



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?