

KATOWICKIE CENTRUM ONKOLOGII



UL. RACIBORSKA 26 40 - 074 KATOWICE

NIP 634-22-86-376 REGON 276201240

e-mail: szpital@kco.katowice.pl

tel.: 32 42 80 100

fax.: 32 25 14 533

K.C.O./AT/ZL/ZP/RI/ 854 / 18

Katowice, dnia 05.07.2018 r.

Zapytania do SIWZ

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na serwis pogwarancyjny sprzętu do sterylizacji dla potrzeb Katowickiego Centrum Onkologii
oznaczenie sprawy: KCO/PN/ 31 /2018

Zamawiający – Katowickie Centrum Onkologii informuje, że wpłynęły zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zapytanie nr 1 – dotyczy § 7 ust. 1 Umowy

„Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 lit.a) Umowy Zamawiający wskazał, że:

„za brak reakcji serwisu rozumiane jako przystąpienie do działań naprawczych do 24 godzin od zgłoszenia awarii (dotyczy: dni roboczych), w wysokości 200,00 zł za każdą rozpoczętą godzinę opóźnienia”

Zgodnie bowiem z postanowieniem ust. 1 lit. a) Umowy, Zamawiający będzie mógł naliczyć wysoką karę umowną w przypadku zaistnienia okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności (np. działanie siły wyższej).

W ocenie firmy pytającej uzasadniona jest potrzeba wykluczenia sytuacji, w której Wykonawca będzie obciążony dotkliwymi sankcjami w postaci wysokich kar umownych, jeśli nienależyte wykonanie umowy (brak terminowej reakcji serwisu) nastąpi wskutek okoliczności niezależnych od wykonawcy (np. bezprawnych działań lub zaniechań osób trzecich, por. przykładowo wyrok SN z dnia 20 marca 1968 r., sygn. akt: II CR 419/67).

Trudno mówić o zasadności przypisania Wykonawcy niewspółmiernie wysokich kar umownych za opóźnienie, na które nie miał wpływu, i które było następstwem okoliczności, za które Wykonawca odpowiedzialności nie ponosi.

W związku z tym, zwracamy się do Zamawiającego z następującym pytaniem:

1. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację § 7 ust. 1 lit. a) Umowy w ten sposób, że postanowienie to uzyska brzmienie:

„za brak reakcji serwisu rozumiane jako przystąpienie do działań naprawczych do 24 godzin od zgłoszenia awarii (dotyczy: dni roboczych), w wysokości 100,00 zł za każdy dzień opóźnienia”

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę w §7 ust. 1 lit. a) Umowy na zapis:

„za brak reakcji serwisu rozumiane jako przystąpienie do działań naprawczych do 24 godzin od zgłoszenia awarii (dotyczy: dni roboczych), w wysokości 200,00 zł za każdy dzień opóźnienia”

uz /



Śląskie.

Jednostka ochrony zdrowia Samorządu Województwa Śląskiego.

Zapytanie nr 2 – dotyczy § 7 ust. 1 Umowy

„Zgodnie z treścią § 7 ust. 1 lit. b) Umowy Zamawiający wskazał, że:

„za brak sprawności sprzętu do sterylizacji powyżej 15 dni roboczych w okresach 12 miesięcznych od daty obowiązywania umowy, w wysokości 1000,00 zł, za każdy rozpoczęty kolejny dzień (brak sprawności sprzętu powyżej 5 godz. w ciągu dnia) uznaje się za dzień niesprawności”

oraz zgodnie z treścią § 7 ust. 1 lit. c) Umowy:

„niwykonywanie serwisowych przeglądów skutkujące brakiem możliwości użytkowania sprzętu spowoduje naliczenie kary umownej w wysokości 1000,00 zł, za każdy kolejny rozpoczęty dzień braku możliwości użytkowania sprzętu”

Wykonawca jako podmiot profesjonalnie zajmujący się m.in. serwisem sprzętu do sterylizacji wskazuje, że przewidziano wysokie kary umowne za brak sprawności sprzętu stanowią kary zbyt wysokie.

Firma pytająca podkreśla, że jego intencją jest wykonanie usługi spełniającej wszystkie wymogi Zamawiającego, jednak zdaje sobie sprawę z możliwości wystąpienia incydentalnie sytuacji, w której może nie mieć wpływu na długość awarii sprzętu do sterylizacji.

Firma pytająca stoi na stanowisku, że przewidziane wysokie kary umowne są karani zbyt dotkliwymi dla Wykonawcy, szczególnie biorąc pod uwagę możliwość wystąpienia awarii sprzętu do sterylizacji, za którą Wykonawca nie będzie ponosił winy.

Firma pytająca przyznaje, że Zamawiający jako dysponent Postępowania może kształtować dokumentację w dogodny dla siebie sposób, jednak nie może przy tym naruszać fundamentalnych i obowiązujących go zasad, takich jak np. zasady współżycia społecznego (art. 5 KC). Rażąca niewspółmierność uprawnień w opisanym przypadku ma, zdaniem Wykonawcy, właśnie taki charakter.

W tym miejscu Wykonawca wskazuje, że również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdza brak całkowitej swobody zamawiającego w kształtowaniu wzoru umowy. Tak Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) orzekła m.in. w wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 2649/11, zgodnie z którym:

„Jedną z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań jest zasada swobody umów, wynikająca z przepisu art. 353¹ Kodeksu cywilnego. W literaturze przedmiotu przyjmuje się, iż zasada ta oznacza, że istnieje swoboda zawarcia lub niezawarcia umowy, możliwość swobodnego wyboru kontrahenta, treść umowy może być co do zasady kształtowana w dowolny sposób, forma umowy zależy od woli stron. Swoboda stron doznaje ograniczeń co do celu i treści zawieranej umowy. Ograniczenia te wiążą się z tym, iż treść lub cel umowy nie mogą być sprzeczne z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współżycia społecznego. Nie jest zatem możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Pzp. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje. Zaproponowane przez Zamawiającego zapisy § 1 oraz § 3 wzoru umowy pozostawiają Zamawiającemu sporą uznaniowość w zakresie realizowanego w przyszłości zamówienia stają tym samym w sprzeczności z podstawowymi zasadami zamówień publicznych oraz w swych skutkach doprowadzić mogą do niewłaściwego wydatkowania środków publicznych.

Konkludując, tak skonstruowane postanowienia specyfikacji i wzoru umowy, o takim stopniu uznaniowości prowadzić mogą do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji, budząc w wykonawcach niepewność co do zakresu wykonywanych w przyszłości robót budowlanych."

Ponadto, KIO wielokrotnie w swoich (zachowujących aktualność) wyrokach zwracała uwagę na konieczność zachowania proporcjonalności kary umownej w stosunku do ewentualnie poniesionej straty:

1) wyrok z dnia 6 września 2011 r. (sygn. akt: KIO 1800/11):

„Zamawiający nie wziął w ogóle pod uwagę miarkowania kary umownej w stosunku do rzeczywistej skali niewykonania lub nienależytego wykonania usługi. Taki sposób formułowania postanowień umownych w tejże materii „gwarantuje” sądowy spór Wykonawcy z Zamawiającym w oparciu o przepisy Kodeksu Cywilnego (w szczególności o przepis art. 484 ust. 2 kc.)

Przykładowo w stosunku do czynności wykonywanych codziennie (zgodnie z załącznikiem nr 2 do projektu umowy) Zamawiający w ogóle nie uwzględnił możliwości niezwłocznego usunięcia ewentualnych usterek przez Wykonawcę. Fakt ten sugerowałby, iż celem Zamawiającego nie jest dążenie do należytego wykonania umowy, a samo karanie Wykonawcy nawet za drobne i możliwe niezwłocznie do usunięcia usterki, co narusza art. 5 kc, art. 353¹ kc w zw. z art. 14 ustawy pzp."

2) wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r. (sygn. akt: KIO 113/13, KIO 117/13):

„Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb."

3) wyrok z dnia 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13, KIO 1128/13, KIO 1132/13, KIO 1133/13):

„zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu cywilnego."

4) wyrok z dnia 27 grudnia 2011 r. (sygn. akt: 2649/11):

„nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszeniu przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści

zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznaczają to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.

5) wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. (sygn. akt: KIO 1387/10):

„nie dopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nieterminowe wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.”

W związku z tym, zwracamy się do Zamawiającego z następującymi pytaniami:

- 2) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację § 7 ust. 1 lit. b) oraz § 7 ust. 1 lit. c) Umowy w ten sposób, że postanowienia te uzyskają brzmienie:
- a) *za brak sprawności sprzętu do sterylizacji powyżej 15 dni roboczych w okresach 12 miesięcznych od daty obowiązywania umowy, w wysokości 100,00 zł, za każdy rozpoczęty kolejny dzień (brak sprawności sprzętu powyżej 5 godz. w ciągu dnia) uznaje się za dzień niesprawności.*
 - b) *niewykonywanie serwisowych przeglądów skutkujące brakiem możliwości użytkowania sprzętu spowoduje nałożenie kary umownej w wysokości 100,00 zł, za każdy kolejny rozpoczęty dzień braku możliwości użytkowania sprzętu”*

Odpowiedź:

Ad. 2a) Zamawiający wyraża zgodę w §7 ust. 1 lit. b) Umowy na zapis:

„za brak sprawności sprzętu do sterylizacji powyżej 15 dni roboczych w okresach 12 miesięcznych od daty obowiązywania umowy, w wysokości 100,00 zł, a powyżej 20 dni roboczych w wysokości 500,00 zł, za każdy rozpoczęty kolejny dzień (brak sprawności sprzętu powyżej 5 godz. w ciągu dnia uznaje się za dzień niesprawności”

Ad. 2b) Brak zgody.

DYREKTOR
Katowickiego Centrum Onkologii
lek. med. Włodzimierz Migacz