



**SZPITAL SPECJALISTYCZNY
w BRZOSZOWIE**
PODKARPACKI OŚRODEK ONKOLOGICZNY
im. Ks. Bronisława Markiewicza

ADRES: 36-200 Brzozów, ul. Ks. J. Bielawskiego 18
tel./fax. dyrekcja (0...13) 43 41 420, 43 09 552
tel. informacji (0...13) 43 09 500
www.szpital-brzozow.pl
e-mail: zampub@szpital-brzozow.pl

Sz.S.P.O.O. SZPiGM 3821/51/2009

Brzozów 21.10.2009 r.

**Do
Wykonawców
w postępowaniu w trybie
przetargu nieograniczonego
na wybór wykonawcy dostawy
sprzętu medycznego jednorazowego
użytku
Spr. nr SZPiGM 3821/51/2009**

Szpital Specjalistyczny w Brzozowie Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny im. Ks. B. Markiewicza, występując jako zamawiający w niniejszym postępowaniu, na podstawie art. 181 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zawiadamia o wniesieniu protestu w niniejszym postępowaniu przez firmę Covidien Polska Sp. z o.o., w załączeniu treść protestu. Równocześnie na podstawie powołanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Z-ca DYREKTORA
d/s ORGANIZACYJNO-ADMINISTRACYJNYCH

Wz. Dariusz Bryś

Warszawa, dnia 19 października 2009 r.

Zamawiający:
Szpital Specjalistyczny w Brzozowie
Podkarpacki Ośrodek Onkologiczny
im. Ks. Bronisława Markiewicza
ul. Ks. J. Bielawskiego 18
36-200 Brzozów
fax: 0-13 43-41-420, 43 09 552
e-mail: zampub@szpital-brzozow.pl

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Protestujący:
Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku, nr sprawy: Sz.S.P.O.O. SZPiGM 3821/51/2009

PROTEST

dotyczący postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ)

Działając na podstawie przepisu art. 179 ust. 1 oraz 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.), dalej jako: Prawo zamówień publicznych, w imieniu Protestującego Covidien Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego prowadzonego przez Sąd Rejonowy dla m. st. Warszawy w Warszawie, XII Wydział Gospodarczy Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000048187, której odpis z KRS wraz z dokumentem pełnomocnictwa przedkładam, niniejszym składam protest:

2009 -10- 19

Covidien Polska sp. z o.o.
K. Jasińska
Katarzyna Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) zawierającej projekt umowy,

sporządzonej przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Dostawę sprzętu medycznego jednorazowego użytku, nr sprawy: Sz.S.P.O.O. SZPIGM 3821/51/2009,

zarzucając Zamawiającemu:

- 1.) w § 6 pkt a) projektu umowy stanowiącego część SIWZ – nieuprawnione zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kary umownej za zwłokę z tytułu niedostarczenia zamówionej części przedmiotu umowy w określonym umową w zryczałtowanej kwocie 500 złotych za każdy dzień zwłoki, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: k.c.) w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 2.) w § 6 pkt. c) projektu umowy stanowiącego część SIWZ – nieuprawnione zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kary umownej za zwłokę z tytułu odmowy przyjęcia zamówienia na dostawę części przedmiotu umowy w zryczałtowanej kwocie 500 złotych, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 3.) w § 6 pkt d) projektu umowy stanowiącego część SIWZ – niezasadne obligowanie wykonawcy do usunięcia wad przedmiotu umowy w niemożliwym do dochowania terminie 5 dni od dnia zgłoszenia wady oraz bez względu na ewentualną wadliwość przedmiotu umowy, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 355 § 1, art. 387 § 1, art. 556 § 1, art. 560 § 1 zd. 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 4.) w § 6 pkt. e) projektu umowy stanowiącego część SIWZ – nieuprawnione zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kary umownej z tytułu odstąpienia od umowy przez zamawiającego w wysokości 10% niezrealizowanej części przedmiotu umowy, jednak nie mniejszej niż w zryczałtowanej wysokości 5000 złotych, jak również niezasadne uniezależnienie tejże kary od ewentualnej odpowiedzialności wykonawcy, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 476, art. 487 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej: k.c.) w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 5.) w § 6 pkt. f) projektu umowy stanowiącego część SIWZ – nieuprawnione zastrzeżenie na rzecz zamawiającego odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia w zapłacie kar umownych, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 476, art. 481 § 1, art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych;
- 6.) w § 7 projektu umowy stanowiącego część SIWZ – niezgodne z obowiązującymi przepisami zastrzeżenie na rzecz zamawiającego uprawnienia do odstąpienia od umowy, co stanowi

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.

Katarzyna Jasinska
Kierownik Działu Przetargów

Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

naruszenie art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 355 § 1 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1, jak również art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zważywszy na powyższe wnoszę o:

- 1.) skreślenie postanowienia § 6 pkt a) projektu umowy stanowiącego część SIWZ ewentualnie wprowadzenie w § 6 pkt a) projektu umowy stanowiącego część SIWZ modyfikacji w postaci ustalenia kar umownych jako procentu od wartości dostawy zamówionej zgodnie z brzmieniem § 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ;
- 2.) skreślenie postanowienia § 6 pkt c) projektu umowy stanowiącego część SIWZ ewentualnie wprowadzenie w § 6 pkt c) projektu umowy stanowiącego część SIWZ modyfikacji w postaci ustalenia kar umownych jako procentu od wartości dostawy zamówionej zgodnie z brzmieniem § 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ;
- 3.) modyfikację postanowienia § 6 pkt d) projektu umowy stanowiącego część SIWZ poprzez nadanie mu brzmienia: *W przypadku wad przedmiotu umowy, Sprzedający zobowiązany jest do ich usunięcia w terminie 10 dni od daty zgłoszenia wady, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej jak w ust. 3;*
- 4.) skreślenie postanowienia § 6 pkt e) projektu umowy stanowiącego część SIWZ ewentualnie wprowadzenie w § 6 pkt e) projektu umowy stanowiącego część SIWZ modyfikacji poprzez nadanie mu brzmienia: *Kupujący, w przypadku udokumentowania 3 nieterminowych dostaw z winy Sprzedawcy, może odstąpić od umowy ze skutkiem natychmiastowym. W takiej sytuacji Sprzedawca zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 10% nierealizowanej części przedmiotu umowy;*
- 5.) skreślenie postanowienia § 6 pkt f) projektu umowy stanowiącego część SIWZ ewentualnie wprowadzenie w § 6 pkt f) projektu umowy stanowiącego część SIWZ modyfikacji poprzez nadanie mu brzmienia: *Sprzedający zobowiązany jest do zapłaty kar umownych w terminie 7 dni od dnia wezwania do zapłaty. W przypadku niedotrzymania terminu określonego w wezwaniu do zapłaty Kupujący ma prawo potrącić należną kwotę z bieżących należności Sprzedającego;*
- 6.) skreślenie zapisu § 7 projektu umowy stanowiącego część SIWZ ewentualnie modyfikację tego zapisu poprzez określenie minimalnej i maksymalnej ilości sprzętu jednorazowego użytku, do których zamówienia zobowiązany będzie Zamawiający w granicach +/- 20% ilości określonej w formularzach cenowych.

UZASADNIENIE

W § 6 pkt a) oraz pkt c) projektu umowy stanowiącego część SIWZ Zamawiający zastrzega na własną rzecz karę umowną w zryczałtowanej kwocie 500 złotych brutto, ²⁰⁰⁹⁻¹⁰⁻¹⁹ naliczaną za każdy dzień zwłoki lub jednorazowo.

Covidien Polska Sp. z o.o.

Al. Jerozolimskie 162

02-342 Warszawa

Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Covidien Polska Sp. z o.o.

Katarzyna Jasinska
Kierownik Działu Przetargów

W opinii Protestującego takie ukształtowanie kar umownych jest bezprawne, bowiem przewiduje naliczanie kar w oderwaniu od wartości spóźnionej lub nieprzyjętej do realizacji partii dostawy. Ponadto kwotowe określenie kary umownej może prowadzić do naliczenia kary rażąco wygórowanej, znacznie odbiegającej od ewentualnego stopnia zawinienia wykonawcy i wysokości szkody Zamawiającego. Możliwa jest bowiem taka sytuacja, w której kara umowna za jeden dzień zwłoki w dostawie będzie przekraczać wartość zamówienia, jeśli zamówienie nie będzie przenosiło kwoty 500 zł. Tym samym kilka dni zwłoki w dostawie będzie po stronie zamawiającego rodziło uprawnienie do naliczenia kary w kwocie przekraczającej kilkakrotnie wartość świadczenia wykonawcy. Wobec powyższego kara umowna, którą w takim kształcie zastrzegł sobie Zamawiający, pozostaje w ewidentnej sprzeczności z zasadą równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego, stawiając Zamawiającego, w sposób nieuprawniony, w zdecydowanie bardziej uprzywilejowanej pozycji niż Wykonawcę. Zauważyć bowiem trzeba, że jeżeli swojego podstawowego obowiązku (zapłata ceny) nie wykona Zamawiający, Wykonawca może co najwyżej naliczyć odsetki za zwłokę. Jeżeli zaś swojego podstawowego obowiązku (dostawa zamówionej partii towaru) nie wykona Wykonawca, Zamawiający może: naliczyć wykonawcy karę umowną za zwłokę w dostawie w zryczałtowanej wysokości 500 złotych za każdy dzień zwłoki oraz odstąpić od umowy naliczając karę umowną w wysokości 10% niezrealizowanej części przedmiotu umowy, jednak nie mniejszej niż 5000 złotych. Wobec takich dysproporcji trudno mówić o równości stron umowy w proponowanej przez Zamawiającego wersji i zachowaniu zasad współzycia społecznego.

Podkreślić także należy, kara zastrzeżona w skarżonym postanowieniu będzie mogła być naliczana nawet wówczas, gdy po stronie Zamawiającego w ogóle nie powstanie szkoda, a więc będzie stanowiła bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego. Bez wątpienia pozostaje to w sprzeczności ukształtowaną w kodeksie cywilnym funkcją kary umownej, która stanowi surogat odszkodowania. Funkcją kary umownej jest bowiem dyscyplinowanie wykonawcy i ułatwienie dochodzenia naprawienia szkody przez Zamawiającego. Wysokość kary nie może być jednak oderwana od potencjalnej szkody Zamawiającego. Prowadzi to niewspółmiernego z wysokością ewentualnej szkody naliczenia kwoty kar, co następnie może skutkować sądowym miarkowaniem kar. Jest to więc ryzyko dla obu stron kontraktu.

Należy wobec tego uznać, że umowa w tym zakresie jest niezgodna z art. 353¹ k.c., zaś Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.

Tym samym w tym zakresie Zamawiający dopuszcza się naruszenia art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Twierdzenia Protestującego znajdują potwierdzenie w ugruntowanej praktyce orzeczniczej odnośnie kar umownych. W wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 23 sierpnia 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1030/07) orzeczono, że *W zakresie zarzutu dotyczącego wysokości kar umownych Zespół Arbitrów zauważa, iż zgodnie z kodeksem cywilnym kara umowna ma charakter odszkodowawczy, kompensacyjny a nie prewencyjny jako silny środek oddziaływania na niesolidnych wykonawców, zapewniający należyte wykonanie umowy. Należy pamiętać, że rażąco wygórowane kary prowadzą do*

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Covidien Polska Sp. z o.o.
Katarzyna Jasinska
Kierownik Działu Przetargów

2009 -10- 19

sprzeczności celu umowy z zasadami współżycia społecznego, której skutkiem jest bezwzględna nieważność czynności prawnej (art. 353¹ w zw. z art. 58 par. 1 k.c.). Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 25 maja 2007 r. (sygn. akt I CSK 484/2006, LexPolonica nr 1765137, OSNC 2008/B, poz. 34) stwierdzono: *Nie jest dozwolone zastrzeżenie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej*. Analogicznie wypowiedział się również Sąd Apelacyjny w Krakowie w wyroku z dnia 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90, LexPolonica nr 311763, OSAISN 1991/4, poz. 20, str. 30): *Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art. 58 k.c.) oraz wykonywania praw podmiotowych (art. 5 k.c.)*. Również w wyroku Sądu Najwyższego - Izba Cywilna i Administracyjna z dnia 17 marca 1988 r. (sygn. akt IV CR 58/88, LexPolonica nr 319962) orzeczono: *Kara umowna - jako rażąco wygórowana - powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela*.

Powyższe rozważania odnieść należy również do postanowienia zamieszczonego w § 6 pkt e) projektu umowy stanowiącego część SIWZ, gdzie Zamawiający zastrzega na własną rzecz karę umowną w minimalnej wysokości 5000 złotych, uzależniając jej naliczenie od 3 nieterminowych dostaw, a więc od okoliczności, za które wykonawca może nie ponosić odpowiedzialności. „Nieterminowość” w tym wypadku oznacza bowiem opóźnienie, a więc obiektywny upływ czasu w stosunku do oznaczonego terminu. Tym samym przekroczenie terminu, nawet bez winy po stronie wykonawcy, a więc w następstwie okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, daje zamawiającemu możliwość naliczenia kary, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 471 k.c., który stanowi, że *dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi*.

Wobec powyższego wnioski z pkt. 1, 2 oraz 4 petitum niniejszego protestu należy uznać za uzasadnione.

W świetle obowiązujących przepisów na aprobatę nie zasługuje również postanowienie zawarte w § 6 pkt d) projektu umowy stanowiącego część SIWZ:

W przypadku stwierdzenia przez Kupującego wad przedmiotu umowy, Kupujący zobowiązany jest do ich usunięcia w terminie 5 dni od daty zgłoszenia wady, pod rygorem odpowiedzialności odszkodowawczej jak w ust. 3

Po pierwsze zważyć należy, iż w celu uniknięcia ewentualnych wątpliwości interpretacyjnych, obowiązek w zakresie wymiany reklamacyjnej należałoby nałożyć na wykonawcę (sprzedającego), a nie na zamawiającego (kupującego), jak zastrzeżono w projekcie umowy. Ponadto zapis w kształcie zaproponowanym przez zamawiającego kłóci się z istotą rękojmi za wady przy umowie sprzedaży. Zapis narzucony przez Zamawiającego, w jego literalnym brzmieniu oznacza, że wykonawca będzie zmuszony

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
K. Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

do wymiany towaru nawet w sytuacji, gdyby obiektywnie nie był on wadliwy. W tym zakresie wystarczające jest jedynie, jak sformułował zamawiający, *stwierdzenie przez Kupującego wad przedmiotu umowy*. Tymczasem odpowiedzialność z tytułu rękojmi jest odpowiedzialnością obiektywną, dla powstania której niezbędne jest, aby wydana i odebrana przez kupującego rzecz wykazywała obiektywnie cechy kwalifikujące ją w danym stosunku prawnym jako rzecz wadliwą. Wymóg ten zaś z pewnością nie zostanie spełniony, jeśli o ewentualnej wadliwości decydować będzie mógł arbitralnie zamawiający, w oderwaniu od rzeczywistego istnienia wady rzeczy sprzedanej.

Również nieuprawnione jest zastrzeżenie przez zamawiającego 5-dniowego terminu, liczonego od dnia zgłoszenia wady, na jej usunięcie. Zważyć bowiem należy, iż termin ten może nie pozwolić wykonawcy na rozpatrzenie reklamacji i dokonanie wymiany poprzez dostarczenie rzeczy niewadliwej w miejsce rzeczy dotkniętej wadami, tym bardziej, że Zamawiający wymaga, aby dostawa towaru nastąpiła loco siedziba Zamawiającego, w tym transport zagraniczny i krajowy, opakowanie, czynności związane z przygotowaniem dostawy, ubezpieczenie towaru za granicą i w kraju, odprawa celna, opłacenie ceł i podatków, załadunek i rozładunek u Zamawiającego. Ponadto praktyka obrotu gospodarczego, w tym z udziałem zamawiających będących placówkami służby zdrowia, jednoocześnie wskazuje, że zamawiający nie zastrzegają we wzorach umów tak krótkich terminów na rozpatrzenie reklamacji i wymianę wadliwego asortymentu. Mając zatem na względzie tak ukształtowany zakres obowiązków umownych w zakresie reklamacji, oraz fakt, iż magazyn wykonawcy może znajdować się poza granicami kraju lub wykonawca może być podmiotem niemającym siedziby na terenie Polski, rozpatrzenie reklamacji oraz dostawa w terminie 5 dni od dnia zawiadomienia o wadzie może okazać się niemożliwa. Wobec tego umówienie się stron na tak krótki termin może być umową o świadczenie niemożliwe, a taka umowa na mocy bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego jest umową nieważną.

Podkreślić także trzeba, że tego rodzaju unormowanie w sposób niezasadny preferuje wykonawców krajowych, których magazyny znajdują się na terenie Polski, co pozostaje w oczywistej sprzeczności z naczelnymi dla Prawa zamówień publicznych zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wprowadzona przez Zamawiającego do projektu umowy klauzula jest również niezgodna z ogólnymi przepisami o zobowiązaniach umownych oraz poprzez fakt uwzględnienia jedynie potrzeb Zamawiającego, z pominięciem interesu prawnego wykonawcy, pozostaje w sprzeczności z art. 353¹ k.c. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa oraz niezasadnie różnicuje pozycję stron na niekorzyść Protestującego, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.

Zważy również trzeba, że w tym zakresie miarodajne są postanowienia zd. 2 § 1 art. 560 k.c.: *Jednakże kupujący nie może od umowy odstąpić, jeżeli sprzedawca niezwłocznie wymieni rzecz wadliwą na rzecz wolną od wad albo niezwłocznie wady usunie*. Przepis ten wyraźnie mówi jedynie o niezwłoczności wymiany, co oznacza wymianę bez nieuzasadnionej zwłoki, nie zastrzega przy tym żadnych konkretnych terminów. Tymczasem w judykaturze (m.in. wytyczne Sądu Najwyższego z dnia 30 grudnia 1988 r. w zakresie wykładni prawa i praktyki sądowej w sprawach rękojmi i gwarancji, III CZP 48/88, OSNCP 1989/3, poz. 36, M. P. z 1989 r. nr 1, poz. 6) termin niezwłocznej wymiany jest rozumiany w miarę jednolicie jako termin nieprzekraczający dwóch tygodni: *Niezwłoczne usunięcie wady w rozumieniu art. 560 § 1 k.c. oznacza naprawę rzeczy w krótkim czasie, zdeterminowanym charakterem*

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19
Covidien Polska Sp. z o.o.
K. Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

wady. Termin ten nie powinien przekraczać dwóch tygodni". W nowszym orzecznictwie (orzeczenie SN z 10 stycznia 2002 r., II CKN 564/99, LexPolonica nr 357637, OSP 2002, nr 11, poz. 144) określenie „niezwłocznie” oznacza „krótki czas, którego ramy wyznaczają okoliczności konkretnego przypadku”. W uzasadnieniu tego orzeczenia czytamy też, że: *Nie ma dostatecznych argumentów, aby w obecnych warunkach wiązać bezpieczeństwo obrotu i interesy nabywców z koniecznością nadania np. terminowi „niezwłoczność” znaczenia odpowiadającego „ścisłym jednostkom czasu”. Stan faktyczny rozpoznawanej sprawy jest w zupełności przydatny do wykazania, że bez uszczerbku dla interesu nabywcy usunięcie wady mogło nastąpić w terminie późniejszym niż 14-dniowy.*

Mając powyższe na względzie nie sposób uznać, iż termin 5-dniowy jest terminem odpowiednim i wyznaczonym przez okoliczności konkretnego przypadku. Z pewnością zaś odpowiedni, niezwłoczny i nie powodujący uszczerbku po stronie zamawiającego byłby postulowany w niniejszym proteście termin 10-dniowy.

Mając powyższe na względzie przyjąć trzeba, że wskazane powyżej postanowienie SIWZ narusza następujące normy powszechnie obowiązujących przepisów: art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 355 § 1, art. 387 § 1, art. 556 § 1, art. 560 § 1 zd. 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, a zatem wniosek z pkt. 3) petitum protestu należy uznać za zasadny.

Również nieuprawnione i nie mające umocowania w obowiązujących przepisach jest postanowienie umożliwiające zamawiającemu naliczanie odsetek ustawowych z tytułu opóźnienia wykonawcy w zapłacie kary umownej. Zważenia wymaga bowiem, że zamawiający nie powinien naliczać odsetek, jeśli, jak w przypadku niniejszej umowy, ma możliwość potrącenia swej wymagalnej wierzytelności wobec wykonawcy z tytułu kary umownej z wierzytelnością przysługującą wykonawcy wobec zamawiającego z tytułu zapłaty za zamówione towary. Ponadto naliczanie odsetek od niezapłaconej w terminie kary umownej jest sprzeczne nie tylko z naturą stosunku zobowiązaniowego, jakim jest umowa sprzedaży, ale także z zasadami współzycia społecznego, bowiem prowadzi do podwójnego, kumulatywnego i nieuzasadnionego obciążenia finansowego wykonawcy z tytułu niespełnienia w terminie świadczeń niepieniężnych.

Postanowienie tego rodzaju jest niezgodne z ogólnymi przepisami o zobowiązaniach umownych oraz poprzez fakt uwzględnienia jedynie potrzeb Zamawiającego, z pominięciem interesu prawnego wykonawcy, pozostaje w sprzeczności z art. 353¹ k.c. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa oraz niezasadnie różnicuje pozycję stron na niekorzyść Protestującego, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.

Wobec powyższego zapisowi temu należy postawić zarzut naruszenia art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 471, art. 476, art. 481 § 1, art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1 Prawa

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
K. Jasińska
Katarzyna Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co tym samym wniosek z pkt. 5) petitum niniejszego protestu należy uznać za uzasadniony.

W § 7 projektu umowy stanowiącego część SIWZ Zamawiający zawarł zapis:

W przypadku niezamówienia przedmiotu umowy w całości przez okres trwania umowy Kupujący odstępuje od realizacji pozostałej, niezrealizowanej części przedmiotu umowy a Sprzedającemu nie przysługują z tego tytułu roszczenia odszkodowawcze.

Treść tego postanowienia jest sprzeczna w ocenie Protestującego z art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 355 § 1 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1, jak również art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w ten niedopuszczalny sposób zastrzega sobie prawo do niezrealizowania ze swojej strony zamówienia publicznego w stosunku do jego wielkości zapisanej w SIWZ. Pozostaje to w sprzeczności z ofertą Wykonawcy, który zamierza zaoferować określoną ilość towaru po określonej cenie skalkulowanej przy założeniu, że zrealizowane zostanie całe zamówienie. Zamawiający, w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, związany jest określonym przez siebie zamówieniem w takim zakresie, jaki wynika ze specyfikacji. Bezprawnym jest zastrzeżenie, wedle którego Zamawiający może zrealizować zamówienie publiczne w takiej części, w jakiej uzna za stosowne (korzystnie dla siebie).

Protestujący zdaje sobie sprawę z faktu, iż wprowadzenie do projektu umowy zapisów dopuszczających możliwość zmian ilościowo-asortymentowych wynika z trudności na etapie szacowania wielkości zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest sprzęt jednorazowego użytku, który będzie wykorzystany w leczeniu pacjentów, zaś zapotrzebowanie na poszczególne pozycje asortymentowe uzależnione jest w dużej mierze od ilości pacjentów, zakresu i rodzaju ich schorzeń oraz zastosowanych metod leczenia. Podkreślić jednak trzeba, iż Zamawiający w sposób nieuzasadniony ryzyko w tym zakresie przetrzuca w całości na wykonawcę, podczas gdy powinien przyjąć je na siebie jako podmiot profesjonalnie zajmujący się udzielaniem świadczeń medycznych. Tego rodzaju działanie wprowadza nieuzasadnione dysproporcje pomiędzy stronami stosunku zobowiązaniowego, prowadząc do jednoznacznego i niedopuszczalnego wzmocnienia pozycji zamawiającego kosztem wykonawcy, co pozostaje w sprzeczności z zasadą ekwiwalentności świadczeń. Dopuszczalne i nie pozostające w jawnej sprzeczności z zasadą równowagi stron stosunku obligacyjnego byłoby także ewentualnie rozdzielenie ryzyka w tym zakresie w odpowiedniej proporcji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą. W tym przypadku za odpowiednią proporcję można uznać obciążenie 80% ryzyka zamawiającego, zaś 20% wykonawcę.

Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych nie zabraniają zmiany wielkości przedmiotu zamówienia, jeżeli zmiana ta nie jest sprzeczna z art. 144 Prawo zamówień publicznych. Protestujący jednocześnie wskazuje, iż zgodnie z dominującym od dłuższego czasu poglądem doktryny Zamawiający może zastrzec w umowie, że wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu, o ile Zamawiający wskaże minimalny i maksymalny próg, do jakiego zobowiązany będzie wykonać zamówienia, a który nie będzie w sposób znaczący odbiegać od wartości maksymalnych (W. Bertman-Janik, „Zamówienia na leki”, Przetargi publiczne z 2007 r., nr 4, s. 40). Dopuszcza się także, na takich samych warunkach

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
Katarzyna Jasnińska
Kierownik Działu Przetargów

zwiększenie ilości zamawianego asortymentu (A. Szyszkowski, „Zamówienia publiczne w pytaniach i odpowiedziach. Część 4 Umowy na dostawy i usługi”, dodatek do miesięcznika „Przetargi Publiczne” ISSN 1895-0825, s. 21).

Ponadto podkreślenia wymaga, że wskazana powyżej wprowadzona przez Zamawiającego do projektu umowy klauzula jest niezgodna z ogólnymi przepisami o zobowiązaniach umownych oraz poprzez fakt uwzględnienia jedynie potrzeb Zamawiającego, z pominięciem interesu prawnego wykonawcy, pozostaje w sprzeczności z art. 353¹ k.c. Zamawiający, korzystając w sposób nieuprawniony ze swojej silniejszej pozycji gospodarczej, narzuca treść umowy w sposób sprzeczny z przeznaczeniem swojego prawa oraz niezasadnie różnicuje pozycję stron na niekorzyść Protestującego, co jest niezgodne z zasadą równouprawnienia stron stosunku zobowiązaniowego, dlatego takie działanie nie może korzystać z ochrony (5 k.c.) i prowadzi do bezwzględnej nieważności czynności prawnej na podstawie art. 58 k.c.

Twierdzenia Protestującego w tym zakresie znajdują pełne potwierdzenie w ugruntowanym stanowisku orzecznictwa UZP w tym zakresie. W wyroku Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 6 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2430/06, LexPolonica nr 1956510) stwierdzono na przykład: *Umowa o zamówienie publiczne powinna chronić interesy nie tylko Zamawiającego, ale i wykonawców.*

Tym samym przyjąć należy, że § 7 projektu umowy stanowiącego część SIWZ pozostaje w sprzeczności z art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 355 § 1 k.c. w związku z art. 14 oraz 139 § 1, jak również art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe argumenty, uprawniony jest wniosek z pkt. 6) petitum niniejszego protestu, który daje Protestującemu gwarancję realizacji określonej wielkości przedmiotu zamówienia, bez względu na faktyczne zapotrzebowanie Zamawiającego. Ma on też na celu zapewnienie Wykonawcy możliwości odpowiedniego skalkulowania składanej oferty, co leży również w interesie Zamawiającego, bowiem umożliwi mu uzyskanie oferty wiarygodnej, obliczonej w oparciu o miarodajne kryteria, porównywalnej i najlepszej.

Protestujący podnosi, że zawarcie umowy o zamówienie publiczne poprzedza ciąg czynności (oświadczeń woli uczestników postępowania) składających się na postępowanie w trybie wybranym przez Zamawiającego, w toku którego strony te uzgadniają wszystkie postanowienia umowy. Zawarcie samej umowy następuje w późniejszym czasie. Wymaga to od Zamawiającego i oferenta zgodnej woli zawarcia umowy na warunkach ustalonych w toku postępowania o zamówienie publiczne, co w praktyce, z uwagi na formę pisemną umowy o zamówienie publiczne, następuje z chwilą złożenia podpisów na dokumencie umowy. Powyższe uwagi prowadzą do wniosku, że projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego może podlegać modyfikacjom, tak by stworzyć treść umowy akceptowalną dla obu stron stosunku zobowiązaniowego.

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
K. Jasińska
Katarzyna Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

Dlatego też Protestujący zwraca uwagę na fakt, iż obecna treść umowy zawiera w jego ocenie warunki, które stwarzają niekorzystną dla niego sytuację, a ponadto pozostają w sprzeczności ze wskazanymi powyżej bezwzględnie obowiązującymi przepisami. Protestujący stoi na stanowisku, że umowa winna zostać sformułowana w sposób wnioskowany przez Protestującego w treści niniejszego pisma, stąd wnioski sformułowane powyżej należy uznać za w pełni uzasadnione.

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej po zapoznaniu się z treścią SIWZ opublikowaną przez Zamawiającego w dniu 8 października 2009 roku. Niniejszy protest jest wnoszony zatem do Zamawiającego z dochowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 2) Prawa zamówień publicznych.

W wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień SIWZ interes prawny Protestującego może doznać uszczerbku w uzyskaniu zamówienia. Interes prawny należy traktować jako potrzebę prawną, wynikającą z sytuacji prawnej, w jakiej znalazł się Protestujący. Protestujący zamierza ubiegać się o zamówienie. W tej sytuacji pojęcie interesu prawnego rozumieć należy szeroko, jako obiektywną okoliczność w świetle obowiązujących przepisów prawnych. W tym przypadku mamy do czynienia z rzeczywistym zagrożeniem sfery prawnej Protestującego. Wynika to z przepisu art. 14 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, iż do czynności podejmowanych przez Zamawiającego oraz uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stosuje się w sprawach nieuregulowanych Prawem zamówień publicznych przepisy kodeksu cywilnego. Cywilistyczny charakter ustawy przesądza, że interes prawny, to zarówno interes majątkowy, jak i niemajątkowy, czyli wystarczające jest samo zagrożenie w interesie prawnym Protestującego.

Wystąpienie w niniejszym postępowaniu ze środkiem ochrony prawnej przewidzianym w Prawie zamówień publicznych stało się konieczne, ponieważ Protestujący zamierza ubiegać się w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a zaskarżone protestem postanowienia SIWZ sformułowane zostały w sposób uniemożliwiający złożenie przez Protestującego oferty na realizację świadczenia. Oczywiście jest, że w sytuacji gdy oferta Protestującego zostanie uznana za najlepszą, zostanie zawarta umowa, zgodnie z projektem przedstawionym w SIWZ i warunkami sformułowanymi w SIWZ, które w swej treści zawiera jednostronnie rażąco niekorzystne dla wykonawcy postanowienia.

Tym samym treść SIWZ narusza zasady związane z prawidłowym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego oraz stosowane wprost zasady kodeksu cywilnego m.in. o: równouprawnieniu podmiotów umowy cywilnoprawnej, niesprzeciwianiu się treści lub celu stosunku prawnego właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, wzajemności umów, ekwiwalentności świadczeń, obowiązku naprawienia szkody w pełnym wymiarze, jak również przepisy k.c. w zakresie obowiązków stron umowy sprzedaży, co stanowi pogwałcenie m.in. przepisów: art. 5, art. 58, art. 353¹, art. 354 § 1, art. 387 § 1, art. 471, art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 14 oraz art. 139 § 1 Prawa zamówień publicznych, jak również art. 7 ust. 1 oraz art. 140 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Ponadto Protestujący podnosi, że istotą zamówień publicznych jest racjonalne oraz celowe wydatkowanie środków publicznych, Zamawiający nie może więc poprzez określanie warunków udziału w postępowaniu doprowadzić do sytuacji w której podmiot, przedstawiający najkorzystniejszą ofertę

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
Katarzyna Jasińska
Kierownik Działu Przetargów

spełniająca wymogi ustawy Prawo zamówień publicznych, a zarazem dający rękojmię należytego wykonania, nie otrzymuje zamówienia.

W tej sytuacji uznać należy, że podniesione zarzuty stanowią wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Protestującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wskazując na powyższe, wnoszę o uwzględnienie protestu oraz doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Prawa zamówień publicznych, a w szczególności dokonania modyfikacji SIWZ poprzez zastąpienie aktualnych wymagań innymi postanowieniami, zgodnie z wnioskami i uzasadnieniem do protestu.

Załączniki:

- pełnomocnictwo;
- odpis KRS Protestującego.

2009 -10- 19

Covidien Polska Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020

Covidien Polska Sp. z o.o.

Katarzyna Jasińska
Kierownik Działu Przetargów