

PRZYKŁADY KONTROWERSYJNYCH KLAUZUL STOSOWANYCH PRZEZ PODMIOTY LECZNICZE WE WZORACH UMÓW O ZAMÓWIENIE PUBLICZNE

1. Postanowienia dotyczące kar umownych

1.1. Kary umowne niezależne od winy wykonawcy

Niektórzy zamawiający usiłują przypisywać wykonawcom odpowiedzialność za zdarzenia leżące poza kontrolą wykonawców. Najczęstszy przykład tego rodzaju rozwiązania umownego to klauzula przewidująca karę umowną za każdy dzień „opóźnienia” w realizacji dostawy, niekiedy opatrzona dodatkowym zastrzeżeniem: „niezależnie od przyczyn opóźnienia”.

Przykładowe klauzule:

„W przypadku opóźnienia w realizacji dostawy w terminach, o których mowa w niniejszej umowie Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości X za każdy dzień opóźnienia”

„Zastrzeżenie kary umownej od wykonawcy za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od zamawiającego także z przyczyn niezależnych od obu stron”.

„Obciążenie wykonawcy wyłączną odpowiedzialnością za przyłączenie stanowiących przedmiot zamówienia aparatów do informatycznej sieci laboratoryjnej, w określonym z góry terminie w wypadku, gdy wpięcie do sieci wymaga współdziałania innego podmiotu niż wykonawca lub zamawiający.”

Taki sposób określenia zasad odpowiedzialności narusza równowagę kontraktową stron w nadmiernym stopniu. Na podstawie tak sformułowanej klauzuli wykonawca przejmuje na siebie w zasadzie wszystkie (za wyjątkiem winy umyślnej zamawiającego) ryzyka, jakie mogą wystąpić w procesie dostawy i uniemożliwić jej terminową realizację, a więc np. także za opóźnienie w wyniku zachowań zamawiającego (np. wcześniejsze zamknięcie apteki szpitalnej).

W orzecznictwie KIO kwestionowano już skutecznie treść SIWZ w zakresie w jakim przewidywała ona zamieszczenie we wzorze umowy klauzuli wiążącej kary umowne z okolicznościami, za których powstanie wykonawca nie odpowiada, uznając to za przejaw naruszenia przepisów KC (art. 3531 – zasada swobody umów, art. 5 – nadużycie prawa podmiotowego) oraz PZP (art. 7 i 29 – zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców) (zob. wyrok KIO z dn. 21 maja 2014 r., sygn. KIO 923/14).

1.2. Wygórowany poziom kar umownych

Stosunkowo często wykonawcy spotykają się z wzorami umów, w których zastrzega się kary umowne na rażąco wygórowanym poziomie. Najczęstsze przejawy takiego zachowania to:

- ustalanie wysokości kar umownych za nieterminowe wykonanie świadczenia częściowego (np. realizacji pojedynczego zamówienia lub załatwienia reklamacji) w odniesieniu do wartości całej wieloletniej umowy. Skutkiem jest nakładanie na wykonawców kar umownych, które zbliżają się do wartości dostawy, która została zrealizowana z opóźnieniem, lub ją przekraczają;

Przykład:

„W przypadku opóźnienia w realizacji dostawy w terminach, o których mowa w niniejszej umowie Wykonawca zobowiązuje się do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości X % łącznej wartości brutto umowy za każdy dzień opóźnienia w dostawie”

- ustalenie wysokości kar umownych za nieterminowe wykonanie świadczeń bądź za niewykonanie

określonych obowiązków na poziomie oderwanym od rzeczywistej dolegliwości dla zamawiającego;

Przykład:

1 % wartości zamówienia za 1 godzinę opóźnienia

1.000 zł za każdy dzień braku dostępności kompletnego instrumentarium do zabiegów

- brak górnej granicy kar umownych, co może powodować – szczególnie w połączeniu z zastosowaniem odpowiedzialności oderwanej od winy wykonawcy – bardzo dotkliwe skutki dla wykonawców, np. w przypadku przedłużającej się niemożności dostawy wskutek awarii linii produkcyjnej.

Jak wskazuje się w orzecznictwie, „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13).

Zastrzeżenie kar umownych w nadmiernej wysokości może oznaczać, iż zamawiający naruszył dyrektywy kształtowania treści SIWZ zawarte w PZP (por. wyroki KIO z dn. 20 listopada 2015 r., sygn. KIO 2399/15, oraz z dn. 31 lipca 2015 r., sygn. KIO 1519/15).

Także Kodeks cywilny przewiduje instrumenty ochrony przed stosowaniem nadmiernych kar umownych (art. 5 KC – nadużycie prawa podmiotowego; art. 484 § 2 KC – możliwość żądania zmniejszenia kary umownej, jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana). Niestety w każdym przypadku wymaga to wystąpienia przeciwko zamawiającemu na drogę sądową, co utrudnia dalszą współpracę stron i naraża strony na koszty.

2. Swoboda zamawiającego w określeniu wolumenu dostaw

Wielu zamawiających zamieszcza we wzorach umów klauzule przewidujące możliwość samodzielnego, jednostronnego decydowania przez zamawiającego o tym, na jaką ilość wyrobów złoży zamówienia w okresie obowiązywania umowy. Dodatkowo zastrzega się, że w przypadku złożenia zamówień na ilość niższą niż przewidziana w umowie, wykonawcy nie będą przysługiwały żadne roszczenia.

Przykładowe klauzule:

„Zamawiający zastrzega prawo zmniejszenia liczby zamawianych wyrobów w każdym zadaniu w ramach zawartej umowy – w zależności od bieżących potrzeb szpitala wynikających z zachorowalności pacjentów oraz wielkości kontraktów z Narodowym Funduszem Zdrowia lub innymi płatnikami usług”.

„Zamawiający zastrzega sobie prawo realizowania zamówień w ilościach uzależnionych od rzeczywistych potrzeb i posiadanych środków oraz do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym, co nie jest odstąpieniem od umowy nawet w części. Wykonawcy nie służą z tego tytułu żadne roszczenia”.

Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia w niczym nieograniczony sposób czyni przedmiot zamówienia niejednoznacznym (art. 29 ust. 1 PZP), a także może wskazywać na naruszenie w przyszłości art. 139 ust. 1 PZP, zgodnie z którym zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (wyrok KIO z dn. 22 lipca 2015 r., sygn. KIO 1372/15). W konsekwencji tego rodzaju rozwiązanie kontraktowe jest uznawane za niezgodne z PZP.

3. Nierealne terminy dostaw lub usunięcia wad

Zdarzają się przypadki, w których zamawiający zastrzega terminy wykonania określonych obowiązków w sposób nierealistyczny, w praktyce trudny do dotrzymania, a przy tym nieodpowiadający obiektywnym potrzebom podmiotu leczniczego.

Przykłady:

24 godziny na dostawę implantów

Tego rodzaju zachowanie może prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 PZP) – zob. uchwała KIO z dn. 22 maja 2015 r., sygn. KIO/KD 27/15. Należy je zatem ocenić za niezgodne z PZP.

4. Wymóg dostarczenia dodatkowych elementów, poza świadczeniem głównym

Spotykanym zjawiskiem jest ustanawianie wymogu, aby poza świadczeniem głównym (dostawa wyrobów medycznych IVD) wykonawca zapewniał również innego rodzaju rzeczy lub usługi, niezwiązane rzeczowo z głównym przedmiotem zamówienia.

Przykłady:

- klimatyzatory
- mikroskopy
- artykuły biurowe
- usługi zagospodarowania odpadów

Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP ma obowiązek uczynić to w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty. Formułując przedmiot zamówienia zamawiający odnosi się do jego cech technicznych i jakościowych z uwzględnieniem potrzeb zamawiającego i ochrony jego zobiektywizowanego interesu w uzyskaniu zamówienia zapewniającego oczekiwany przez zamawiającego rezultat.

Swoboda zamawiającego w określeniu wymogów odnoszących się do przedmiotu zamówienia nie oznacza jednak dowolności postępowania w tym zakresie. Jest ona ograniczona m.in. zakazem wynikającym z art. 29 ust. 2 PZP, nie wolno zamawiającemu bowiem określać przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Łączenie odmiennych rodzajowo przedmiotów świadczenia w ramach jednego zamówienia publicznego może w konkretnych okolicznościach prowadzić do naruszenia PZP.

W przypadku świadczeń takich jak transport sprzętu, jego montaż, dostarczenie instrukcji czy przeprowadzenie szkolenia, ich bezpośredni związek z dostawą sprzętu medycznego nie budzi większych wątpliwości i jest w pełni uzasadnione z punktu widzenia konieczności zapewnienia prawidłowego funkcjonowania sprzętu, co może wymagać udziału dostawcy posiadającego specjalistyczną wiedzę dotyczącą urządzenia.

Świadczenie w postaci dostawy materiałów biurowych, klimatyzatorów czy zagospodarowania odpadów nie wykazuje bezpośredniego związku z głównym przedmiotem zamówienia na dostawę wyrobów medycznych.

Co więcej, tego rodzaju praktyki zamawiających wydają się być sprzeczne z art. 2 pkt 13 PZP, zgodnie z którym pod pojęciem „zamówień publicznych” rozumie się umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Skoro faktycznym przedmiotem zamówienia objęte są zarówno dostawy wyrobów medycznych, jak i dodatkowe

przedmioty/usługi to zamawiający powinien umożliwić każdemu z wykonawców podanie w ofercie ceny każdego z powyższych świadczeń. W innym razie dochodzi do zaniżenia wartości przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji może prowadzić do uniknięcia stosowania niektórych przepisów PZP (związanych z progami wartościowymi), a także uniemożliwia rzetelną kontrolę ceny pod kątem tego, czy nie jest ona rażąco niska.

5. Obowiązek kontynuacji dostaw pomimo zaległości płatniczych

Istnieją przypadki, w których zamawiający zastrzega bezwzględny obowiązek kontynuacji dostaw przez wykonawcę także w przypadku braku zapłaty za wcześniej zrealizowane dostawy w ramach tej samej umowy o zamówienie publiczne.

Klauzule tego rodzaju są wprost sprzeczne z przepisami Kodeksu cywilnego przewidującymi uprawnienie wierzyciela (sprzedającego) do powstrzymania się ze świadczeniem w przypadku, gdy ze względu na stan majątkowy drugiej strony (kupującego) zapłata za świadczenie jeszcze niewykonane jest wątpliwa (art. 552 i art. 491 KC). Należy je również ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, jako mające na celu ochronę nierzetelnego dłużnika kosztem wierzyciela. Z tych przyczyn omawiane postanowienie należy ocenić za nieważne jako sprzeczne z ustawą (art. 58 § 1 KC) i zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 KC).

6. Bardzo długie terminy rękojmi / gwarancji

Spotykane są przypadki, w których zamawiający zastrzega niezwykle długie terminy rękojmi lub gwarancji na przedmiot świadczenia.

Przykład:

wymóg dożywotniej gwarancji na dostarczone narzędzia chirurgiczne

Tego rodzaju zabieg wskazuje na opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nierzeczowy, oderwany od obiektywnych potrzeb zamawiającego. W orzecznictwie KIO wskazuje się, że zastrzeżenie nierealistycznie długiego okresu gwarancji zaburza uczciwą konkurencję, uniemożliwiając lub znacznie utrudniając uzyskanie zamówienia innym wykonawcom, którzy udzielają gwarancji na realny i adekwatny do przedmiotu zamówienia okres (wyrok KIO z dn. 21 kwietnia 2015 r., sygn. KIO 692/15).

* * *