

Wrocław, dn. 18.06.2015 r.

Szp/FZ – 19/LIDOX/ 349/ 2015

INFORMACJA DLA WYKONAWCÓW NR 1

Dyrektor Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego we Wrocławiu przy ul. Kamieńskiego 73 a zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), jako kierownik Zamawiającego przekazuje treść zapytań oraz wyjaśnienia do postępowania pn.: „*Dostawę odczynników laboratoryjnych*”

Pytanie nr 1 - Dotyczy rozdziału III SIWZ, ustęp 2 i wzoru umowy §3

Zamawiający zapisał:

„Wykonawca zobowiązuje się do dostawy przedmiotu umowy z terminem ważności nie krótszym niż 12 miesięcy liczonym od daty dostawy na swój koszt i ryzyko oraz ponosi koszty ubezpieczenia i jego dostarczenia”

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na korektę tego zapisu tak by brzmiał:

„Wykonawca zobowiązuje się do dostawy przedmiotu umowy z terminem ważności nie krótszym niż 75% terminu podanego przez producenta liczonego od daty dostawy na swój koszt i ryzyko oraz ponosi koszty ubezpieczenia i jego dostarczenia” ?

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na zmianę zapisu. W związku z powyższym § 3 projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„Wykonawca zobowiązuje się do dostawy przedmiotu umowy z terminem ważności nie krótszym niż 75% terminu podanego przez producenta liczonego od daty dostawy na swój koszt i ryzyko oraz ponosi koszty ubezpieczenia i jego dostarczenia”

Pytanie nr 2 - Dotyczy wzoru umowy, § 7, ustęp 2

Zamawiający zapisał: *„Jeżeli z przyczyn niezależnych od Zamawiającego nie dokonano odbioru w terminie, o którym mowa w ust. 1, Zamawiający może złożyć reklamację.”* Uprzejmie prosimy o usunięcie tego zapisu.

Odpowiedź: Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie powyższego zapisu.

Pytanie nr 3 - Dotyczy wzoru umowy, § 9, ustęp 1, podpunkt 1)

Uprzejmie prosimy o zmniejszenie kary umownej z 1,5% do 0,2%.

Prośbę swoją motywujemy tym, iż zgodnie z kodeksem cywilnym umowę powinna cechować równość stron stosunku cywilnego. Korekta o którą prosimy, w znacznym stopniu przybliży wymagany prawem charakter umowy. W treści kodeksu cywilnego nie znajdziemy takich postanowień, które by wskazywały na preferowanie Zamawiającego zawierającego akurat umowę w sprawie zamówienia publicznego. Zasada równości stron zatem nie doznaje żadnych ograniczeń w postępowaniu o zamówienie publiczne. Także żaden zapis ustawy Prawo Zamówień Publicznych nie uprawnia Zamawiającego do czynienia wyłomu w przestrzeganiu zasady równości stron i prymatu zasad zawartych w kodeksie cywilnym, przy zawieraniu umów w sprawie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, art. 14 i 139 ust. 1 ustawy Pzp odsyłają do stosowania Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej przesadzając o czysto cywilistycznym stosunku jaki powstaje pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą. Zamawiający wprowadza zapisy abuzywne i stawiające strony w jawnej nierówności (jawna dyskryminacja wykonawcy) w przypadku zapisów o karach umownych o jakich mowa w § 6, ustęp 1 projektu umowy. Wartość kary umownej 1,5 % wartości wartości zamawianego towaru brutto (za jakiegokolwiek naruszenie obowiązku) jest absolutnie w najwyższym stopniu wygórowana i nie spotykana w obrocie prawnym. Doświadczenie pokazuje, że zawnioskowana granica 1,5% odpowiada rzeczywistości prawnej zamówień publicznych tylko

w przypadkach gdy Zamawiający odstępuje od umowy z winy wykonawcy. Zamawiający winien pamiętać o treści art. 58 kc, który stanowi, że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna. Zgodnie bowiem z art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający do umów stosuje odpowiednio przepisy kc.

Wobec powyższego, iż treść umowy należy oceniać przede wszystkim pod kątem jej zgodności z przepisami ogólnymi, wprowadzając takowy zapis, Zamawiający wymusza na wykonawcach w przyszłej umowie warunki, które naruszają ich interes prawny i gospodarczy.

Analiza przepisów k.c. wskazuje, że podstawową wadą takowej umowy będzie: 1/niezachowanie w niej równości stron, 2/naruszenie wystawionych przepisów k.c., a w konsekwencji przywołanych przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, 3/dokonanie przez zamawiającego błędnej interpretacji przepisów k.c., tj. zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. Zmiany dokonane w 1990 r. w obszarze prawa cywilnego (w kodeksie cywilnym) wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w przywołanym już art. 353¹ k.c. Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli w optyce naszych rozważań skupimy uwagę na skutkach tych warunków. Nadmienić przy tym należy, że strony układające stosunek prawny wg własnego uznania, muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie i wreszcie, a może i najważniejsze, zasadom współżycia społecznego. Jednak nie ulega wątpliwości, że zapisy takie naruszają zasady współżycia społecznego. Przeciwnie w świetle art. 5 k.c. nie można czynić ze swego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno- gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub właśnie z zasadami współżycia społecznego. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 k.c. takie działania uprawnionego nie są zgodne z art. 58 § 2 k.c., który stanowi wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”. Zamawiający nie może swoim postępowaniem wyrządzać szkody drugiej stronie stosunku prawnego, tj. wykonawcy.

Wobec powyższego wnosimy o prawidłowe zgodne z powołanymi przepisami sporządzenie dokumentacji przetargowej tj. modyfikację niniejszego projektu umowy w sposób opisany precyzyjnie powyżej (tj. jego wykreślenie).

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę § 9 ust. 1 projektu umowy. Zamawiający nie podziela argumentacji Wykonawcy, iż ww. zapis ma charakter abuzywny. Przede wszystkim podkreślić należy, iż przewidziana w umowie wysokość kary umownej nie odbiega, w ocenie Zamawiającego, od warunków rynkowych. W umowach dostawy często stosowane są nawet kary wyższe niż 1,5 wartości umowy (np. do 2-3 % tej wartości). W niniejszym stanie faktycznym nie sposób również pominąć następujących okoliczności:

Wykonawca jest przedsiębiorcą, działalność prowadzona przez niego ma charakter profesjonalny, przedmiot umowy ma być wykorzystany na potrzeby przeprowadzenia przez Zamawiającego badań naukowych w projekcie badawczym, finansowanym z środków wspólnotowych. Stąd też niezwykle istotne jest, z punktu widzenia z jednej strony komfortu pacjentów biorących udział w projekcie a z drugiej obowiązku wykonania projektu badawczego w terminie, zapewnienie należytego wykonania obowiązków przez Wykonawcę. Temu celowi ma służyć kara umowna. Jej wysokość powinna być odczuwalna dla Wykonawcy, właśnie w celu zapewnienia terminowości dostaw. Z tych względów Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wysokości kar umownych przewidzianych w projekcie umowy.

Z UPOWAŻNIENIEM DYREKTORA
Z-ca DYREKTORA
ds. Finansów i Administracji

mgr inż. Jadwiga Raziuk