



COVIDIEN

we'll have you ready for life

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

Tel. (+48 22) 312 2000
Fax (+48 22) 312 2020

Warszawa, dnia 30 listopada 2009 r.

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

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

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 materiałów szewnych, nr sprawy: Sz.S.P.O.O. SZPiGM 3821/64/2009

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

2009 -11- 3 0

Covidien Polska Sp. z o.o.

Aneta Wojciechowska
Kierownik ds. Przetargów

1

Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000048187, której odpis z KRS wraz z dokumentem pełnomocnictwa przedkładam, niniejszym składam protest:

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 materiałów szewnych, nr sprawy: Sz.S.P.O.O. SZPiGM 3821/64/2009,

zarzucając Zamawiającemu:

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

w § 7 ust. 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ – nieuprawnione zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w wysokości 5,0% wartości przedmiotu umowy, który miał być wydany, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, co stanowi naruszenie art. 5, art. 58, art. 3531, art. 354 § 1, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2, 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.

Zważywszy na powyższe wnoszę o:

1.) skreślenie § 7 ust. 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ;

ewentualnie o:

2.) modyfikację tego postanowienia poprzez sformułowanie go w następujący sposób:

W przypadku zwłoki w dostawie ponad termin określony w § 3, Sprzedający zobowiązuje się zapłacić Kupującemu karę umowną w wysokości 1% wartości przedmiotu umowy niedostarczonego w terminie, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

UZASADNIENIE

W § 7 ust. 3 umowy stanowiącego część SIWZ Zamawiający zawarł następujący zapis:

W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez Sprzedającego, Sprzedający zobowiązuje się zapłacić Kupującemu karę umowną w wysokości 5,0 % wartości przedmiotu umowy, który miał być wydany, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

W opinii Protestującego takie ukształtowanie kary umownej nie jest uzasadnione kodeksową regulacją instytucji kary umownej. Wskazać bowiem należy, że zgodnie z art. 483 § 1 k.c. „można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Z powyższego wynika jednoznacznie, że zastrzeżona przez jedną ze stron stosunku prawnego kara umowna należy się tylko za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez drugą ze stron. Protestujący zwraca uwagę, iż „uwzględniając wyraźne brzmienie art. 483 k.c. nie może być wątpliwości co do tego, że powinność zapłaty kary umownej powstanie tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania”

2009 -11- 3 0

Covidien Polska Sp. z o.o.

Aneta Wojciechowska
Specjalista ds. Przetargów

niepieniężnego (...) W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, omawiany przepis zastępuje art. 471 k.c. Wynika stąd oczywista konstatacja, że nie chodzi tu o każdy przypadek naruszenia przez dłużnika istniejącej więzi zobowiązaniowej, ale tylko o taki, za który on odpowiada. Prosta konsekwencją powyższego ustalenia jest konieczność zbadania, jak w ocenianym stosunku obligacyjnym kształtuje się zakres okoliczności obciążających dłużnika" (tak: E. Gniewek, „Kodeks cywilny. Komentarz”, 3.wydanie, C.H. Beck, Warszawa 2008, str. 866-867). Kontynuując wywód cytowanego wyżej autora podkreślić również trzeba, że instytucja kary umownej uregulowana w art. 483 k.c. zastępuje tylko instytucję odszkodowania z art. 471 k.c. Jednakże w żadnym wypadku nie zmieniają się przesłanki, które warunkują jej powstanie. W konsekwencji prowadzi to do jednoznacznego wniosku, iż nawet gdyby dłużnik nie wykonał lub też nienależycie wykonał swoje zobowiązanie, to konieczność zapłaty kary umownej odpadnie, jeżeli wierzyciel nie poniesienie szkody.

Odnosząc się do powołanej wyżej regulacji, jak i stanowiska doktryny w tym zakresie, podnieść należy, iż skarżone postanowienia § 7 ust. 3 projektu umowy stanowiącego część SIWZ zostały sformułowane przez Zamawiającego w sposób nieprawidłowy i nieuprawniony, ponieważ w istotny sposób prowadzą do zagrożenia interesów Wykonawcy.

Zważyć bowiem trzeba, że w przypadku skarżonego postanowienia mamy do czynienia z sytuacją zastrzeżenia kary na rzecz Zamawiającego w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez sprzedającego. Tym samym kara ta należeć się będzie Zamawiającemu w również w sytuacjach niezawinionych przez wykonawcę, pod warunkiem że będą stanowiły niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Wobec tego po stronie Zamawiającego wówczas w ogóle nie powstanie szkoda, a więc naliczona kara będzie stanowiła bezpodstawne wzbogacenie Zamawiającego. Możliwość naliczenia kary w następstwie okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności 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. 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.

Dopiero odniesienie kary umownej do sytuacji zawinionych przez wykonawcę spowoduje, iż zaproponowana przez Zamawiającego konstrukcja kary umownej będzie zgodna z powołanym wyżej przepisem art. 471 k.c.

Podkreślić należy również, że Zamawiający sformułował karę w sposób bardzo nieprecyzyjny i uznaniowy, odnosząc ją do wszystkich przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, co skutkuje praktycznie nieograniczonym katalogiem sytuacji, w których kara będzie naliczana. Zatem obciążanie wykonawcy karą umowną za każdy przypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy może prowadzić to absurdalnych sytuacji naliczania kary z tytułu np. błędów w fakturze lub za każdą minutę opóźnienia w dostawie. Bez wątpienia pozostaje to w sprzeczności z naturą kary umownej i zasadą jej konkretności, wyrażonymi w art. 483 § 1 k.c.:

Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Ponadto kara w wysokości 5% wartości przedmiotu umowy, który miał być wydany, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki jest karą rażąco wygórowaną, co pozostaje to w ewidentnej sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 484 § 2 k.c. stanowiącą, aby kary umowne były miarkowane w zależności od skali naruszeń i nie były rażąco wygórowane.

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 sprzeczności celu umowy z zasadami współzycia 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 zastrzeganie we wzorcu umownym kary umownej rażąco wygórowanej. Analogicznie*

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): *Żastrzeżenie 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 surrogatu odszkodowania (art. 483 § 1 k.c.) - prowadziłaby do nie uzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.*

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. Dodatkowo Protestujący zwraca uwagę, że *Ustalone przez Zamawiającego warunki określone w SIWZ powinny mieć na celu jedynie ustalenie zdolności określonego podmiotu do wykonania zamówienia - nie mogą natomiast prowadzić do nieuzasadnionej dyskryminacji dostawców. Do takich postanowień umowy należy zaliczyć wyraźną dysproporcję, gdy chodzi o wartość świadczeń. Sprzeczność celu umowy z zasadami współżycia społecznego powoduje bezwzględną nieważność dokonanej czynności prawnej (art. 353¹ w związku z art. 58 § 1 k.c.)* tak Zespołu Arbitrów - Urząd Zamówień Publicznych z dnia 13 sierpnia 2003 r. (sygn. UZP/ZO/0-1221/03, *Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie 2003/3*, poz. 9).

Postanowienie to narusza również przepis sformułowany w art. 487 § 2 k.c. Jak bowiem słusznie zauważył Sąd Najwyższy - Izba Cywilna w wyroku z dnia 8 października 2004 r. (sygn. akt V CK 670/2003, LexPolonica nr 386378, OSNC 2005/9, poz. 162), *postanowienia umowy wzajemnej nie mogą naruszać ekwiwalentności świadczeń.* Niesporne jest, że umowa o zamówienie publiczne ma charakter umowy wzajemnej i jako taka powinna odpowiadać uregulowaniom art. 487 § 2 k.c. Zgodnie z tym przepisem umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Dlatego też Protestujący zwraca uwagę na fakt, iż *obecna treść umowy zwiiera 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 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.*

Protestujący powziął wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia środka ochrony prawnej po zapoznaniu się z treścią SIWZ opublikowaną przez Zamawiającego w dniu 24 listopada 2009 roku. Niniejszy protest jest wnoszony zatem do Zamawiającego z dochowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 3 pkt 1) Prawa zamówień publicznych.

W wyniku działań Zamawiającego polegających na sformułowaniu postanowień SIWZ interes prawny Protestującego może doznać uszczerbku w uzyskaniu zamówienia. Interes prawny należy

2009 -11- 3 0

Covidien Polska Sp. z o.o.

4

Aneta Wojciechowska
Specjalista ds. Przetargów

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. Oczwistym 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.

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 spełniającą 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 -11- 3 0

Z poważaniem,
Covidien Polska Sp. z o.o.
Aneta Wojciechowska
Specjalista ds. Przetargów