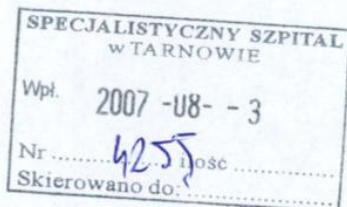


Warszawa, 02.02.2007 r.

TYCO POLSKA Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2020



**Specjalistyczny Szpital
im. E. Szczeklika w Tarnowie
ul. Szpitalna 13
33-100 Tarnów**

PROTEST

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jedno- i wielorazowego użytku

Mając na uwadze ogłoszenie przez Zamawiającego przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu medycznego jedno- i wielorazowego użytku oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), w tym projekt umowy, zwany dalej umową, w imieniu Protestującej – TYCO Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, której pełnomocnictwo załączam, stwierdzam, że ewentualny wybór oferty Protestującej i podpisanie przez nią z Zamawiającym umowy, z uwagi na jej niekorzystne dla Protestującej warunki, naraża Protestującą na straty, co powoduje, że jej interes prawny w omawianym zakresie doznaje uszczerbku i z tych powodów, w związku z art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r., Nr 164, poz. 1163 – tekst jednolity z późn. zm.; dalej: ustawa PZP) składam protest.

Mając na uwadze wszelkie zapisy SIWZ z zakresie dotyczącym przyszłej umowy oraz sam projekt przyszłej umowy, stwierdzam, iż poszczególne jej zapisy są abuzywne, przez co umowa jest zarazem niezgodna z ogólnymi przepisami prawa. Treść umowy narusza art. art. 5, 58 § 1 i 2, 353¹ oraz art. 490 Kodeksu cywilnego.

Z tych powodów Protestująca w celu wyboru najkorzystniejszej oferty wnosi o uwzględnienie protestu poprzez dokonanie w umowie zmian umożliwiających Protestującej przystąpienie do przetargu, poprzez zmianę zakwestionowanych zapisów umowy, w taki sposób aby zachodziła równość stron i aby ewentualna realizacja umowy w określonych przypadkach nie wyrządzała szkody Protestującej.

UZASADNIENIE

Ustawa PZP w swoim artykule 14 stwierdza, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

W sposób szczególny potwierdza to również art. 139 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, iż „do umów w sprawach zamówień publicznych (...) stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

TYCO POLSKA Sp. z o.o.

Marek Gązowski
Przedstawiciel Handlowy

Dlatego też treść każdego projektu umowy przedstawionego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy oceniać pod kątem jej zgodności z przepisami Kodeksu cywilnego.

Załączając umowę do SIWZ, Zamawiający „zmusza” niejako oferentów do podpisania umowy, której ewentualna realizacja może wyrządzić szkodę oferentowi, którego oferta zostanie wybrana.

Analiza przepisów Kodeksu cywilnego w sposób niebudzący wątpliwości wskazuje, że podstawową wadą umowy jest:

- 1) niezachowanie w niej równości stron,
- 2) naruszenie przepisów Kc,
- 3) dokonanie przez Zamawiającego błędnej interpretacji przepisów Kc, tj. zasady swobody umów określonej w art. 353¹,
- 4) wprowadzenie zapisów, które mogą wyrządzić w przyszłości szkodę wykonawcy,
- 5) wprowadzenie nieprecyzyjnych zapisów, które mogą powodować spory interpretacyjne umowy.

Zmiany w 1990 r. Kodeksu cywilnego wprowadziły tak bardzo potrzebną w obrotach handlowych zasadę swobody zawierania umów, wyrażoną m. in. w wym. już art. 353¹ K.c.

Zasada ta nie polega jednak na tym, że silniejsza strona narzuca wolę drugiej stronie, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę skutki tych warunków. Podkreślić przy tym należy, że strony układając stosunek prawny według własnego uznania muszą pamiętać, że treść i cel umowy nie może sprzeczować się właściwości (naturze) stosunku, ustawie, a także zasadom współżycia społecznego.

Nie ulega wątpliwości, że już tylko te zgłoszone warunki umowy naruszają zasady współżycia społecznego. A przecież w świetle art. 5 K.c. „nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego”. Jeżeli tak jest, to zgodnie z art. 5 K.c. takie działanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Niewątpliwie potwierdza tę zasadę art. 58 § 2, który stanowi również wprost, że „nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego”.

W polskim prawie cywilnym ograniczenia zasady swobody umów wynikają przede wszystkim z art. 353¹ K.c., który to przepis odwołuje się m. in. do takich klauzul generalnych, jak „właściwość (natura) stosunku prawnego”, czy wspomniane już „zasady współżycia społecznego”.

1. rozdział XIV punkt 13 tiret 2

Dostawa towaru będzie realizowana na podstawie przeprowadzonego przez Zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne. Zamawiający przeprowadzając przetarg ma przyznane na ten cel określone środki finansowe na podstawie wcześniej przeprowadzonego rozeznania potrzeb. Oferenci składając ofertę, przygotowują ją na podstawie zamówienia

TYCO POLSKA Sp. z o.o.

Marek Gulecki
Przedstawiciel Handlowy

Zamawiającego. W ofertach podane są określone wielkości zamawianego towaru, skalkulowane właśnie w oparciu o wielkości podane przez Zamawiającego.

Inaczej wygląda oferta, np. od strony cenowej, jeżeli oferent ma świadomość, że chodzi o „duże” zamówienie, a ze zrozumiałych względów inaczej, gdy ma do czynienia z „drobną” sprzedażą. Z oczywistych względów w zależności od spodziewanej wielkości sprzedaży Protestująca może wprowadzać większe lub mniejsze rabaty.

Pamiętać również należy, że Protestująca, mając obowiązek zrealizowania umowy po wybraniu jego oferty, musi ponieść określone koszty związane z zabezpieczeniem i realizacją dostawy. Musi też towar sprowadzić, uiścić szereg opłat związanych z importem towaru, w tym cło, ubezpieczyć go, czy w końcu dowieźć i zmagazynować. To są ogromne koszty, które obciążają Protestującą. Również te czynniki wpływają na wysokość ceny.

W takim przypadku zapis w praktyce oznaczający, iż wielkość zamówienia może ulec zmniejszeniu w trakcie realizacji zamówienia, może także spowodować, że umowa zostanie zrealizowana w bardzo ograniczonym, wręcz minimalnym stopniu.

Protestująca zna przypadki, gdy w ostatnim okresie kilku Zamawiających wykonało umowę zaledwie w kilkunastu czy nawet kilku procentach, a pomimo tego, odmawiając przedłużenia umowy do czasu jej zrealizowania, ogłaszali nowe postępowania dokładnie na ten sam przedmiot zamówienia. Swoje stanowisko tłumaczyli zawarciem w umowie dokładnie takiego zapisu, jak jest kwestionowany w niniejszym punkcie protestu.

Protestująca ma świadomość, że z różnych przyczyn potrzeby Zamawiającego mogą być zmienne. Zamawiający nie może jednak przerzucać na dostawcę ryzyka błędnego zapotrzebowania i obarczać oraz obciążać go m. in. finansowo tymi działaniami. Ustawodawca w ustawie PZP przewidział takie możliwości. Można zastrzec, że np. wielkość zamawianego towaru może się wahać w granicach 20%, a więc w skali powszechnie stosowanej w służbie zdrowia. Poza tym należy pamiętać, że Zamawiający posiada uprawnienia do zmiany każdej umowy, zgodnie z art. 144 ust. 1, czy wręcz 145 ustawy PZP.

Dlatego Protestująca wnosi o modyfikację rozdziału XIV punkt 13 tiret 2 umowy w następujący sposób:

„Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmiany ilości zamawianego przedmiotu zamówienia wynikającego z przeprowadzonego postępowania o zamówienie publiczne w granicach +/-20%, bez prawa dochodzenia roszczeń z tego tytułu.”

Stwierdzić także należy, że stanowisko Protestującej wielokrotnie zostało potwierdzone w wyrokach Zespołu Arbitrów w Urzędzie Zamówień Publicznych, które prawidłowo stwierdzały, że Zamawiający wprowadzając omawiany zapis narusza prawo, w tym w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.01.2004 roku (w sprawie o sygn.: V Ca 2306/03).

W tym orzeczeniu Sąd stwierdził, iż:

„zapis (...) projektu umowy, z którego wynika, że dostawcy nie przysługuje roszczenie z tytułu zamówienia mniejszej i większej ilości towaru niż określona w załączniku (...)”

TYCO POLSKA Sp. z o.o.

Marek Guzikowski
Przedstawiciel Handlowy

do umowy wymaga modyfikacji”.

Sąd stwierdził także, że dostawca:

„musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości dostawę określonej ilości towaru”, a projekt umowy „winien być zmodyfikowany w taki sposób, aby dostawca stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać zamówioną ilość towaru”.

W konsekwencji Sąd nakazał zamawiającemu określenie w projekcie umowy „zakresu i warunków ograniczenia bądź zwiększenia ilości przedmiotu zamówienia”.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.01.2004 r. (w sprawie o sygn. akt: V Ca 2344/03), w zakresie analogicznego zarzutu Protestującej jak obecnie zarzut względem umowy, Sąd stwierdził:

„W ocenie Sądu Okręgowego powyższy zarzut jest uzasadniony. Z analizy treści zapisu (...) projektu umowy wynika, że Zamawiający może jednostronnie i bez podania uzasadnienia zmienić wielkość przedmiotu zamówienia (bez żadnych ograniczeń), co stanowi nadużycie prawa przysługującego Zamawiającemu i skutkuje uznaniem, że zapis taki narusza równowagę stron.”

Wyrokiem o analogicznym znaczeniu jaki uzyskała Protestująca jest wyrok Sądu Okręgowego Warszawa – Praga z dnia 23.11.2005 r. o sygn. akt. IV Ca 508/05.

Sąd wniosek Protestującej o wprowadzenie wyżej wskazanych zmian w rozdziale XIV punkt 13 tiret 2 umowy jest w pełni zasadny.

2. rozdział XIV punkt 14

Zapis zamieszczony przez Zamawiającego w rozdziale XIV punkt 14 przede wszystkim jest niejasny, jeżeli chodzi o zamierzenia i skutki jakie Zamawiający chciał osiągnąć dzięki jego zamieszczeniu w projekcie umowy.

Zapis ten budzi także wysoce uzasadnione obawy Protestującej, iż całość kosztów dokonania tzw. interwencyjnego zakupu będzie dokonane na koszt Wykonawcy umowy zawartej w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przede wszystkim należy podnieść, iż w przypadku opóźnienia w terminowym wykonaniu dostawy przez Wykonawcę umowy Zamawiającemu przysługują wysokie kary umowne (punkt 5).

Poza tym ewentualny zapis zamieszczony w rozdziale XIV punkt 14 winien ograniczyć się do obowiązku zapłaty przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego jedynie **różnicy kosztów**, nie zaś ponoszenia kosztów całego zamówienia. W obecnym brzmieniu można odnieść wrażenie, iż Wykonawca miałby zapłacić całą wartość zamówienia interwencyjnego, a nie np. samą

TYCO POLSKA Sp. z o.o.

Marek Grawski
Przedstawiciel Handlowy

różnicę pomiędzy ceną jaką Zamawiający i tak zapłaciłby Wykonawcy, a ceną która realnie została zapłacona w wyniku dokonania zamówienia interwencyjnego.

Zapisy tego typu często zamieszczane są w projektach umowy o udzielenie zamówienia publicznego, jednak dotyczą zwrotu Zamawiającemu różnicy pomiędzy kosztami zakupu interwencyjnego a zakupu na podstawie zawartej umowy, a nie samych kosztów zakupu. Zapisy takie dotyczą także jedynie pojedynczych niewykonanych w odpowiednim terminie dostaw. Ewentualne próba obarczenia Wykonawcy wszelkimi powstałymi kosztami za „interwencyjną” realizację byłaby próbą wykorzystania nierównej pozycji stron, która wyrządzałaby Protestującej szkodę.

Dlatego Protestująca wnosi o wykreślenie wskazanego zapisu rozdziału XIV punkt 14 projektu umowy lub takie jego doprecyzowanie, aby nie zachodziło ryzyko, iż Zamawiający oczekiwać będzie zapłaty przez Wykonawcę na rzecz Zamawiającego jedynie różnicy kosztów, nie zaś ponoszenia kosztów całego zamówienia.

Na zakończenie, w celu uzasadnienie podstaw protestu, Protestująca przytacza kilka uwag z wyroków Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych (np. wyrok z dnia 18.05.2004 r. w sprawie o sygn. akt: UZP/ZO/0-645/04), który:

Przede wszystkim Zespół Arbitrów zwrócił uwagę, iż umowy z zakresu zamówień publicznych należą do najbardziej istotnej z punktu widzenia gospodarczego grupy zobowiązań wzajemnych i między innymi dlatego są oparte o:

„zasadę ekwiwalentności, w której świadczenie jednej ze stron ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej strony”.

Ponadto Zespół Arbitrów podniósł, iż nawet:

„powszechnie znane i faktycznie istniejące niedomogi np. w sferze pozyskiwania środków i finansowania publicznych placówek służby zdrowia (...) nie może stanowić usprawiedliwionej podstawy naruszania ustawowo określonych zasad funkcjonowania systemu zamówień publicznych oraz ogólnie obowiązujących zasad i przepisów z zakresu obrotu towarowego”,

a

„każdy potencjalny kontrahent jest uprawniony do udziału w ustalaniu przyszłej treści umowy – w ramach procedur przewidzianych PZP”.

Reasumując, pozostawienie umowy w niezmienionej wersji powoduje, że mamy do czynienia z naruszeniem prawa, a ponadto wprowadzeniem przez stronę silniejszą warunków umowy niekorzystnych dla strony słabszej i narzuceniem jej z tego powodu zasad naruszających interes strony słabszej, dlatego stwierdzić należy, że niniejszy protest jest uzasadniony i konieczny, stąd wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

- pełnomocnictwo,
- odpis aktualny z KRS Protestującej.

TYCO POLSKA Sp. z o.o.
Al. Jerozolimskie 162
02-342 Warszawa
Tel.: (+22) 312 2000, Fax (+22) 312 2000
TYCO POLSKA Sp. z o.o.
Marek Guzowski
Przedstawiciel Handlowy