

Poznań, dnia 2009-09-10

EZ/ .....5314...../2009

### **Wg rozdzielnika**

### **Do wszystkich zainteresowanych postępowaniem o zamówienie publiczne**

Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 98/2009 – staplery.

Wielkopolskie Centrum Onkologii jako Zamawiający uprzejmie informuje, iż wpłynęły zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które udzielamy odpowiedzi.

#### **PYTANIA:**

1. **Dotyczy upoważnienia** : W związku z faktem, że złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie jest czynnością zobowiązującą w rozumieniu prawa cywilnego (a jest nią dopiero podpisanie umowy) prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za wystarczające pełnomocnictwo do złożenia oferty przetargowej wskazujące, iż osoba w nim wskazana umocowana jest do przygotowania, podpisania i złożenia oferty przetargowej w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego. Naturalnie umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie podpisana przez osobę umocowaną do zaciągania zobowiązań skutkujących finansowo w imieniu Wykonawcy.
2. Zwracamy się z wnioskiem o zmianę brzmienia par 6 pkt. 1A i 1b Wzoru umowy i obniżenie kar umownych za nieterminowe dostawy towarów do wysokości 0,2% i 0,5 % wartości brutto niezrealizowanej części zamówienia. Uważamy, że zaproponowane przez Zamawiającego warunki powodują znaczącą dysproporcję w ewentualnych roszczeniach stron (wykonawcy przysługują jedynie odsetki w ustawowej wysokości). Stoi to w sprzeczności z przepisami ustawy PZP (art. 14, 139 PZP) oraz art. 353 KC – tj niezgodności umowy z zasadami współzycia społecznego. Wygórowane kary umowne naruszają także jedną z naczelnych zasad PZP zawartą w art. 7 ust. 1 – zasadę uczciwej konkurencji. Dlatego też wnosimy o proponowaną przez nas modyfikację.

#### **ODPOWIEDZI:**

1.

Zamawiający nie podziela poglądu wykonawcy jakoby złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie było czynnością zobowiązującą w rozumieniu prawa cywilnego – przeciwnie oferta jest typową czynnością zobowiązującą, albowiem na jej podstawie powstaje po stronie oferenta zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach określonych przezeń w ofercie (w razie jej przyjęcia przez adresata oferty) „Skutek prawny oferty polega przede wszystkim na tym, że rodzi stan związania oferenta złożoną ofertą, co oznacza, że w czasie związania ofertą zawarcie umowy

uzależnione jest wyłącznie od zachowania adresata. W szczególności jeśli przyjmie on ofertę wprost, dojdzie do zawarcia umowy, której dotyczy oferta” (Komentarz do art. 66 kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:] A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009.).

Niezależnie od powyższego zamawiający dopuszcza złożenie oferty przez osobę umocowaną do dokonania tej czynności na podstawie stosownego pełnomocnictwa (obejmującego umocowanie do przygotowania, podpisania i złożenia oferty). Jednocześnie zamawiający informuje, iż pełnomocnictwo musi zostać udzielone przez osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy, co również winno być potwierdzone odpowiednimi dokumentami – w przypadku osób prawnych podlegających wpisowi do rejestru – przez odpis z właściwego rejestru, przy czym jeśli jest to dokument sporządzony w języku obcym do oferty powinno zostać dołączone jego tłumaczenie przysięgłe na język polski, zaś dokumenty urzędowe sporządzone w państwie będącym stroną Konwencji haskiej znoszącej wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych, winny być opatrzone apostille, zgodnie z postanowieniami przywołanej konwencji.

2.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 6 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 6 ust. 1 pkt a)-b) w sposób zaproponowany przez wykonawcę. Wykonawca podejmując decyzję o złożeniu oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego postępuje w sposób świadomy, kierując się między innymi wymogami zamawiającego odnośnie terminów dostawy objętego zamówieniem publicznym sprzętu, a także konsekwencjami niedotrzymania tych terminów, w szczególności w zakresie uprawnienia zamawiającego do żądania od pozostającego w zwłoce ze spełnieniem świadczenia wykonawcy kar umownych. Nie podlega wątpliwości, iż niedostarczenie przez wykonawcę w terminie objętego zamówieniem publicznym sprzętu spowodować może daleko idące konsekwencje po stronie zamawiającego, wiążące się w szczególności z powstaniem po jego stronie szkody. W związku z powyższym istnieje konieczność zastrzeżenia kary umownej stanowiącej substytut odszkodowania w wysokości określonej z góry przy zawieraniu umowy. Jednocześnie żaden przepis prawa nie zobowiązuje zamawiającego do identycznego traktowania stron umowy o zamówienie publiczne, w szczególności w zakresie kar umownych obciążających strony, zatem brak równoprawności stron, na który powołuje się wykonawca nie może stanowić podstawy zmiany treści projektu umowy zgodnie z jego żądaniem.

W ocenie Zamawiającego nie ma też podstaw do zmiany kwestionowanych postanowień z uwagi na ich sprzeczność z zasadami współżycia społecznego. Podstawową funkcją kary umownej jest dyscyplinowanie wykonawcy, który zawarł umowę w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego do wykonania swoich zobowiązań wynikających z tejże umowy w sposób całkowicie z nią zgodny, w tym w szczególności z zachowaniem terminów wskazanych w umowie. Podnoszony

przez wykonawcę argument, jakoby pozostawienie postanowień umowy w obecnym kształcie stanowiło naruszenie zasad współzycia społecznego zamawiający uznaje za chybiony. Nie można zaaprobować stanowiska wykonawcy, albowiem wszyscy wykonawcy podejmując decyzję o wzięciu udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego świadomi są praw i obowiązków jakie będą im przysługiwać (lub ich obciążać) w razie zawarcia umowy z zamawiającym. W tym kontekście zaś, zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego, nie ma przeszkód, aby (przy zachowaniu wymogów wynikających z przepisów prawa, w tym w szczególności Ustawy – Prawo zamówień publicznych) strony w sposób dowolny ułożyły łączący je stosunek prawny. Godząc się zatem na brzmienie projektu umowy, w chwili przystąpienia do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy akceptują zarazem wymogi zamawiającego zawarte w siwz, której integralną część stanowi również projekt umowy. Zarzut naruszenia art. 353 Kodeksu cywilnego wypada uznać za niezrozumiały, albowiem przedmiotowy przepis stanowi definicję zobowiązania stanowiąc, iż polega ono na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić. Świadczenie może zaś polegać na działaniu albo na zaniechaniu. Wobec powyższego nie można zaś uznać, aby którekolwiek z postanowień projektu umowy, w szczególności § 5 ust. 1 pkt a)-b), pozostawało w sprzeczności z treścią art. 353 Kc. Odnosząc się wreszcie do przywołanej przez wykonawcę wysokości odsetek ustawowych należy wskazać, iż odsetki spełniają inną funkcję niż kara umowna i z tego względu nie można tych instytucji porównywać ze sobą w sposób w jaki czyni to wykonawca. Uprawnienie do dochodzenia odsetek przez wierzyciela stanowi konsekwencję zwłoki dłużnika z wykonaniem świadczenia pieniężnego, przy czym uprawnienie to, zgodnie z art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego przysługuje wierzycielowi, choćby nawet nie poniósł żadnej szkody. Odmiennie – zastrzeżenie kary umownej dopuszczalne jest wyłącznie w odniesieniu do świadczeń niepieniężnych, stanowiąc uregulowany w umowie substytut odszkodowania (art. 483 § 1 Kc). Wszelkie uregulowania ustawowe odnoszące się do wysokości odsetek, w tym w szczególności art. 359 § 2<sup>1</sup>- 2<sup>3</sup>, wprowadzający wysokość odsetek maksymalnych nie dotyczą zatem kar umownych. Całkowicie niezrozumiały jest także zarzut dotyczący naruszenia przez kwestionowane postanowienie umowy art. 7 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych zakazującego zamawiającemu prowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji. Przedmiotowy zapis nie różnicuje bowiem w żadne sposób sytuacji poszczególnych wykonawców, bowiem wysokość kary umownej pozostaje identyczna niezależnie od wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana. Z powyższych względów zamawiający nie uwzględnił propozycji wykonawcy i nie wyraża zgody na zmianę treści projektu umowy.

PYTANIE:

**I. Dotyczy S.I.W.Z**

1. W paragrafie VI, punkt 3 SIWZ Zamawiający wymaga aby oferenci dołączyli do oferty: „Wykaz wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – przedstawić wykaz dostaw w czasie prowadzenia działalności, co najmniej 1 zamówienie odpowiadające swoim rodzajem i wartością pakietom”. Czy w związku w krótkim czasem działalności firmy Zamawiający wyrazi zgodę na załączenie do oferty wykazu dostaw w toku?

ODPOWIEDŹ:

Tak, wyrażamy zgodę – w ofercie należy podać:

1. Okres prowadzonej działalności – od kiedy?
2. Wykaz dostaw zrealizowanych i w toku,
3. Potwierdzenie dostaw, które są w toku, ze do czasu złożenia oferty Wykonawca realizuje należycie.

Z poważaniem,

Z-ca Dyr. ds. ekonomiczno-eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej-Sarna