

5. Prosimy o zmianę terminu dostawy z 24 godzin (dni robocze) na 48 godzin (dni robocze). Żaden z gazów objętych tym postępowaniem nie jest na liście „na ratunek życia” i nie podlega dostawom „na cito” a termin 24 godzinny właśnie takim jest. Odpowiednio prowadzona gospodarka magazynowa niewątpliwie umożliwi dopuszczenie realnego, 48 godzinnego terminu dostaw.

Odpowiedź ma pytanie nr 3 i 5:

Zamawiający wyraża zgodę na proponowane zmiany, w związku z powyższym zapisy rozdziału IV pkt 2 SWZ oraz zapisy § 4 pkt 1 oraz 5 projektu umowy otrzymują brzmienie:

rozdział IV pkt 2 SWZ:

„Przez dostawę Zamawiający rozumie cykliczne dostawy w okresie obowiązywania umowy, zgodnie z zamówieniami Zamawiającego (telefonicznie, e-mailem lub za pomocą portalu – zgodnie z wyborem Zamawiającego) dostosowanymi do jego bieżących potrzeb w dni robocze od poniedziałku do piątku, które będą uwzględniały asortyment, ilości towaru, wielkość dostawy oraz miejsce realizacji. Obowiązkiem Wykonawcy jest potwierdzenie telefonicznie/e-mailem przyjęcia zamówienia i zrealizowanie go (dostawa butli) w dni robocze do 48 godzin od momentu zgłoszenia.”

§ 4 pkt 1 oraz 5 projektu:

„1. Wykonawca zobowiązany jest do realizowania dostaw częściowych przedmiotu umowy na podstawie bieżących telefonicznych, przesłanych emailem lub za pomocą portalu, zamówień składanych przez upoważnionego pracownika Zamawiającego w terminie 48 godzin (w dni robocze) od złożenia zamówienia.”

„5. Strony ustalają, iż dostawy butli z gazami medycznymi odbywać się będą średnio co dwa tygodnie przy uwzględnieniu maksymalnego terminu dostawy wskazanego w ust. 1, w ustalonych każdorazowo terminach, w dni robocze do miejsca:

- tlenownia ul. Wyzwolenia 18 wg potrzeb Zamawiającego
- ul. Wyspiańskiego 21 oraz ul. Emilii Plater 17 (wg potrzeb zamawiającego).

natomiast dostawy tlenu ciekłego do zbiorników kriogenicznych będą dostarczane na ul. Wyspiańskiego 21, ul. Emilii Plater 17 i ul. Wyzwolenia 18 wg potrzeb Zamawiającego.”

6. W celu równego traktowania Stron Umowy (zgodnie z K.C.) prosimy o rozszerzenie w niej, doskonale rozbudowanego systemu kar dla Wykonawcy o proporcjonalne, analogiczne i zbliżone kary dla Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.

Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego i ma prawo do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Nie ulega wątpliwości, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje ograniczenia zasady swobody zawierania umów.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnej autonomicznej regulacji zasady równości. Ustawa pzp w art. 16 stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, niemniej przepis ten nie przewiduje zasady równości zamawiającego i wykonawców. Wykonawca nie ma przymusu kontraktowania i obowiązku zawarcia umowy zawierającej postanowienia, które są dla niego nieakceptowalne.

Na brak równości zamawiającego i wykonawcy na gruncie prawa zamówień publicznych wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie KIO, która w przykładowym wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że *„Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu*

zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 3531 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W konsekwencji Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania do umowy postanowień przewidujących możliwość naliczania kar umownych przez Wykonawcę.

7. W celu równego traktowania Stron Umowy (zgodnie z K.C.) prosimy o rozszerzenie w niej, doskonale rozbudowanego systemu możliwości rozwiązania Umowy przez Zamawiającego o proporcjonalne, analogiczne i zbliżone możliwości dla Wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje zapisy umowy.

Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do właściwie jednostronnego określenia treści umowy w sprawie zamówienia publicznego i ma prawo do kształtowania postanowień umowy zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami. Nie ulega wątpliwości, że ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje ograniczenia zasady swobody zawierania umów.

Prawo zamówień publicznych nie zawiera żadnej autonomicznej regulacji zasady równości. Ustawa pzp w art. 16 stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, niemniej przepis ten nie przewiduje zasady równości zamawiającego i wykonawców. Wykonawca nie ma przymusu kontraktowania i obowiązku zawarcia umowy zawierającej postanowienia, które są dla niego nieakceptowalne.

Na brak równości zamawiającego i wykonawcy na gruncie prawa zamówień publicznych wielokrotnie zwracano uwagę w orzecznictwie KIO, która w przykładowym wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów, a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1189/10).

W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11 Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 3531 k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”.

W konsekwencji Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania do umowy postanowień przewidujących możliwość rozwiązania umowy przez Wykonawcę.

Z poważaniem


Z-CA DYREKTORA
ds. Techniczno-Administracyjnych
Beskidzkiego Centrum Onkologii - Szpitala Miejskiego
im. Jana Pawła II w Bielsku-Białej
mgr inż. *Grzegorz Kubica*