

Poznań, dnia 21.06.2011
EZ/4287/ 2011

Wg rozdzielnika:
do wszystkich zainteresowanych i uczestników postępowania o zamówienie publiczne:

Dotyczy: przetarg nieograniczony nr 89/2011 Zakup i dostawa nici chirurgicznych- szwów chirurgicznych i siatek

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

PYTANIE

Wzór umowy zawiera informacje, że Zamawiający może naliczyć dostawcy kary umowne za każdy dzień zwłoki w dostawie towaru w wysokości 2% wartości brutto przedmiotu zamówienia

w przypadku pierwszego opóźnienia w dostawie oraz 5% w przypadku drugiego.

Zapis taki sprzeczny jest z art. 5 KC oraz art. 139 ust.1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych, przez co narusza cywilnoprawną równość stron umowy, gdyż Zamawiający za nieterminowość w płatnościach zapłaci Wykonawcy odsetki jedynie w wysokości ustawowej. Potwierdza to Wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 24.06.2004 r. sygn. UZP/ZO/0-924/04, który stwierdza, iż wprowadzanie takich dysproporcji w umowie jest niedozwolone. Wnosimy zatem o zmianę wysokości w/w kar umownych do wysokości 0,1%

ODPOWIEDŹ

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę treści załącznika numer 5 do siwz stanowiącego projekt umowy w zakresie § 5 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 współżycia 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. 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. 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.

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 § 2¹- 2³, wprowadzający wysokość odsetek maksymalnych nie dotyczą zatem kar umownych.

Z powyższych względów zamawiający nie uwzględnia propozycji wykonawcy i nie wyraża zgody na zmianę treści projektu umowy.

PYTANIE

W związku z faktem, że złożenie oferty w postępowaniu przetargowym nie jest czynnością zobowiązującą w rozumieniu prawa cywilnego (a jest nią dopiero podpisanie umowy) chcielibyśmy potwierdzić, 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 w imieniu wykonawcy

ODPOWIEDŹ

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.

Z poważaniem,
z-ca dyrektora ds. ekonomiczno- eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej- Sarna