odrzuceniu. Wykluczenie SERWIMED z postępowania i odrzucenie jego oferty stanowi rażące naruszenie ustawy p.z.p., a w szczególności zapisów art. 7 ust. 1, nie zachowując zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający na podstawie przepisów art. 35 ust. 4 ustawy o finansach publicznych jest zobowiązany do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych. Przepis stanowi wyraźnie, iż „jednostki sektora finansów publicznych dokonują zakupów dostaw, usług i robót budowlanych na zasadach określonych w przepisach o zamówieniach publicznych.”

Nie ma żadnego przepisu ustawy o finansach publicznych, ustawy Prawo zamówień publicznych lub ustawy o odpadach, który by zwalniał Zamawiającego ze stosowania tego przepisu. Mało tego nie stosowanie przepisów u.p.z.p. stanowi naruszenie ustawy z dn. 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2005 r., Nr 14, poz. 114 ze zm.), o czym jasno ustawodawca zapisał w przywołanej ustawie. Zamawiający nie może zatem stosować preferencji lokalnych – bo nie ma ich przewidzianych w przepisach ustawy Prawa zamówień publicznych.

Wskazać należy, iż do postępowania z odpadami medycznymi mają zastosowanie zarówno przepisy ustawy o odpadach jak i przepisy ustawy o finansach publicznych, Prawa zamówień publicznych i naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zastosowanie to powinno polegać na tym, iż w postępowaniu przetargowym powinni wziąć udział tylko ci przedsiębiorcy, którzy legitymują się decyzjami wynikającymi z ustawy o odpadach lub ustawy Prawo ochrony środowiska. Natomiast wybór zwycięskiego oferenta powinien następować tylko według przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ponadto art. 35 ust. 3 pkt 1), ustawy o finansach publicznych nakazuje każdemu Zamawiającemu wydawać środki publiczne **w sposób celowy i oszczędny**, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów. Zamawiający wybierając ofertę droższą nieracjonalnie gospodaruje powierzonymi środkami publicznymi, co narusza przepisy przywołane powyżej. Zlecając realizację zamówienia z naruszeniem zasad ustawy o odpadach, a w szczególności art. 9 tej ustawy naraża finanse publiczne na znaczny uszczerbek w postaci sankcji karnych przewidzianych w ustawie o odpadach, co również narusza zasadę racjonalnego gospodarowania środkami publicznymi.

W myśl art. 7 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców, działając na niekorzyść wnoszącego protest.



W związku z działaniem Zamawiającego opisanym w niniejszym proteście, rażąco naruszającym ustawę p.z.p. i ustawę o odpadach, doznaliśmy uszczerbku w naszym interesie prawnym i ekonomicznym.

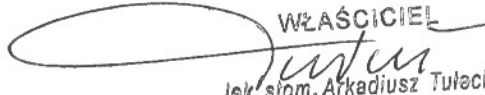
Z uwagi na powyższe wnoszę jak na wstępie.

Otrzymują:

1 x Adresat

1 x BRP

1 x a/a

WŁAŚCICIEL

lek. stom. Arkadiusz Tułacki



SERVIMED®

31-431 Kraków, ul. Brogi 6

tel.: 012 650-65-65, tel./fax: 012 632-94-75

NIP: 872-100-64-22, Regon: 351612702