



Poznań, 05.11.2009 r.
WCO/EZ/6035/2009

Protestujący:
PGF Urtica Sp. z o.o.
ul. Krzemieniecka 120
54-613 Wrocław

Dotyczy: przetargu nieograniczonego nr 125/2009 – Zakup i dostawa leku Gemzar

ROZSTRZYGNIĘCIE PROTESTU.

Na podstawie art. 183 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający **oddala protest** złożony przez spółkę pod firmą „PGF Urtica” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu **w całości**.

UZASADNIENIE:

Dnia 23 października 2009 roku Zamawiający ogłosił przetarg nieograniczony nr 125/2009 na zakup i dostawę leku Gemzar. Załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowił projekt umowy o udzielenie zamówienia publicznego. W § 5 ust. 1 pkt b) projektu zamawiający przewidział możliwość żądania od wykonawcy kary umownej za drugie i każde kolejne opóźnienie postanowień dostawie zamówionych leków. Wysokość kary umownej, zgodnie postanowień treścią projektu, wynosić miała 5% niezrealizowanej w terminie części zamówienia za każdy dzień opóźnienia.

Wobec postanowień siwz protest wniosła spółka pod firmą „PGF Urtica” Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zarzucając naruszenie przez zamawiającego art. 5 i art. 353¹ Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 Ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez (jak się zdaje, albowiem zarzut nie został przez protestującego wyrażony *expressis verbis*) naruszenie zasady równości stron polegające na zastrzeżeniu kary umownej w zbyt dużej wysokości. Protestujący wskazał, iż pozostawienie siwz w obecnym kształcie może naruszać jego interes prawny poprzez narzucenie „przez Zamawiającego zapisów przyszłej umowy, umożliwiających Zamawiającemu wykorzystywanie swojego prawa do celów sprzecznych ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa”, co w ocenie protestującego narazić go może również, w razie zawarcia umowy, na straty finansowe.

Protestujący wniósł o dokonanie zmiany treści siwz, poprzez zmianę treści załącznika numer 6 do siwz w zakresie § 5 ust. 1 pkt b), nie wskazując jednakże na czym owa zmiana miałaby polegać.

W uzasadnieniu protestu „PGF Urtica” Sp. z o.o. wskazała, iż wysokość kary za opóźnienie w spełnieniu świadczenia wynosząca 5% jego wartości dziennie sprzeczna jest z zasadami współżycia społecznego. Protestujący nie wskazał jednakże z jakimi konkretnie zasadami kwestionowany zapis miałby pozostawać w sprzeczności. W ocenie „PGF Urtica” Sp. z o.o. wysokość kary umownej jest nieproporcjonalna do wysokości odsetek ustawowych należnych wykonawcy w razie zwłoki zamawiającego ze spełnieniem świadczenia pieniężnego. Zdaniem protestującego odpowiednio byłoby ustalenie wysokości kary umownej w wymiarze 0,5% niezrealizowanej części świadczenia za każdy dzień zwłoki.

W dalszej części uzasadnienia protestujący podniósł, iż wysokość kary umownej może spowodować, że będzie ona nieproporcjonalnie wysoka do szkody poniesionej przez zamawiającego, co powoduje możliwość uznania jej za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego. Protestujący wskazał również, iż interesy zamawiającego są chronione poprzez zapis § 5 ust. 2 projektu umowy, przewidującego możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

W ocenie zamawiającego wniesiony przez „PGF Urtica” Sp. z o.o. protest jest niezasadny i w związku z tym podlega oddaleniu w całości.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż uwzględnienie protestu opartego na zarzucie sprzeczności zapisów siwz (a w szczególności projektu umowy o udzielenie zamówienia publicznego) z zasadami współżycia społecznego jest niemożliwe w razie niewskazania przez protestującego konkretnej zasady współżycia społecznego, która naruszona została poprzez kwestionowane postanowienie. Za niewystarczające w tym zakresie uznać trzeba powołanie się na zasady współżycia społecznego w ogólności, zarzut ten wymaga skonkretyzowania. Pogląd powyższy znajduje oparcie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 14 czerwca 2005 roku (sygn. akt: II CK 692/04) wskazał, iż „nie można powołać się ogólnie na zasady współżycia, lecz należy wskazać konkretnie, jaka z przyjętych w społeczeństwie zasad współżycia społecznego została naruszona.” Wobec niewskazania przez protestującego jaka zasada współżycia społecznego uległa, w jego ocenie, naruszeniu samo w sobie przesądza o niemożności uwzględnienia protestu.

Ustosunkowując się do zarzutów merytorycznych zamieszczonych w proteście wypada podkreślić, iż nie można w niniejszej sprawie doszukać się sprzeczności zakwestionowanego postanowienia projektu umowy z art. 5 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Ustawy – Prawo zamówień publicznych.

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. Zwiększanie kary umownej za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu świadczenia przez wykonawcę służy przyspieszeniu działania wykonawcy i zmniejszeniu opóźnienia w wykonaniu świadczenia o istotnym dla zamawiającego znaczeniu. Podnoszony przez wykonawcę argument, jakoby pozostawienie postanowień umowy w obecnym kształcie stanowiło naruszenie art. 5 Kodeksu cywilnego, a więc zasad współżycia społecznego zamawiający uznaje za chybiony. Podkreślenia wymaga, iż wskazany przepis mówi o „czynieniu użytku z prawa”, tak więc o niezgodności z art. 5 Kc można byłoby mówić ewentualnie dopiero w momencie dochodzenia przez zamawiającego

roszczenia o zapłatę kar umownych (i to w sposób niezgodny z zasadami współżycia społecznego, albowiem co do zasady dochodzenie przysługujących danemu podmiotowi roszczeń, a więc realizacja prawa podmiotowego nie korzysta z ochrony przewidzianej w analizowanym przepisie), nie zaś w kontekście treści projektu umowy.

Pogląd o niedopuszczalności zmniejszenia wysokości kary umownej na podstawie art. 5 Kodeksu cywilnego został wyrażony również *expressis verbis* w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 maja 2002 roku (sygn. akt: I CKN 15678/99), zgodnie z którym „niedopuszczalne jest zmniejszenie kary umownej na podstawie art. 5 KC.” W cytowanym orzeczeniu Sąd Najwyższy uznał, że przesądza o tym po pierwsze – uregulowanie instytucji obniżenia kary umownej w art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego, która to regulacja nie może zostać zastąpiona przez stosowanie art. 5 Kc, a po drugie – fakt, iż analizowany przepis chroni przed nadużyciem prawa podmiotowego, nie może jednak mieć wpływu na jego treść.

Podobne stanowisko zajął również Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w wyroku z dnia 18 grudnia 1990 roku (sygn. akt: I ACr 117/90) stwierdził, że „określenie wysokości kary pieniężnej należy do kompetencji stron umowy i ustalona przez strony jej wysokość nie może "sama w sobie" stanowić wystarczającej podstawy do uznania jej zastrzeżenia za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego (art. 58 par. 2 KC).”

Nie można jednak zaaprobować poglądu protestującego także z tego powodu, iż 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. 353¹ 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. Odnosząc się do przywołanej przez protestującego 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 „PGF Urtica” Sp. z o.o. 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. Odmienne – zastrzeżenie kary umownej dopuszczalne jest wyłącznie w odniesieniu do świadczeń niepieniężnych, stanowiąc uregulowany w umowie substytut odszkodowania (art. 483 § 1 Kc). Jako bezpodstawne należy zakwalifikować spostrzeżenia protestującego odnośnie nieproporcjonalności kary umownej i potencjalnej szkody, jaką ponieść mógłby zamawiający wskutek niewykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę. Kara umowna jest bowiem, jak już wspomniano, substytutem odszkodowania i, zgodnie z art. 484 § 1 Kc należy się wierzycielowi bez względu na wysokość poniesionej szkody. Z kolei, w razie uznania kary umownej za rażąco wygórowaną, wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie o jej obniżenie (na podstawie art. 484 § 2, na co zresztą wskazuje sam protestujący) – jego interesy są zatem chronione, co również przemawia za uznaniem, iż przedmiotowy zapis nie jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Wskazać trzeba nadto, iż zobowiązanie do zapłaty kary umownej zaktualizuje się wyłącznie w razie niewykonania zobowiązania przez wykonawcę (w tym przypadku zobowiązania do dostarczenia leków stanowiących przedmiot zamówienia w terminie) i konieczność jej zapłaty powstanie jedynie w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z przyjętego w umowie zobowiązania. Za niedopuszczalne zaś trzeba uznać założenie, zgodnie z którym oferent

zakłada niemożność wykonania swojego świadczenia w zaproponowanym przez siebie terminie.

Należy wreszcie podnieść, iż kwestionowany zapis zgodny jest, wbrew twierdzeniom protestującego, z podstawową dla prawa cywilnego zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ Kodeksu cywilnego (znajdującym zastosowanie do umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia niniejszego postępowania w związku z treścią art. 139 ust. 1 Ustawy – Prawo zamówień publicznych), zgodnie z którym strony mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W ocenie zamawiającego należy zaaprobować pogląd, iż zastrzeżenie kary umownej w przyjętej w projekcie umowy wysokości nie sprzeciwia się właściwości stosunku prawnego, jaki łączy strony umowy sprzedaży i dostawy leków, ani przepisowi ustawy, ani też, o czym była mowa powyżej, zasadom współżycia społecznego.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej argumenty, zamawiający uznaje protest wniesiony przez „PGF Urtica” Sp. z o.o. za nieuzasadniony i w związku z tym podlegający oddaleniu w całości.

POUCZENIE

Od niniejszego rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, jednakże w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Ustawy – Prawo zamówień publicznych, tj. dla zamówień

1. udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, z wyłączeniem uczelni publicznych, jednostek badawczo-rozwojowych, państwowych instytucji kultury oraz podsektora samorządowego, a także udzielanych przez zamawiających będących innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 133.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
2. udzielanych przez zamawiających innych niż określonych w pkt 1, z wyjątkiem zamówień, o których mowa w pkt 3, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 206.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych;
3. sektorowych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:
 - a) 412.000 euro - dla dostaw lub usług,
 - b) 5.150.000 euro - dla robót budowlanych.

odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty

Odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, a jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie

5 dni, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego jest równoznaczne z jego wniesieniem do Prezesa Urzędu.

Zgodnie z treścią art. 183 ust. 4 wskazanej ustawy rozstrzygnięcie protestu wraz z uzasadnieniem oraz pouczeniem o sposobie i terminie wniesienia odwołania zamawiający przekazuje jednocześnie podmiotowi, który wniósł protest, oraz wykonawcom, którzy przystąpili do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, a jeżeli protest dotyczy treści ogłoszenia lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszcza również na stronie internetowej, na której jest udostępniana.

Z poważaniem,
Z-ca Dyr. ds. lecznictwa

Dr n. med. Jerzy Załuski