



PZU Życie SA

Kraków, 31 sierpnia 2009r.

Wnoszący protest

Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie SA z siedzibą w Warszawie

Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa

Oddział w Krakowie

ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków

Zamawiający

Specjalistyczny Szpital im. Edwarda

Szczeklika w Tarnowie,

ul. Szpitalna 13, 33-100 Tarnów

PROTEST

wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia

Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie Spółka Akcyjna, Al. Jana Pawła II 24, 00-133 Warszawa, Oddział w Krakowie, ul. Krowoderskich Zuchów 12, 31-272 Kraków, składa protest w postępowaniu prowadzonym przez w/w Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego oznaczonego sygnaturą 139933-2009, data zamieszczenia 25.08.2009 r. na „Usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Specjalistycznego Szpitala im. E. Szczeklika w Tarnowie oraz członków ich rodzin”.

Wnoszący protest powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu w dniu 31 sierpnia 2009 roku. W związku z tym, zgodnie z art. 180 ust. 3 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, protest został złożony w terminie 7 dni od dnia, w którym protestujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia protestu.



PZU Życie SA

Protest zostaje wniesiony wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Postępowanie Zamawiającego narusza w szczególności przepisy art. 7 ust. 1, 22 ust. 2 oraz art. 29 ust. 2, art. 36 ust. 1 pkt. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych i doprowadziło do naruszenia interesu prawnego wnoszącego protest, w szczególności poprzez niezapewnienie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy udzielaniu przedmiotowego zamówienia w oparciu o przygotowaną przez Zamawiającego Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia jak również przygotowanie specyfikacji z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o działalności ubezpieczeniowej (ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej Dz. U. z dnia 16 lipca 2003 r.) oraz ustawy z 23.04.1964 r. kodeks cywilny.

Wobec powyższego wnoszę o unieważnienie postępowania, postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz ponowne ogłoszenie przetargu i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Uzasadnienie

Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony na „Usługę grupowego ubezpieczenia na życie pracowników Specjalistycznego Szpitala im. E. Szczeklika w Tarnowie oraz członków ich rodzin”. Szczegółowe wymagania, których oczekuje Zamawiający zostały ujęte w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ). Treść tej Specyfikacji narusza jednakże przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, a to przepisy: art. 22 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 – ustanawiające zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania, które powinno być zagwarantowane wykonawcom, którzy zamierzają ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a którym utrudniono w ten sposób dostęp do tego postępowania. Co jednak najistotniejsze, treść Specyfikacji stanowi oczywiste naruszenie zasady równości stron oraz może prowadzić do wyzysku Wykonawcy w razie zawarcia umowy po przeprowadzeniu postępowania.



PZU Życie SA

1.

Na samym wstępie Wykonawca podnosi zarzut **abuzywności poszczególnych zapisów Ogłoszenia, SIWZ, załączników do SIWZ** (oświadczenia, wzory umów) w części, w jakiej żąda się od Wykonawcy złożenia oświadczeń:

- jak w pkt. 3.5., 3.9., 6.1. lit. I SIWZ;
- Wykonawca **rezygnuje z wymogu minimalnego limitu pracowników przystępujących do ubezpieczenia i z prawa do wartościowania składki ubezpieczeniowej oraz zasad ochrony ubezpieczeniowej w zależności od ilości osób przystępujących** (par. 2 ust. 2 Załącznika 3A oraz 3B do SIWZ).
- **Wykonawca gwarantuje niezmienność oferty, bez względu na liczebność grupy** (par. 2 ust. 6 Załącznika 3A oraz 3B do SIWZ)
- jak we wzorze oświadczenia w Załączniku nr 4 do SIWZ

Ustawa Prawo zamówień publicznych w przepisie art. 14 stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – kodeks cywilny. Potwierdzenie zasady zawarte jest w art. 139 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Stąd też treść warunków umowy i specyfikacji w postępowaniu o zamówienie publiczne należy oceniać pod kątem jej zgodności z przepisami kodeksu cywilnego, a jakiegokolwiek naruszenie przepisów k.c., w tym w sposób szczególny przepisów ogólnych, powoduje naruszenie art. 14, 15 ust. 1 oraz art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Strony układając stosunek prawny według własnego uznania muszą pamiętać, że treść i cel umowy **nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, a także zasadom współżycia społecznego.**



PZU Życie SA

Tymczasem właśnie na wysokość składki za ubezpieczenie bezpośredni wpływ ma liczba ubezpieczonych, zakwalifikowanie do właściwego ryzyka, itp. Należy stanowczo podkreślić, iż kluczowe znaczenie ma kwestia liczby ubezpieczonych. Stąd sytuacja, w której Zamawiający wymaga, aby Wykonawca przedłożył kalkulację składki ubezpieczeniowej nie mając pewności, czy do ubezpieczenia przystąpi 10, 100, 300, czy też jeszcze inna liczba osób, stanowi oczywiście naruszenie zasad swobody umów. Jest bowiem kwestią oczywistą, iż Zamawiający musi zagwarantować Wykonawcy minimalną liczbę ubezpieczonych w danym produkcie tak, aby Wykonawca mógł skalkulować składkę, obliczyć ryzyka oraz ocenić opłacalność danego przedsięwzięcia.

Tymczasem Zamawiający nie gwarantuje Wykonawcy liczby osób, które przystąpią do ubezpieczenia wymagając równocześnie określenia ceny usługi niezależnie od liczby ubezpieczonych.

W sprawie uzasadniony jest także zarzut naruszenia zapisu art. 388 k.c. dotyczącego wyzysku – jak bowiem inaczej określić powyższy stan faktyczny, gdzie wymaga się od Wykonawcy złożenia oferty, gdzie po zawarciu umowy ubezpieczenia może się okazać, że **umowa będzie skrajnie niekorzystna dla Wykonawcy – na dzień złożenia oferty Wykonawca nie ma żadnej możliwości oceny opłacalności uczestnictwa w przetargu oraz w zawarciu samej umowy – jest to jedna wielka niewiadoma, na skutek propozycji zapisów wprowadzonych przez Zamawiającego.** W tym kontekście złożone oświadczenia przez Wykonawcę, zapewnienia zawarte we zworze umów, mogą być dotknięte wadą w związku z przymusowym położeniem, w jakim Zamawiający stawia Wykonawcę formułując w/w zapisy.

2.

Jakkolwiek w specyfikacji podano stan i strukturę zatrudnienia to jednak nie podano struktury wiekowej współmałżonków, którzy potencjalnie także mogą być objęci zakresem ubezpieczenia, jak również nie wskazano, nawet w przybliżeniu przynajmniej grupy ryzyka, do której mogą być oni zakwalifikowani.



PZU Życie SA

3.

Dodatkowo należy podkreślić, że wyznaczono **zbyt krótki termin na składanie ofert** przez wykonawców. Rzetelne opracowanie oferty zbiorowego ubezpieczenia na życie jest czasochłonne i wymaga przeprowadzenia szczegółowych założeń oraz opracowania koncepcji ubezpieczenia, które mogłoby zostać ubrane w formę oferty. W uzupełnieniu powyższych uwag wskazać należy, że Zamawiający wprowadził własne definicje zdarzeń, wyłączeń, zakresów ubezpieczeń, co oznacza, że Wykonawca zmuszony jest do dostosowania produktów będących w jego ofercie do wymagań Zamawiającego w tym zakresie. Stąd sytuacja powyższa preferuje zakłady ubezpieczeń, które posiadają definicje zdarzeń, wyłączeń, itp., zgodne z zamieszczonymi w specyfikacji – a Wykonawcę stawia się w sytuacji, gdzie w terminie 7 dni od zamieszczenia ogłoszenia o przetargu zobligowany jest do dogłębnego przeanalizowania specyfikacji, podjęcia decyzji co do uczestnictwa w przetargu oraz dostosowania brzmienia OWU do żądanych przez Zamawiającego.

Reasumując powyższe, skoro Zamawiający postanowił wprowadzić własne definicje poszczególnych zdarzeń, wyłączeń, itp., to termin złożenia oferty winien być tak ustalony, aby zakłady ubezpieczeń, których produkty odbiegają w definicjach od żądanych przez Zamawiającego, posiadały odpowiedni czas na ich dostosowanie do danego postępowania. W ocenie Wykonawcy, termin 7 dni na złożenie oferty stanowi oczywiste naruszenie równości stron, a tym samym narusza przepisy ustawy prawo zamówień publicznych.

Ustalone w specyfikacji wymagania ograniczają tym samym krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, co stanowi formę dyskryminacji pośredniej wykonawców (por. wyrok z dnia 13 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych KIO/UZP 1502/08 oraz wyrok z dnia 20 listopada 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych KIO/UZP 1273/08).

4.

Mając na uwadze stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 1 października 2008 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Zamówień Publicznych KIO/UZP 984/08, zgodnie z którym wystarczającym jest uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji przy opisie przedmiotu zamówienia, czy w wyroku z dnia 2 sierpnia 2007 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie



PZU Życie SA

Zamówień Publicznych KIO/UZP UZP/ZO/0-913/07; UZP/ZO/0-943/07, zgodnie z którym Zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wymaga faktycznego wykazania przez odwołującego, lecz uznaje za wystarczające samo uprawdopodobnienie utrudnienia konkurencji, należy uznać, że **powyżej wskazane argumenty w wystarczający sposób uprawdopodobniają pojawiające się na gruncie opracowanej przez Zamawiającego SIWZ utrudnienia konkurencji co uzasadnia uwzględnienie protestu w całości.**

7.

Nadto należy oprotestować **niezgodność ogłoszenia o zamówieniu publicznym z dnia 25 sierpnia 2009 r. „Czas trwania zamówienia lub termin wykonania: okres w miesiącach: 12.”**

– Sekcja II, pkt II.2 z:

- Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie Pkt. 4 „Termin wykonania zamówienia”, gdzie wskazano okres realizacji zamówienia: 12 miesięcy od 01.10.2009 r. – 30.09.2010 r.

oraz z

- brzmieniem Załącznika nr 3A oraz 3B do SIWZ (wzór umowy) par. 2 ust. 1 które przewidują zawarcie umowy **na okres od 01.10.2009 do 30.09.2010 (12 miesięcy).**

Tymczasem przepis art. 112 Kodeksu cywilnego przewiduje że termin oznaczony w miesiącach kończy się **z upływem dnia, który datą odpowiada początkowemu dniowi terminu**, a gdyby takiego dnia w ostatnim miesiącu nie było – w ostatnim dniu miesiąca. Z uwagi na wymaganą ciągłość terminu nie zachodzi podstawa do zastosowania dyspozycji art. 114 Kodeksu cywilnego.

Powyższa rozbieżność treści ogłoszenia i postanowień SIWZ powoduje **nie dające się usunąć wątpliwości co do intencji zamawiającego, czy wymaga objęcia ubezpieczeniem przez okres od dnia 1 października 2009 do 30 września 2010, czy też przez okres 12 miesięcy od dnia 1 października 2009 do 1 października 2010 albo od 30 września 2009 do 30 września 2010 r.**

W kontekście możliwości wystąpienia zdarzeń wywołujących konieczność wypłaty świadczeń z ubezpieczenia w każdym z dni, w których objęcie ubezpieczeniem jest możliwe **konieczna jest modyfikacja treści SIWZ albo modyfikacja treści ogłoszenia.**



PZU Życie SA

8.

Należy oprotować niegodność specyfikacji – Załącznik 3A oraz 3B– wzór umowy, par. 2 ust. 2, ust. 6 z brzmieniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz kodeksu cywilnego – zapisy powyższe naruszają zasady równości stron, stanowią formę wyzysku wykonawcy, gdzie w wyniku akceptacji takich zapisów może przyjąć na siebie skrajnie niekorzystne warunki ubezpieczenia, albowiem Zamawiający nie gwarantuje minimalnej liczby osób, które przystąpią do ubezpieczenia – a tym samym nie gwarantuje minimalnej wartości zamówienia.

W tym zakresie zapis jest oczywiście wadliwy

9.

Należy oprotować niegodność specyfikacji – Załącznik 3A oraz 3B – wzór umowy, par. 5 ust. 2 w zakresie, w jakim posługuje się pojęciem „spóźnienia” z brzmieniem przepisów kodeksu cywilnego, gdzie występują pojęcia „zwłoki” lub „opóźnienia”. W powyższej kwestii na tle realizacji umowy mogą powstać wątpliwości co do kwalifikacji spóźnienia jako niewykonania zobowiązania na skutek okoliczności zawnionych bądź też nie przez Zamawiającego, a umowa nie powinna budzić wątpliwości interpretacyjnych, jak również powinna posługiwać się stosowaną w profesjonalnym obrocie terminologią.

W tym zakresie zapis jest oczywiście wadliwy

10.

Należy oprotować niegodność specyfikacji – Załącznik 3A oraz 3B – wzór umowy, par. 8 ust. 1 pkt. 2) z art. 83 prawo upadłościowe i naprawcze.

Zgodnie z w/w przepisem, nieważne są postanowienia umowy zastrzegające na wypadek ogłoszenia upadłości zmianę lub rozwiązanie stosunku prawnego, którego stroną jest upadły.

W tym zakresie zapis jest oczywiście wadliwy.



PZU Życie SA

11.

Należy oprotować niegodność specyfikacji – Załącznik 3A oraz 3B – wzór umowy, par. 9 ust. 1 z art. 66, 67, 68 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje kwestię zamówień uzupełniających (zamówień z wolnej ręki) odmiennie, niż proponuje Zamawiający. Co więcej, w/w zapis wzoru umowy jest niezgodny z zapisem zawartym w Ogłoszeniu o zamówieniu SEKCJA II pkt 1.7, gdzie wyraźnie wskazano, że nie przewiduje się udzielenia zamówień uzupełniających.

12.

Należy oprotować niegodność specyfikacji – Załącznik 3A oraz 3B, par. 10 umowy, przewidującego właściwość sądu na rzecz zamawiającego, z brzmieniem bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 9 ustawy o działalności ubezpieczeniowej (ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej Dz. U. z dnia 16 lipca 2003 r.).

W tym zakresie zapis jest oczywiście wadliwy.

W związku z powyższym należy uznać że specyfikacja we wskazanych zakresach jest sprzeczna z ustawą oraz przepisami prawa; ponadto uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek (w tym przypadku omyłek redakcyjnych specyfikacji) jest uprawnieniem zamawiającego i to wyłącznie w zakresie ofert. Inne dokumenty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą podlegać konwalidacji w tym trybie.

Biorąc pod uwagę wyżej wymienione okoliczności, wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. dokumenty uprawniające do reprezentowania Wykonawcy w niniejszym postępowaniu

Z poważaniem,

Dyrektor
ds. Klienta Korporacyjnego
Izabela Baszak-Wolańska

Pełnomocnik Prezesa Zarządu
ds. Strategicznych Klientów

Jerzy Nowak