



ZAKŁAD ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

przy Ministrze Zdrowia

Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa

Sekretariat: tel.: 22 883 35 12, fax: 22 883 35 13, Zespół ds. Kontraktów 22 883 36 32, 883 36 49

Zespół ds. Przetargów: tel. 22 883 36 08, 883 36 09, 883 35 53, tel./fax: 22 883 35 52

Zespół ds. Finansowo-Księgowych tel. 22 883 36 46

Warszawa, dnia 30/05/2018 r.

ZZP.ZP.97/18.367.18

WYKONAWCY

Dotyczy: Zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę: **Leku antyretrowirusowego Darunavir**. Znak sprawy: ZZP- 97/18

Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, z późn. zm.) uprzejmie informuje, iż do Zamawiającego wpłynęło pisemne zapytanie Wykonawcy. Treść pytania oraz udzieloną odpowiedź przedstawiamy poniżej:

Pytanie 1

do §9 ust. 2 pkt 4 Umowy:

„Czy Zamawiający zrezygnuje z zapisu §9 ust. 2 pkt 4 umowy lub ewentualnie wyrazi zgodę na zmianę postanowienia §9 ust. 2 pkt 4 umowy poprzez obniżenie wysokości zastrzeżonej w nim kary umownej wynoszącej 100% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części umowy – za niewywiązanie się przez Wykonawcę z zobowiązań określonych w §8 ust. 1 oraz §11 ust. 4 umowy na karę wynoszącą maksymalnie 10% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części dostawy – tj. przez wprowadzenie rozwiązania analogicznego jak w postanowieniu §9 ust. 2 pkt 3 umowy, który dotyczy sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania umowy w części za niewywiązanie się Wykonawcy z zobowiązań umownych, w szczególności określonych w §6 ust. 4 i 5 umowy.

Wskazać należy, że zastrzeżona przez Zamawiającego kara umowna jest nadmierna i krzywdząca dla Wykonawcy i jako taka może być objęta sankcją nieważności, na podstawie art. 58 kodeksu cywilnego w zw. z art. 353¹ k.c. Granice swobody umów wyznaczone przepisem art. 353¹ k.c. zakładają, że treść umowy lub cel nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Wprowadzenie przez Zamawiającego kary umownej wynoszącej 100% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części umowy jest nie tylko niezgodna z zasadami współzycia społecznego (w szczególności z zasadą uczciwości i lojalności kupieckiej) ale też z właściwością (naturą) stosunku zobowiązaniowego. Ponadto, naliczenie tak wysokiej kary (100% wartości brutto niewykonanej lub nienależycie wykonanej części umowy) stanowi przejaw nadużycia prawa i pozycji dominującej w postępowaniu przetargowym, które to działanie może być dotknięte sankcją nieważności.”

Odpowiedź 1

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 2

do §9 ust. 2 pkt 5 i 6 Umowy:

„Czy Zamawiający zrezygnuje z zapisu §9 ust. 2 pkt 5 umowy a w konsekwencji zapisu §6 ust. 10 umowy oraz zgodzi się na zmianę postanowienia §9 ust. 2 pkt 6 umowy poprzez obniżenie wysokości zastrzeżonej kary umownej wynoszącej 80% wartości brutto leków dostarczonych z terminem ważności krótszym niż minimalny termin ważności, obliczonej według cen jednostkowych określonych w załączniku nr 1 do umowy, jeżeli Zamawiający nie wyraził zgody na ich przyjęcie albo jeżeli Wykonawca nie wywiązał się z obowiązku ich wymiany w trybie przewidzianym w §6 ust. 8 zd. 2 do wysokości 10% tej wartości?

Nalożenie kary umownej w sytuacji, gdy odbiorca docelowy przyjmie leki z terminem ważności krótszym niż minimalny termin ważności i wykorzysta je zgodnie z przeznaczeniem, a więc w sytuacji braku szkody po Stronie Zamawiającego stanowi przejaw nadużycia prawa i pozycji dominującej w postępowaniu przetargowym, które to działanie może być obarczone sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. jako działanie niezgodne z zasadami współzycia społecznego i naturą stosunku zobowiązaniowego.

Wskazać należy, że w sytuacji, gdy Wykonawca dostarczy do magazynu depozytowego leki z terminem ważności krótszym niż minimalny termin ważności Zamawiający ma do wyboru przyjąć leki (co wiązać się będzie z karą umowną 35% wartości brutto tych leków) albo nie przyjąć leków (co skutkuje karą umowną 80% wartości tych leków). Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający poniesie jakąkolwiek szkodę w wyniku dostarczenia leków z terminem ważności krótszym niż minimalny termin ważności Wykonawca musi zapłacić niewspółmiernie wysoką karę umowną. Dowolność Zamawiającego w zakresie przyjęcia leku bądź jego nieprzyjęcia rodzi pole do nadużyć, a ponadto kara umowna w wysokości 80% jest nadmierna i krzywdząca i jako taka może być objęta sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.

Odpowiedź 2

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 3

do §9 ust. 2 pkt 8 i 9 umowy:

„Czy Zamawiający zmodyfikuje postanowienie §9 ust. 2 pkt 8 i 9 oraz §7¹ ust. 3 poprzez przyjęcie naliczania kar umownych od wartości wymiernej (stałej) a nie od wartości, która może być zmienna?”

Wyżej wskazane postanowienia mogą być obarczone sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c. Granice swobody umów określone w art. 353¹ k.c. zakładają bowiem, że treść umowy oraz jej cel nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Wskazać należy, że §9 ust. 2 pkt 8 i 9 oraz §7¹ ust. 3 wprowadzają sposób naliczania kar umownych jako procent od wartości brutto umowy, o której mowa w §3 ust. 1. Natomiast zgodnie z §3 ust. 1 umowy jej wartość nie jest stała a określona jako wartość maksymalna („wartość umowy łącznie z należnym podatkiem od towarów i usług, ustalona zgodnie z cenami jednostkowymi określonymi w załączniku nr 1 do umowy (wartość brutto), nie przekroczy kwoty...”). W związku z tym w toku realizacji umowy Wykonawcy będą przysługiwały roszczenia – albo o pełną realizację umowy (jeżeli kary ww. będą naliczane od całości), albo miarkowanie ww. kary umownej. Brak określonej wartości umowy jest sprzeczny z naturą stosunku zobowiązaniowego, a ponadto z zasadami współzycia społecznego, ponieważ Wykonawca w momencie zawarcia umowy nie może być pewny ostatecznej wartości brutto umowy ani wysokości ewentualnych kar umownych. Kryteria określenia wartości przedmiotu umowy nie są sprecyzowane ani w umowie, ani w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Niemożliwe jest zatem ustalenie wartości umowy brutto w momencie zawierania umowy, a w konsekwencji niemożliwe jest określenie wartości ewentualnych kar liczonych od wartości brutto umowy bez jej ustalenia.

Odpowiedź 3

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 4

do §3 ust. 1 Umowy:

Zamawiający poprzez wskazanie, iż wartości umowy „nie przekroczy” określonej kwoty zastrzega sobie możliwość zmian ilościowych umowy ale nie określił ich warunków, m. in. nie wskazał w jakich okolicznościach zmiana mogłaby mieć miejsce, nie wskazał w żaden sposób granic zmian ilościowych odnośnie poszczególnych pozycji itp. Na podstawie art. 144 ust. 1-1b, 1d, 1e ustawy Prawo zamówień publicznych, brak określenia warunków zmiany umowy będzie przesądzać o nieważności zapisu §3 ust. 1 umowy. Czy w związku z tym, Zamawiający odstąpi od tego fragmentu zapisu w umowie i określi, że wartość wynosi określoną kwotę a nie jedynie wskaże jej wartość maksymalną?

Jaka jest minimalna gwarantowana wielkość dostaw, którą Zamawiający obowiązany jest podać na podstawie art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z wytycznymi KIO?

Odpowiedź 4

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 5

do §3 ust. 5 Umowy:

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie z umowy postanowienia §3 ust. 5, zgodnie z którym w przypadku wykonania zamówienia niezgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, płatność, o której mowa w ust. 4, może być wstrzymana do czasu wywiązania się przez Wykonawcę z zobowiązań wskazanych w treści niniejszej umowy, bowiem postanowienie to może być obarczone sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 353¹ k.c.

Wskazać należy, że Strona zobowiązana do wykonania świadczenia pieniężnego, a więc Zamawiający, w sytuacji wykonania zamówienia niezgodnie z zapisami umowy nie może skutecznie zagrozić Wykonawcy wstrzymaniem zapłaty ceny ale domagać się np. usunięcia stwierdzonych wad, wymiany rzeczy wadliwych lub obniżenia ceny czyli korzystać z uprawnień z tytułu rękojmi, stosownie do brzmienia art. 560 k.c. Postanowienie §3 ust. 5 Umowy pozostaje zatem w sprzeczności z zapisami ustawy i jako takie jest nieważne.

Odpowiedź 5

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 6

do §7 ust. 2 i 3 Umowy:

„Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §7 ust. 2 i 3 umowy poprzez wykreślenie odpowiedzialności Wykonawcy z tytułu naruszenia praw podmiotów trzecich, w tym praw własności intelektualnej, a w szczególności prawa własności przemysłowej i praw autorskich?

Wskazać należy, że leki mogą być objęte ochroną patentową, a odpowiedzialność z tytułu naruszeń praw z patentu mógłby ponosić jedynie producent danego produktu, wytwarzając go z naruszeniem praw uprawnionego podmiotu. Jedynie na etapie produkcji może mieć miejsce naruszenie praw z patentu, a Wykonawca nie ma wpływu na jego przebieg. W chwili zakupu leków u producentów Wykonawca nie ma wiedzy, czy są one obciążone prawami osób trzecich.

Ponadto zgodnie z art. 70 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. prawo własności przemysłowej (Dz.U. 2001 Nr 49, poz. 508 ze zm.) w chwili wprowadzenia leków przez producentów na rynek dochodzi do tzw. wyczerpania patentu. Patent nie rozciąga się na działania dotyczące leku, polegające w szczególności na jego oferowaniu do sprzedaży lud dalszym wprowadzaniu do obrotu, jeżeli wyrób ten został uprzednio wprowadzony do obrotu. Nie istnieje więc w takim przypadku ryzyko kierowania jakichkolwiek roszczeń do Zamawiającego (ani nawet Wykonawcy), który legalnie nabył dany produkt. Przepis ten ma charakter bezwzględnie obowiązujący i jako taki nie może być modyfikowany w drodze umownej. W związku z powyższym Wykonawca jako sprzedawca leku może odpowiadać jedynie za te wady, których wystąpienie obciąża go jako stronę umowy sprzedaży.

Odpowiedź 6

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 7

do §6 ust. 8 Umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia postanowienia §6 ust. 8 umowy poprzez wskazanie, że w sytuacji gdy leki dostarczone do magazynu mają termin ważności co najmniej równy wymaganemu terminowi ważności określonego w §2 ust. 3 pkt 2, ale krótszym niż minimalny termin ważności określony w §2 ust. 2, Zamawiający **przyjmie** Leki z takim terminem ważności. Dotychczasowa dowolność w działaniu Zamawiającego poprzez określenie „**może przyjąć**” stanowi pole do niedopuszczalnych nadużyć i sytuacji, w których leki pełnowartościowe nie zostają wykorzystane przez odbiorców docelowych.

Odpowiedź 7

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 8

do §9 ust. 2 pkt 1 i 2 Umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę brzmienia postanowienia §9 ust. 2 pkt 1 i 2 Umowy poprzez zmniejszenie kary umownej z 20% wartości brutto niewykonanej części umowy do 10% tej wartości?

Kary umowne w wysokości 20% wartości brutto niewykonanej części umowy przewidziane w §9 ust. 2 pkt 1 i 2 Umowy będą naliczane w przypadku odstąpienia od umowy przez Wykonawcę z przyczyn nieleżących po stronie Zamawiającego oraz w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy. Tymczasem w §9 ust. 3 Umowy w sytuacji, gdy to Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn innych niż leżące po stronie Wykonawcy zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% wartości brutto niewykonanej części umowy.

Zasadą przy ustalaniu kar umownych jest, że kary umowne należne od tego samego lub podobnego przewinienia mają taką samą bądź zbliżoną wartość. W Umowie kary umowne zastrzeżone na korzyść Zamawiającego na wypadek odstąpienia od umowy mają dwukrotnie wyższą wartość (20% wartości brutto niewykonanej części umowy) niż kary umowne na wypadek odstąpienia zastrzeżone na korzyść Wykonawcy, które wynoszą tylko 10% wartości brutto niewykonanej części umowy. W sytuacji, gdy Zamawiający naliczy kary umowne w wysokości 20% wartości brutto niewykonanej części umowy, Wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie o miarkowanie kary umownej jako nadmiernej i rażąco wygórowanej. Taki układ kar umownych jest bardzo niekorzystny dla Wykonawcy, natomiast bardzo korzystny dla Zamawiającego co może naruszać zasadę równości stron w stosunkach zobowiązaniowych a tym samym zasadę swobody umów z art. 353¹ k.c. Takie ukształtowanie zobowiązania sprzeciwia się zarówno zasadom współzycia społecznego jak i naturze (właściwości) stosunku.

Ponadto, narzucanie przez Zamawiającego niekorzystnych warunków umów, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści może być uznane za nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odpowiedź 8

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 9

do §11 ust. 4 Umowy:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę postanowienia §11 ust. 4 poprzez umożliwienie Wykonawcy wyrażenia zgody w formie aneksu do umowy na przechowywanie leków do dnia, po upływie którego nie mógłby być dotrzymany wymagany termin ważności?

Postanowienie § 11 ust. 4 przewiduje wydłużenie okresu, na który zawarta jest umowa bez zmiany tej umowy. W przypadku gdy Zamawiający nie wykorzysta wszystkich leków w ciągu 6 miesięcy (nie ma takiego obowiązku), Wykonawca musi przechowywać leki do dnia, po upływie którego nie mógłby być dotrzymany wymagany termin ważności. Zamawiający ponadto, przyznał sobie prawo do zmniejszenia zakupu produktów leczniczych nawet o 20% przedmiotu zamówienia (Dział V pkt 1 ppkt. 1.2.2 SIWZ). W przypadku zatem, gdy lek będzie miał termin ważności 18 miesięcy – umowa zostanie w rzeczywistości zawarta na 12 miesięcy, jeżeli Zamawiający nie zamówi leków z magazynu depozytowego. Zgodnie z brzmieniem umowy Wykonawca musi zgodzić się na takie wydłużenie umowy i nie ma żadnych środków prawnych, aby temu przeciwdziałać. Może to okazać się niekorzystne dla Wykonawcy, ponieważ musi prowadzić magazyn depozytowy i spełniać wszystkie obowiązki z umowy przez dodatkowy okres czasu, na który nie ma żadnego wpływu. Zamawiający zaś ma dostęp do leków przez wydłużony okres czasu w cenie przechowywania leku przez sześć miesięcy (zgodnie z §2 ust. 3 Umowy), ale nie musi ich zamawiać. Niezależnie zatem od tego, czy Zamawiający będzie zamawiał leki, czy zrezygnuje z zamawiania leków z magazynu depozytowego, Wykonawca musi przechowywać leki w tym magazynie aż do dnia, po upływie którego nie mógłby być dotrzymany wymagany termin ważności. Pełnowartościowe leki pozostają wtedy niejako „zamrożone” w magazynie depozytowym i Wykonawca nie może ich sprzedać innym podmiotom co naraża go na straty.

Narzucanie przez Zamawiającego niekorzystnych warunków umów, które przynoszą mu nieuzasadnione korzyści może być uznane za nadużywanie pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Odpowiedź 9

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.

Pytanie 10

do Działu VII pkt 2 ppkt 2.2 SIWZ

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie kryterium pozacenowego pn. „Wymiana leków” a ewentualnie czy wyrazi zgodę na obniżenie jej wagi do maksymalnie do 20 pkt (przy zwiększeniu 80 pkt za kryterium pn „Oferowana cena”).

Wskazać należy, że wprowadzenie do SIWZ tak określonego kryterium pozacenowego a dodatkowo wprowadzenie w umowie obowiązku wymiany leków, o którym mowa w par. 8 Umowy, w ilości określonej w załączniku nr 1 do umowy, zgodnie z brzmieniem par. 8 ust. 6 Umowy jest niezgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującymi.

Postanowienie to jest w szczególności niezgodne z art. 6 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, który stanowi, że *„zakazane są porozumienia, których celem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani wyuczajowego związku z przedmiotem umowy”*. Postanowienie to, które nakłada obowiązek każdorazowej wymiany leków jest nadmierne i jest przejawem nadużywania przez Zamawiającego pozycji dominującej w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów co prowadzi do ograniczenia i naruszenia konkurencji.

Odpowiedź 10

Zamawiający **nie wyraża zgody** na zmianę zapisów.