

Szpitalom stosują zapisy SIWZ jako sposób na uzyskanie dodatkowych pieniędzy

# Za karę

Szpitalom ogłaszające przetargi na dostawy sprzętu lub usług w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) umieszczają informacje na temat kar umownych. Z założenia powinny one stanowić zabezpieczenie dla zamawiającego i mobilizować wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia. W praktyce często stają się okazją do pozyskania dodatkowych pieniędzy.

Kara umowna zwykle jest zastrzegana w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia, takimi jak zwłoka w dostawie, braki ilościowe lub jakościowe itp. Jej rolą jest zabezpieczenie w wypadku, gdyby zamawiający musiał ponieść koszty związane z danym uchybieniem, na przykład z przedłużonym pobytom pacjenta w szpitalu, ponieważ dystrybutor potrzebnych wyrobów medycznych nie dostarczył ich w wyznaczonym terminie. Zwykle w SIWZ szpitale zastrzegają, że kary umowne mogą potrącać z wynagrodzenia przysługującego dostawcy.

### Zróżnicowana wysokość kar

Kary mają zróżnicowaną wysokość. Najwyższe są w wypadku odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego lub gdy zamawiający rozwiązuje umowę z powodu powtarzającego się niewypełniania warunków umowy przez wykonawcę lub innych istotnych uchybień. Wówczas zamawiający może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym. Umowa nie określa, co jest istotnym uchybieniem – to bardzo pojemne określenie, dające szpitalom wiele możliwości.

Najczęściej kara wynosi 10 proc. wartości umowy, chociaż zdarzają się wyjątki. Na przykład Szpital Miejski w Sosnowcu ustalił wysokość kary na 15 proc. niezrealizowanej wartości umowy brutto w wypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, a także z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego. Szpital Miejski im. Raszei w Poznaniu określił wysokość kary za odstąpienie od umowy przez wykonawcę z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, na 20 proc. łącznej wartości brutto umowy, a Szpital Wojewódzki w Rybniku nawet na 30 proc.

Poznański szpital określił też wysokość kar za niewykonanie umowy z winy leżącej po stronie wykonawcy, a także za „nienależyte wykonanie” (też bardzo pojemne pojęcie) umowy na 10 proc. wynagrodzenia brutto. Za odstąpienie od umowy przez zamawiającego z powodu okoliczności, za które odpowiada wykonawca, kara wynosi 10 proc. wartości niezrealizowanej umowy.

Szpital w Sosnowcu ustanowił, że za niedotrzymanie terminów dostarczenia przedmiotu zamówienia (5 dni od złożenia zamówienia) lub wymiany wadliwego towaru (3 dni) kara wynosi 1 proc. za każdy dzień przez 14 dni. Po tym terminie szpital może odstąpić od umowy (i żądać 15-procentowej kary).

Kary za opóźnienia w dostarczaniu towaru, gdy rzecz zostanie źle oznaczona albo dostarczona bez odpowiednich dokumentów, za opóźnienie w realizacji reklamacji wynoszą od 0,2 do 0,5 proc. wartości części towaru, której opóźnienie dotyczy, za każdy dzień. Tak było w przetargu ogłoszonym przez szpital w Słupsku,

który w przypadku zwłoki lub opóźnienia w wykonaniu zamówienia określił wysokość kary na 0,2 proc. wartości przedmiotu umowy za każdy dzień, w przypadku zwłoki lub opóźnienia usunięciu wady towaru w okresie gwarancji oraz opóźnienia wykonania reklamacji uznanej za zasadną – 0,5 proc. wartości przedmiotu za każdy dzień.



foto: iStockphoto

„Najwyższe są kary w wypadku odstąpienia przez wykonawcę od umowy z przyczyn niezawinionych przez zamawiającego. Najczęściej kara taka wynosi 10 proc. wartości umowy, chociaż zdarzają się wyjątki”

### Co można zaakceptować

– Kary od 0,1 proc. do 0,5 proc. wartości niedostarczonego zamówienia za każdy dzień opóźnienia są do zaakceptowania – mówi Bartłomiej Sawicki, prokurent hurtowni farmaceutycznej Asclepios SA, specjalizującej się w sprzedaży produktów leczniczych do szpitali. – Jeżeli jednak wynoszą 5 czy nawet 10 proc., to zastanawiamy się, czy złożenie oferty w takim postępowaniu nie jest obciążone dla nas zbyt dużym ryzykiem. Najczęściej w takiej sytuacji rozpatrywane są 3 scenariusze: rezygnacja ze złożenia oferty, złożenie oferty na część zadań zawierających produkty zawsze dostępne lub złożenie oferty uwzględniającej ryzyko ewentualnych kar.

Jak widać, wszystkie powyższe rozwiązania są niekorzystne dla zamawiającego, ponieważ prowadzą do

zmniejszenia liczby ofert (mniejsza konkurencja) lub mogą spowodować, że oferty będą droższe.

### Pytania bez odpowiedzi

Oferenci, korzystając z możliwości zadawania pytań, postulują obniżenie wysokości kar czy ustalenie maksymalnej ich wysokości, ale najczęściej szpitale nie odpowiadają na takie prośby i nie zmieniają warunków umów.



foto: 123RF

„Przykładem nierównego traktowania podmiotów jest też zapis o zakazie poręczenia – dostawca nie może zabezpieczyć się na wypadek, gdyby szpital nie zapłacił w terminie”

Zdarzają się jednak wyjątki. Szpital Miejski Murcki w Katowicach w dokumentacji dotyczącej przetargu określił wysokość kar umownych na 2 proc., ale po interwencji dostawców zmienił te wartości. Kary dotyczyły opóźnień w dostarczeniu towaru (0,5 proc. za każdy dzień opóźnienia) lub sytuacji, gdy rzecz nie zostanie należycie oznaczona albo zostanie dostarczona bez przewidzianych w umowie lub przepisach dokumentów (0,2 proc. za każdy dzień). Kary były obliczane od wartości brutto tej części towaru, której opóźnienie dotyczyło.

Najczęściej jednak prośby o zmiany umów pozostają bez odpowiedzi. Szpital Wojewódzki w Rybniku, który określił wysokość kary za opóźnienie w dostawie na 5 proc. wartości umowy, nie wyraził zgody na jej obni-

żenie, podobnie jak na postulat o usunięciu kary w wypadku wstawienia sprzętu zastępczego o takich samych lub lepszych parametrach jak zamawiany. Nie zgodził się także na prośbę o obniżenie kary za odstąpienie od umowy na 30 proc. wartości zamówienia i kilka innych sugestii oferentów.

Oferenci zainteresowani uczestnictwem w przetargu ogłoszonym przez Szpital w Ostrowie Wielkopolskim dotyczącym dzierżawy analizatorów do oznaczeń RKZ postulowali, aby całkowita wysokość kar umownych nie przekraczała 4,95 proc. wartości brutto umowy. Szpital określił bowiem wysokość kar umownych na 0,2 proc. wartości brutto niedostarczonego przedmiotu za każdy dzień zwłoki oraz 5 proc. wartości brutto przedmiotu umowy za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie wydzierżawiającego.

Oferenci uzasadniali swoje wnioski tym, że kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez zamawiającego, ale nie może być nadmierna oraz prowadzić do konieczności nieuzasadnionego ponoszenia przez wykonawcę nieproporcjonalnych obciążeń. Podkreślali też, że w razie gdyby szkoda była wyższa, zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania na zasadach ogólnych na podstawie kodeksu cywilnego. Szpital nie przychylił się do tych wniosków.

Zwracając się do szpitali w sprawie zbyt wysokich kar, oferenci podkreślają, że w doktrynie prawa zamówień publicznych i w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustanawianie rażąco wysokich kar umownych należy uznać za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji (ustawa Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r., art. 7), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania. Stanowi to także naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego.

Jest to także sprzeczne z rolą kar, które powinny przede wszystkim dyscyplinować zobowiązanego, dlatego ich poziom musi być umiarkowany i to zarówno jeśli chodzi o wskazanie procentowe naliczenia, jak i wartość stanowiącą podstawę. Na przykład obliczanie kary umownej od pełnej wartości wynagrodzenia kontraktowego, gdy zostało już zrealizowane 90 proc. wartości umowy, jest z pewnością rażąco wygórowane.

Kary umowne stwarzają szpitalom szerokie możliwości wykorzystania sytuacji na swoją korzyść. W wypadku zapisu, że zamawiający może nałożyć karę za odstąpienie od umowy z przyczyn nieleżących po stronie zamawiającego, powodem takiego odstąpienia może być na przykład nieprzekazanie przez NFZ pieniędzy na usługi wykonane ponad limit lub obniżenie kontraktu na dane usługi.

W tych przykładach widać nierówne traktowanie podmiotów, ponieważ oferenci, przystępując do przetargu, muszą spełniać wiele warunków dotyczących finansów, np. opłacić terminowo składki na ZUS czy

podatek, tymczasem szpital nie dość, że nie musi wykazywać się rzetelnością, to jeszcze może narzucać zapisy, które dyskryminują dostawców i narażają ich na dodatkowe koszty.

### Kara za nie ten pokój i za pełnomocnika

Zastrzeżenia budzi nie tylko wysokość kar, lecz także powody ich wymierzania. Może to być na przykład niewystawienie faktur, niedoręczenie dokumentu, dostarczenie faktury do złego pokoju. Zdarza się też zakaz zatrudnienia profesjonalnego pełnomocnika.

Ten ostatni zapis oznacza, że dostawca nie może mieć swojego radcy prawnego ani adwokata, który reprezentowałby jego interesy w kontakcie ze szpitalem. Musi działać samodzielnie. W efekcie w razie problemów z płatnością ze strony szpitala dostawca nie może wynająć kancelarii prawnej, która pomogłaby mu w odzyskaniu wierzytelności. Zakaz taki może obowiązywać nawet przez 3 lata, a czasem bezterminowo.

Kolejnym zapisem wyraźnie wskazującym na nierówne traktowanie podmiotów jest zakaz poręczenia. Dostawca nie może więc zabezpieczyć się na wypadek, gdyby szpital nie zapłacił w terminie, nie może w takiej sytuacji skorzystać z pomocy instytucji finansowej. Prośby o usunięcie takich zakazów zwykle są rozpatrywane odmownie przez szpitale, korzystające ze swojej pozycji silniejszego, który narzuca treść umowy, nie uwzględniając wniosków drugiej strony. Dostawcy mogą albo zrezygnować z udziału w przetargu, albo przyjąć warunki zamawiającego. Jeżeli przedmiotem działalności dostawcy jest współpraca ze szpitalami, to nie ma on innego wyjścia, jak tylko podpisać taką umowę i zaakceptować wprowadzone kary umowne, inaczej musiałby zmienić branżę, a może nawet zaprzestać działalności. Szpitale wymuszają więc na dostawcach akceptowanie narzuconych zasad współpracy, bez możliwości jakichkolwiek negocjacji.

### Kary formą represji

Tak zapisane kary umowne nie mają nic wspólnego z motywowaniem wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego, a tylko są formą represji i wykorzystywaniem drobnych potknięć wykonawców, niemających znaczenia przy prawidłowej realizacji zamówienia publicznego. Takie długofalowe działanie może nawet doprowadzić do pozostania na rynku największych koncernów, które będą dyktować i windować ceny ze szkodą dla sektora medycznego.

– *Za każdym razem, gdy mamy przystąpić do przetargu, analizujemy sytuację danego szpitala – wyjaśnia przedstawiciel jednej z firm dostarczających produkty do szpitali. – Szczególnie dotyczy to sytuacji finansowej. Jeżeli wcześniej były problemy dotyczące spłaty zobowiązania przez szpital, a dodatkowo specyfikacja zawiera informacje o wysokich karach, to poważnie zastanawiamy się nad przystąpieniem do przetargu. Zdarza się, że czasem mimo takich*

*niekorzystnych zapisów decydujemy się na współpracę, dotyczy to 5–10 proc. szpitali, do których dostarczamy produkty.*

Zdarzają się sytuacje, że dostawca dostarcza sprzęt, który jest użytkowany, i wszystko jest w porządku do czasu, gdy szpital zaczyna mieć problem ze spłaceniem rat. Wtedy szpital odwołuje się do kar umownych, np. zakazu poręczenia, zakazu zatrudnienia pełnomocnika. Trzeba zaznaczyć, że w takiej sytuacji szpital płaci tyle, ile wynika z umowy, nic więcej, nie pogarsza to zatem jego sytuacji finansowej. Daje natomiast szansę dostawcy na odzyskanie należności za dostarczony sprzęt. Można więc mieć wrażenie, że kary umowne dla szpitala są sposobem na dodatkowy przychód.

Przyznała to także Krajowa Izba Odwoławcza, wydając dwa wyroki, w których nakazała usunięcie zapisów dotyczących kar umownych niezwiązanych z uchybieniami wykonawcy. W wyroku z 25 października 2013 r. izba stwierdziła, że zastrzeżenie kar umownych za zawarcie przez wykonawców umowy poręczenia, przekazu czy też udzielenie pełnomocnictwa ma wyłącznie charakter prewencyjno-represyjny, a ich celem nie jest zmotywowanie wykonawcy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, lecz sankcjonowanie ewentualnych prób zabezpieczenia bądź odzyskania swojego wynagrodzenia. Oznacza to, że zamawiający zastrzegł bezprawnie dla siebie prawo do naliczania kar umownych w sytuacji, gdy sam będzie się opóźniał z zapłatą wynagrodzenia, a wykonawca podejmie działania mające na celu zabezpieczenie zapłaty bądź odzyskanie wynagrodzenia poprzez zawarcie umowy poręczenia, przekazu czy udzielenie pełnomocnictwa do dochodzenia roszczeń. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła także, że zastrzeżenie kar umownych nie może utrudniać wykonawcom odzyskania swojego wynagrodzenia. Kary umowne nie mogą prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia podmiotu leczniczego kosztem wykonawcy, powinny natomiast wyłącznie motywować wykonawców do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia.

– *Zastrzeżenie kar umownych nie może pozostawać w sferze dowolności, wyłącznie po stronie zamawiających. Należy pamiętać, że kary umowne muszą mieć związek z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia i powinny zabezpieczać jego wykonanie. Zastrzeżenie kar umownych za podejmowanie działań przez wykonawców mających na celu uzyskanie wynagrodzenia w sytuacji, gdy wykonawca zrealizował przedmiot zamówienia, nie zasługuje na ochronę prawną i jest nadużyciem w postaci wykorzystania instytucji kary umownej do unikania zapłaty. W konsekwencji wprowadzanie zapisów dotyczących kar umownych związanych z utrudnieniem wykonawcom uzyskania wynagrodzenia jest sprzeczne z prawem – podsumowuje Janusz Burkot, radca prawny, ekspert ds. zamówień publicznych Kancelarii Prawniczej Karnowski & Wspólnik.*

Daria Włodarska