

Poznań, dnia 28.08.2008.  
EZ/4986/ 2008

Wg rozdzielnika do wszystkich zainteresowanych przetargiem  
nieograniczonym nr 84/2008

Dotyczy: **Zakup i dostawa leków**

Wielkopolskie Centrum Onkologii informuje, iż w płynęły zapytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na które udzielmy odpowiedzi.

#### PYTANIE

Czy Zamawiający zmieni wysokość kar umownych poprzez wprowadzenie następującego zapisu w § 7 ust. 1 pkt. a, b wzoru umowy:

- a) pierwszego opóźnienia w dostawie wysokości kar umownych stanowić będzie 0,1 % niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia, licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, jednak nie więcej niż 10% opóźnionej dostawy;*
- b) drugiego opóźnienia w dostawie oraz każdego kolejnego opóźnienia wysokości kar umownych stanowić będzie 2% niezrealizowanej części zamówienia, za każdy dzień opóźnienia licząc od dnia określonego w § 3 ust. 2 niniejszej umowy, jednak nie więcej niż 10 % wartości opóźnionej dostawy.*

#### ODPOWIEDŹ

Zamawiający uprzejmie wyjaśnia, iż nie wyraża zgody na zmianę treści § 7 projektu umowy. Odnosząc się do twierdzeń Wykonawcy, Zamawiający pragnie zauważyć, iż wyciąganie wniosku o nieproporcjonalności kar umownych w stosunku do odsetek ustawowych jest mało precyzyjne. Nie są to bowiem instrumenty tożsame, co wynika bezpośrednio z regulacji kodeksowych – Kodeks cywilny.

Podstawowa różnica wynika choćby z zakresu zastosowania. Odsetki odnoszą się wyłącznie do zobowiązań pieniężnych, podczas gdy kara umowna może być zastrzeżona jedynie w związku ze świadczeniem niepieniężnym. Kara umowna ma charakter klauzuli gwarancyjnej, tj. odszkodowaniem ex contractu.

W związku z powyższym na tle art. 483 § 1 k.c. należy przyjąć, iż niezależnie od tego jaki zamiar przyświecał stronom zastrzegającym karę umowną, suma (wartość) ustalona w umowie zajmuje miejsce odszkodowania, które należałoby się wierzycielowi na podstawie art. 361 § 2 w zw. z art. 471 k.c. (por. J. Jastrzębski, Kara umowna, wyd. Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 74, 107).

Z kolei dopuszczalność umownego zastrzeżenia kompensacji szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego zobowiązania przez dłużnika wynika bezpośrednio przepisów kodeksu cywilnego – art. 353<sup>1</sup> (por. wyrok SN z dnia 17 czerwca 2003 r. III CKN 122/01- LEX nr 141400). Wzmacnia ją także zasada pacta sunt servanda -umów należy dotrzymywać.

Niemniej, Zamawiający podkreśla, iż określone w § 7 projektu umowy – kary umowne, stosowanie do dyspozycji art. 484 k.c. przewidziane są jedynie na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonywania zobowiązania.

Zatem w przypadku właściwego realizowania zobowiązań wynikających z zawartej umowy zastosowanie instytucji kary umownej ma charakter jedynie hipotetyczny.

Zamawiane w ramach postępowania przetargowego nr 84/2008 leki mają kluczowe znaczenie dla funkcjonowania szpitala. Stąd też nieterminowe dostawy mogą uniemożliwić prawidłową opiekę nad chorymi, a w konsekwencji stanowić poważne zagrożenie dla zdrowia i życia pacjentów.

Utrudnienia wynikające z nieterminowych dostaw mogą zatem stanowić poważne zagrożenie dla realizacji celów statutowych szpitala i narażają jednostkę na odpowiedzialność nie tylko cywilną ale także karną.

Ponadto, w przypadku nieterminowych dostaw – Szpital (Zamawiający) staje przed dylematem, czy z narażeniem zdrowia pacjentów cierpliwie znosić opóźnienia w dostawie przedmiotu zamówienia, czy ewentualnie odstąpić od umowy i dochodzić swoich praw na drodze sądowej.

W tym drugim przypadku Zamawiający będzie ponadto zmuszony uruchomić kolejne postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, co wymaga spełnienia określonych rygorów formalnych i czasowych oraz spowoduje, iż Zamawiający będzie ponosił kolejne koszty, z których już nie uwzględni Wykonawca.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiającemu trudno się zgodzić z formułowaną przez Wykonawcę tezą o rażąco wygórowanych karach umownych w porównaniu z przysługującymi Wykonawcy odsetkami ustawowymi, czy też niezgodności zapisów umownych z treścią art. 5 oraz 353 KC.

Zamawiający ustalił postanowienia umowne w oparciu o obowiązujące przepisy prawa, w tym o powołane wyżej, jednocześnie zabezpieczając interesy pacjentów, chroniąc się przy tym przed nierzetelnymi kontrahentami

#### PYATNIE

Czy Zamawiający dokona modyfikacji zapisów wzoru umowy w § 4 ust. 8 poprzez wprowadzenie następującego zapisu:

”Zamawiający dopuszcza możliwość cesji wierzytelności jeśli zostanie o niej poinformowany przez Wykonawcę w terminie 14 dni przed dokonaniem cesji.”

#### ODPOWIEDŹ

Zamawiający uprzejmie informuje, iż zgodnie z art. 509 § 1 kc w zw. z art. 514 kc Zamawiający ma prawo zastrzec warunek, zgodnie z którym przeniesienie wierzytelności przysługujących wierzycielowi względem Zamawiającego - dłużnika na osoby trzecie może nastąpić za jego zgodą.

Zatem Zamawiający nie znajduje uzasadnienia dla wprowadzania zmian dotyczących projektu umowy, które Wykonawca zamieścił ww. pytaniu.

W związku z powyższym treść § 4 ust. 8 projektu umowy pozostaje bez zmian.

Z poważaniem,  
z-ca dyrektora ds. ekonomiczno- eksploatacyjnych

inż. Małgorzata Kołodziej- Sarna