



Samodzielny Publiczny  
Wojewódzki Szpital Specjalistyczny  
w Chełmie

Znak Sprawy: ZP: 3311/10-4/2019

Data: 2019-04-11

*Do wszystkich zainteresowanych*

dotyczy : przetargu nieograniczonego ZP 3311/10/2019 zakup i sukcesywne dostawy produktów farmaceutycznych – różnych produktów leczniczych

Treść zapytań wraz z wyjaśnieniami

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 z późn. zm.), Samodzielny Publiczny Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Chełmie przekazuje treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bez ujawniania źródła zapytania wraz z wyjaśnieniami.

W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły zapytania:

Firma XII– pytanie z dnia 10/04/2019

Pytanie 1:

Czy zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu § 5 ust 3 o treści ”Zamawiający wymaga aby produkty lecznicze podlegające weryfikacji na podstawie Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) 2016/161 uzupełniające dyrektywę 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady przez określenie szczegółowych zasad dotyczących zabezpieczeń umieszczanych na opakowaniach produktów leczniczych stosowanych u ludzi, pakowane były oddzielnie. Wykonawca, zobowiązany jest przyjąć zwrot produktu leczniczego, który nie przeszedł pomyślnie weryfikacji zgodnie z ww. rozporządzeniem lub, którego zabezpieczenie przed otwarciem (ATD) jest uszkodzone. Wykonawca na wniosek Zamawiającego wygeneruje kody zagregowane na dostawę”.

Należy zauważyć, że Wykonawca chcąc należycie wywiązać się z podjętych umową zobowiązań wobec Zamawiającego i jednocześnie nie narażać się na kary umowne czy odszkodowanie, musiałyby podjąć wszelkie niezbędne i kosztochłonne kroki w celu pakowania oddzielnie produktów leczniczych podlegających weryfikacji na podstawie Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) 2016/161 uzupełniające dyrektywę 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. Dodatkowo zaznaczyć należy, że wymóg oddzielnego pakowania produktów leczniczych nie na uregulowania w Rozporządzeniu Delegowanego Komisji (UE) 2016/161 uzupełniające dyrektywę 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady. To zamawiający pozostaje gospodarzem postępowania i opisuje przedmiot zamówienia z uwzględnieniem swoich potrzeb, niemniej jednak należy zauważyć, iż swoboda precyzowania wymagań zamawiającego doznaje ograniczeń, w ten sposób, iż muszą mieć one uzasadnienie pozwalające na zrównoważenie ograniczenia konkurencji, a dokonany opis nie może naruszać konkurencji ani równego traktowania wykonawców (tak wyrok KIO 1546/15).

Odpowiedź: Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp Zamawiający modyfikuje zapisy § 5 ust. 3 nadając mu brzmienie: ust. 3 - zostaje uchylony.

Numeracja pozostaje bez zmian.

Pytanie nr 2

Pytanie do obniżenia kar umownych:

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych, które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie

ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353 § 1 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku, sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Nadto stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005 r. (I Aca 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez Zamawiającego sposób naliczania kary umownej w praktyce może doprowadzić do naliczenia niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do poniesionych szkód kar umownych. W doktrynie podkreśla się, że umowa jest sprzeczna z zasadami współżycia społecznego jeśli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami oraz wykracza poza przyjętą w obrocie uczciwość kupiecką. W przedmiotowej sprawie wysokość zastrzeżonej kary umownej w sposób zdecydowany wykracza poza przyjęte w obrocie obyczaje kupieckie. Określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 §1 KC, który określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój z natury dyscyplinujący charakter, a zyskuje przymiot niczym nieuzasadnionego zysku wierzyciela, a więc bezpodstawnego wzbogacenia się Zamawiającego. Ponadto, ukształtowanie wzoru umowy ze zbyt surowymi sankcjami doprowadzi do zwiększenia ceny ofertowej - gdyż każdy rzetelny Wykonawca funkcjonujący na rynku będzie zmuszony do wkalkulowania ryzyka związanych z karami w cenę swojej oferty. W związku z powyższym wnosimy o wprowadzenie zmian w § 12 pkt.2.1 umowy w wysokości kar umownych jak poniżej:

W przypadku opóźnienia w realizacji zamówienia jednostkowego tj. w terminie dłuższym niż wskazany w § 5 ust. 8 oraz ofercie Wykonawcy, będącym jednym z kryterium oceny ofert na podstawie którego dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 1% wartości brutto niezrealizowanego w terminie zamówienia jednostkowego lub jego części za każdy dzień opóźnienia.

**Odpowiedź:** Zganie z zapisami SIWZ. Zaznaczyć należy, że Zamawiający jest uprawniony do zastosowania kar umownych ustalonych na wysokim poziomie, ponieważ termin dostawy zamówienia jednostkowego stanowi **pozacenowe kryterium oceny ofert**, na podstawie którego Zamawiający dokona wyboru najkorzystniejszej oferty. Jest to termin zadeklarowany przez Wykonawcę w ofercie i wiąże się z większym zaangażowaniem organizacyjnym Wykonawcy oraz ryzykiem jakie niesie za sobą niedotrzymanie terminu.

p.o. Dyrektora  
Samodzielnego Publicznego  
Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego  
w Chełmie  
mgr Mariusz Kowalczyk