



**SAMODZIELNY PUBLICZNY  
CENTRALNY SZPITAL KLINICZNY**  
02 - 097 Warszawa ul. Banacha 1a



DYREKTOR NACZELNY	599-15-00
Z-CA DYREKTORA DS. MEDYCZNYCH	599-15-10
Z-CA DYREKTORA DS. EKONOMICZNO - FINANSOWYCH	599-15-20
Z-CA DYREKTORA DS. ADMINISTRACYJNO-TECHNICZNYCH	599-15-30
GŁÓWNY KSIĘGOWY	599-22-20
CENTRALA 599-10-00	FAX 599-15-02

Warszawa, 09.11.2018

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **dostawę produktów leczniczych i wyrobów medycznych 182 pakiety**  
Postępowanie znak DZP.262.153.2018

W związku z wpływaniem pytań do SIWZ dotyczących w/w postępowania Zamawiający udziela następujących odpowiedzi:

**Dotyczy Rozdziału XII Wzór umowy**

**Pytanie 1:**

Pytanie do § 1 ust. 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację ze wskazania w § 1 ust. 1 wzoru umowy, że asortyment i ilości produktów leczniczych/ wyrobów medycznych zostały określone maksymalnie lub też określenie minimalnego przewidywanego poziomu wykonania umowy? Wskazany zapis przewiduje w istocie prawo Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy w zakresie ilościowym nie wskazując przy tym jakichkolwiek warunków takiej zmiany. W konsekwencji, taki zapis jest niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi, tj. m.in. z art. 144 ust. 1 PZP, a także z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 34 ust. 5 PZP, z naturą stosunku zobowiązaniowego, a także z zasadami współzycia społecznego i regułami obrotu kupieckiego, co skutkuje sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 3531 k.c. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na treść oferty. Przy tak sformułowanym zapisie umowy Wykonawca nie ma realnej możliwości dokonania prawidłowej kalkulacji ceny podanej w ofercie, nie może też oszacować żaden sposób swojego ryzyka przy przystępowaniu do przetargu – przedmiot zamówienia nie jest bowiem określony ilościowo w sposób jednoznaczny. Co więcej, na zmianę umowy zawartej w wyniku ogłoszenia o zamówienie publiczne, w każdym wypadku wyrazić zgodę musi Wykonawca, a zmiana winna zostać do umowy wprowadzona na podstawie aneksu podpisanego przez obydwie strony, w związku z czym zapis znajdujący się w obecnym wzorze umowy może zostać interpretowany jako próba obejścia wymogów ustawowych. Postanowienie to nie stanowi także prawidłowo zastrzeżonego prawa opcji, o którym mowa w art. 35 ust. 5 PZP, które zakłada określenie przez Zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w umowie okoliczności i stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

**Pytanie 2:**

Pytanie do § 3 ust. 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z zastrzeżenia poczynionego w § 3 ust. 2 wzoru umownego, tj. wykreślenie następującego fragmentu „chyba że inne miejsce dostawy na terenie obiektów Zamawiającego zostanie wskazane w dokumencie Zamówienia” ? Zapis ten może budzić wątpliwości wykonawcy z uwagi na przewidywany brak możliwości zapewnienia zgodności z Rozporządzeniem Ministra Zdrowia w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej z dnia 13 marca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 381 z późn. zm.) w zakresie odbioru produktów leczniczych.

**Pytanie 3:**

Pytanie do § 3 ust. 3 zd. 3

- 1) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na doprecyzowanie w w/w zapisie sposobu w jaki następować będzie odbiór leków, w przypadku zamówień realizowanych po godzinach pracy apteki szpitalnej, w szczególności mając na względzie wymagania nałożone na Wykonawcę na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa? Zwracamy uwagę, iż Wykonawca jako przedsiębiorca prowadzący działalność gospodarczą w zakresie hurtowego obrotu produktami leczniczymi zobowiązany jest do przestrzegania przepisów ustawy Prawo farmaceutyczne, a także wydanych na jej podstawie przepisów wykonawczych, w tym Rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej z dnia 13 marca 2015 r. (Dz.U. z 2015 r. poz. 381 z późn. zm.), także w zakresie odbioru produktów leczniczych stąd prośba o poniższe doprecyzowanie jest uzasadnione
- 2) Ponadto, czy w przypadku, w którym Zamawiający nie zapewni warunków odbioru zamówionych produktów leczniczych zgodnych z wymogami prawnymi, w której to sytuacji Wykonawca odmówi

wydania Zamawiającemu towaru, czy Wykonawca zostanie obciążony karami umownymi, o których mowa w § 7 wzorcu umowy?

Pytanie 4:

Pytanie § 3 ust. 6

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z zapisu § 3 ust. 6 wzoru umowy oraz czy poprzez poczynienie podobnego zastrzeżenia, Zamawiający jest już na obecnym etapie w stanie ocenić, iż nie zrealizuje on umowy w całości? Zauważyć bowiem należy, iż w sytuacji w której Wykonawca według brzmienia niniejszego postanowienia pozbawiony będzie prawa do dochodzenia odszkodowania za poniesioną szkodę, a także Zamawiającemu przyznane zostanie jednostronne prawo do w istocie dowolnego kształtowania przedmiotu umowy pod względem ilościowym, dochodzi w szczególności do naruszenia art. 353(1) k.c. gdyż postanowienie to pozostaje w sprzeczności co najmniej z naturą stosunku zobowiązaniowego prowadząc do znacznego zachwiania pozycji jednej ze stron umowy.

Pytanie 5:

Pytanie § 3 ust. 11

1) Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie tego zapisu, ewentualnie na zmianę w/w postanowienia poprzez wskazanie maksymalnie 3 dni roboczych (zamiast 30 dni) na zbadanie otrzymanego towaru, bowiem termin 30 dniowy jest nadmierny i nieuzasadniony a dodatkowo, w połączeniu z brzmieniem § 5 ust. 2 projektu umowy, czyni te zapisy sprzecznymi z zapisami ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r. Wskazać należy, że wskazany 30 dniowy termin na dokonanie zbadania towaru jest w szczególności nieprzystający i nieodpowiedni do zamówień dokonywanych w trybie § 3 ust. 3 zd. 2 – „na cito”, nielogicznym jest bowiem, aby pacjent pilnie potrzebujący danego leku oczekiwał na niego jeszcze dodatkowe 30 dni. Nierealne wydaje się, zatem że termin ten wynosi zawsze i niezmiennie 30 dni. Czy w przypadku braku zgody na dokonanie powyżej zaproponowanego wykreślenia, Zamawiający wyrazi zgodę na dokonanie zastrzeżenia, że „Uznaje się, że Zamawiający dokonał zbadania towaru, jeżeli złożył kolejne zamówienie dot. danego produktu leczniczego” (wskazujemy jednak, że postanowienie to nadal będzie niezgodne z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych z dnia 8 marca 2013 r.).

2) Ponieważ 30 dniowy termin na zbadanie dostawy wydaje się być rażąco wysoki to w celu naświetlenia wykonawcom problemu związanego z badaniem otrzymanego towaru w celu potwierdzenia jego zgodności z umową, wnosimy o wskazanie czynności (poprzez ich wyspecyfikowanie) niezbędnych wg Zamawiającego do zbadania towaru. Wskazujemy przy tym, że Zamawiający w takim badaniu powinien ograniczyć się do oględzin pełnych opakowań dostarczonych produktów. Rozpakowanie dostarczonych preparatów, a następnie kwestionowanie ich właściwości, może rodzić wątpliwości co do miejsca powstania ewentualnej niezgodności z umową i odpowiedzialności za powstałe nieprawidłowości w tym np. za uszkodzenie.

Pytanie 6:

Pytanie do § 4 ust. 1

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację ze wskazania w § 4 ust. 1 wzoru umowy, że wartość umowy określa się w sposób maksymalny lub też określenie minimalnego przewidywanego poziomu wykonania umowy? Wskazany zapis przewiduje w istocie prawo Zamawiającego do jednostronnej zmiany umowy w zakresie ilościowym nie wskazując przy tym jakichkolwiek warunków takiej zmiany. W konsekwencji, taki zapis jest niezgodny z przepisami powszechnie obowiązującymi, tj. m.in. z art. 144 ust. 1 PZP, a także z art. 29 ust. 1 i 2 PZP w związku z art. 34 ust. 5 PZP, z naturą stosunku zobowiązaniowego, a także z zasadami współzycia społecznego i regulami obrotu kupieckiego, co skutkuje sankcją nieważności na podstawie art. 58 k.c. w zw. z art. 353(1) k.c. Podkreślić należy, że zgodnie z art. 29 ust. 1 PZP, przedmiot zamówienia należy opisywać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na treść oferty. Przy tak sformułowanym zapisie umowy Wykonawca nie ma realnej możliwości dokonania prawidłowej kalkulacji ceny podanej w ofercie, nie może też oszacować żaden sposób swojego ryzyka przy przystępowaniu do przetargu – przedmiot zamówienia nie jest bowiem określony ilościowo w sposób jednoznaczny. Co więcej, na zmianę umowy zawartej w wyniku ogłoszenia o zamówienie publiczne, w każdym wypadku wyrazić zgodę musi Wykonawca, a zmiana winna zostać do umowy wprowadzona na podstawie aneksu podpisanego przez obydwie strony, w związku z czym zapis znajdujący się w obecnym wzorze umowy może zostać interpretowany jako próba obejścia wymogów ustawowych. Postanowienie to nie stanowi także prawidłowo zastrzeżonego prawa opcji, o którym mowa w art. 35 ust. 5 PZP, które zakłada określenie przez Zamawiającego minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, wskazując jednocześnie dodatkowy zakres, którego realizacja jest uzależniona od wskazanych w umowie okoliczności i stanowi uprawnienie Zamawiającego, z którego może, ale nie musi on skorzystać.

Pytanie 7:

Pytanie do § 5 ust. 2

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu § 5 ust. 2 w taki sposób, aby termin 60 dni na dokonanie zapłaty liczony był od dnia dostarczenia Zamawiającemu towaru oraz doręczenia poprawnie wystawionej faktury lub rachunku, bez rozbijania na raty? W obecnym brzmieniu postanowienie umowne jest bowiem sprzeczne z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. Zgodnie bowiem z art. 8 ust. 2 tej termin zapłaty określony w umowie nie może przekraczać dla podmiotu publicznego będącego podmiotem leczniczym 60 dni, liczonych od dnia doręczenia dłużnikowi faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie

usługi, przy czym nie jest możliwe umowne jakiegokolwiek odroczenie tego terminu poprzez sformułowanie wymogu dostarczenia przez Wykonawcę dodatkowych dokumentów. Mając na uwadze treść art. 13 w/w ustawy zapis § 5 ust. 2, jako ograniczający uprawnienia wierzyciela wynikające z ustawy jest nieważny. Zamawiający nie może skutecznie odmówić zapłaty za wykonane świadczenie powołując się na nadmierne i niejasne postanowienia umowy, podczas gdy ustawa wprost wskazuje, że nie może mieć miejsca jakiegokolwiek wyłączenie lub ograniczenie uprawnień wierzyciela lub obowiązki dłużnika. Co więcej postanowienie § 5 ust. 2 wzoru umowy nie precyzuje w jakim terminie nastąpić ma płatność II miesięcznej raty. Czy wobec tego Zamawiający doprecyzuje pytanie poprzez wskazanie terminu płatności II raty?

Pytanie 8:

Pytanie do § 5 ust. 3-7

Czy Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie postanowień § 5 ust. 3-7 wzoru umowy? Należy zauważyć, że kwestionowane zapisy naruszają zasadę uczciwej konkurencji określoną w art. 7 PZP w zw. z art. 6 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów bowiem Zamawiający uzależnia zawarcie umowy od spełnienia świadczenia (w postaci powstrzymania się od jednego ze sposobów egzekwowania swoich roszczeń) niemającego związku związającego i rzeczowego z dostawą i sprzedażą produktów leczniczych, będących przedmiotem umowy, a po trzecie – zapis narusza zasadę wolności działalności gospodarczej wykonawców (na tle art. 14 PZP w zw. z art. 487 § 2 k.c.), przy czym Wykonawca zostaje pozbawiony możliwości wyegzekwowania należności z tytułu prawidłowo wykonanej umowy (przy zachowaniu takiego uprawnienia przez Zamawiającego) i w praktyce jest uzależniony od dobrej woli Zamawiającego do terminowego realizowania płatności w związku z umową. Zauważyć należy, iż Wykonawca jako podmiot prowadzący hurtownię farmaceutyczną nie jest podmiotem wyspecjalizowanym w zakresie obrotu i zarządzania wierzytelnościami – tak więc podjęcie działalności w tym zakresie łączyłoby się dla Wykonawcy ze znacznymi kosztami.

Co więcej, należy zauważyć, iż ust. 7 omawianego § także jest sprzeczny z art. 54 ust. 5 i ust. 6 ustawy o działalności leczniczej, bowiem przewiduje inną sankcję niż dopuszczoną przez ww. przepisy powszechnie obowiązujące, zaś w ten sposób nie można skutecznie zastrzec kary umownej stąd w/w wskazany zapis będzie dotknięty sankcją nieważności. Poza tym na marginesie wskazać należy, że karę umowną stanowi tu za każdy przypadek naruszenia co oznaczałoby, że kara umowna naliczana byłaby od wartości hipotetycznej i niepewnej uzależnionej od jednostronnej decyzji Zamawiającego, co także wskazuje na jego nieważność jako sprzeczny z art. 353(1) k.c. Co więcej forma potrącenia tak nieprawidłowo zastrzeżonej kary jest praktyką nadmierną i nieprawidłową.

Pytanie 9:

Pytanie do § 5 ust. 8

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z zastrzeżonej w treści przepisu kary umownej nakładanej na Wykonawcę za nie terminowe wystawienie faktury VAT? Co prawda Wykonawca dostarcza fakturę wraz z dostawą towaru, za to jednak w ocenie Zamawiającego nałożenie na Wykonawcę w/w kary miałyby charakter nadmierny i nieuzasadniony, także z uwagi na fakt, iż w opóźnieniu w doręczeniu faktury nie spowoduje dla Zamawiającego żadnej szkody.

Pytanie 10:

Pytanie do § 5 ust. 10 i 11

Podtrzymać należy uwagi zawarte w pytaniu do § 5 ust. 2 wzoru umowy – wskazać bowiem należy, że postanowienia te skutkują przedłużeniem terminu do dokonania przez Zamawiającego zapłaty sprzeczne z ustawą o terminach zapłaty w transakcjach handlowych. W związku z powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na rezygnację z postanowień § 5 ust. 10 i 11 wzoru umowy?

Pytanie 11:

Pytanie do § 6

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydłużenie wskazanych w treści paragrafu terminów 3-dniowych każdorazowo na termin co najmniej 7-dniowy? Zaproponowany przez Zamawiającego 3-dniowy termin ze względów logistycznych wydaje się stanowczo za krótki, szczególnie wobec wymogu dokonania przez Wykonawcę szczegółowej analizy reklamacji, w tym badania towaru.

Pytanie 12:

Pytanie § 6 ust. 3

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na doprecyzowanie postanowienia § 6 ust. 3 wzoru umowy poprzez wskazanie, iż 3-dniowy termin na dokonanie wymiany wadliwego przedmiotu umowy liczony będzie od dnia uznania reklamacji przez Wykonawcę? Pozostawienie zapisu w obecnym brzmieniu będzie rodził dla Wykonawcy obowiązek wymiany produktów leczniczych bez możliwości zbadania zasadności reklamacji, w szczególności mając na uwadze fakt, że umowa kreuje domniemanie, iż wady istniały w chwili przejścia przedmiotu umowy na Zamawiającego.

Pytanie 13:

Pytanie § 7 ust. 1-4

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zastrzeżenia określającego sposób obliczania wysokości kary umownej poczynionej w § 7 ust. 1-4, tj. zastrzeżenia, że kara umowna naliczona za każdy dzień opóźnienia nie może być mniejsza niż odpowiednio 150,00 zł, 400,00 zł, 150,00 zł i 400,00 zł? W ocenie wykonawcy powyższy zapis jest dotknięty sankcją nieważności w związku ze sprzecznością z art. 353(1) k.c. Podstawą powyższego twierdzenia jest przede wszystkim sprzeczność w/w postanowienia z naturą stosunku zobowiązującego. Pozostawienie postanowienia w obecnym brzmieniu spowodowałaby, iż wysokość kary umownej zostałaby

określona przez jedną ze stron umowy zupełnie dowolnie, bez jakiegokolwiek odniesienia i uzasadnienia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż kwestionowany zapis mógłby prowadzić do absurdalnych konsekwencji, w szczególności kwota naliczonej kary umownej mogłaby wielokrotnie przekraczać wartość zamówienia. Tak więc, wysokość kary umownej powinna zostać każdorazowo naliczana od realnej wartości niezrealizowanego zamówienia lub też od poniesionej przez Wykonawcę szkody.

Pytanie 14:

Pytanie do § 7 ust. 5

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu poprzez obniżenie zastrzeżonej kary umownej do 5%? Zaproponowana przez Wykonawcę w treści § 7 ust. 5 ma charakter nadmierny, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że Wykonawca nie dysponuje wobec Zamawiającego adekwatnym uprawnieniem. Alternatywnie, prosimy o zastrzeżenie możliwości naliczenia adekwatnej kary również przez Wykonawcę.

Pytanie 15:

Pytanie do § 7 ust. 8

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie postanowienia umownego § 7 ust. 8 wzoru umowy, który pozwala Zamawiającemu na dokonywanie dowolnych potrąceń z przysługujących Wykonawcy należności? Czy ewentualnie Zamawiający wyrazi zgodę na uzupełnienie postanowienia poprzez poczynienie zastrzeżenia, że postanowienie dotyczy jedynie należności stwierdzonych prawomocnym wyrokiem sądowym?

Pytanie 16:

Pytanie do § 8

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na rezygnację z § 8 wzoru umowy? Wykonawca wskazuje, iż opisany w treści kwestionowanego postanowienia sposób rozstrzygnięcia sporów, w praktyce może doprowadzić do tego, że Wykonawca nie uzyska zapłaty za wystawione faktury VAT przez wiele miesięcy, bez możliwości jej egzekwowania, przy czym spory takie najczęściej dotyczą właśnie niespornych należności z faktur VAT. Ewentualnie, czy Zamawiający wyrazi zgodę na wprowadzenie zastrzeżenia, iż tryb określony w § 8 dotyczyć będzie sporów, z wyłączeniem należności wynikających z wystawionych przez Wykonawcę faktur VAT lub też określenie maksymalnego czasu trwania każdej z mediacji do 30 dni?

Pytanie 17:

Prosimy o usunięcie zapisu art. 3 ust 2 umowy o treści: „chyba, że inne miejsce dostawy na terenie obiektów Zamawiającego, zostanie wskazane w dokumencie Zamówienia” oraz zapisu art. 3 ust 3 umowy o treści: „Jeżeli dostawy na „cito” realizowane będą po godzinach pracy apteki Centralnej SP CSK, należy uzgodnić każdorazowo miejsce i czas tej dostawy z pracownikami jak w zdaniu pierwszym” .

Przedsiębiorca prowadzący hurtownię farmaceutyczną jest zobowiązany do przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej. Według tego rozporządzenia towar może być dostarczony tylko do Apteki. Nie jest możliwe dostarczanie leków do oddziału szpitalnego czy innych miejsc. Zgodnie z artykułem 78 ust.1 pkt. 4 Prawa farmaceutycznego przestrzeganie Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej należy do obowiązków przedsiębiorcy prowadzącego hurtownię farmaceutyczną. Taki obowiązek ustawodawca nakłada na pośrednika w obrocie produktami leczniczymi zgodnie z artykułem 73e ust. 2. Prawa farmaceutycznego. Wymagania Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej zostały określone w wytycznych Komisji Europejskiej („Guidelines of 5 November 2013 on Good Distribution Practice of medicinal products for human use” 2013/C 68 /01) i są oparte na art. 84 i art. 3 Dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 roku w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. W polskim prawie wymagania zostały zawarte w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz.381) na podstawie art. 79 Prawa farmaceutycznego.

Pytanie 18:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o wskazanie, jaki będzie rzeczywisty gwarantowany zakres zamówienia, który zostanie zrealizowany na podstawie umowy zawartej z Zamawiającym, bowiem z brzmienia § 3 ustęp 6 projektu umowy, będącego częścią siwz wynika, że Zamawiający nie ma obowiązku złożenia zamówienia do całego wolumenu dostaw asortymentu określonego niniejszą umową, a tym samym nie wyczerpania maksymalnej wartości umowy. Brak wskazania zakresu zamówienia, choćby minimalnego, który zostanie przez Zamawiającego zrealizowany na 100% powoduje, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie ilościowym nie jest jednoznaczny i wyczerpujący, a wykonawca nie może w prawidłowy sposób oszacować ceny ofertowej, bowiem w toku realizacji umowy może okazać się, że Zamawiający zamówi 5% towaru objętego umową, a zrezygnuje z 95%, w związku z czym zwracamy się o wyjaśnienie treści siwz w ww. zakresie.

Zakwestionowany zapis stanowi rażące naruszenie prawa i oznacza jednostronne kształtowanie warunków umowy w sposób niedopuszczalny poprzez nie zastrzeżenie minimalnej ilości asortymentu jaką Zamawiający zmuszony będzie zakupić w wyniku udzielonego zamówienia publicznego. W związku z powyższym twierdzimy, że taki zapis w SIWZ nie pozwala należycie wyszacować ceny oferty która zależy w głównej mierze od wolumenu zamówienia oraz stanowi tzw. zapis abuzywny i jest sprzeczny w szczególności z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż przy sporządzeniu oferty nie pozwala na uwzględnia wszystkich okoliczności mających na to wpływ (art. 29 ust. 1 PZP in fine).

Pytanie 19:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o zmianę § 5 ustęp 2 w zakresie możliwości płatności w ratach na zapis o treści: „Termin płatności: przelewane wyłącznie na konto Wykonawcy po dokonaniu każdej sukcesywnej dostawy w terminie do 60 dni od dnia dostawy i doręczeniu prawidłowo wystawionej faktury lub rachunku.

Wykonawca zobowiązuje się do wystawiania i doręczania faktur w terminie do 7 dni od daty każdej sukcesywnej dostawy". Zwracamy uwagę, że nie ma możliwości płatności w ratach, gdyż nie ma możliwości wystawienia odrębnej faktury na każdą ratę. Wskazujemy, że przedsiębiorca prowadzący hurtownię farmaceutyczną jest zobowiązany do przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej. Według tego rozporządzenia każda dostawa powinna być dokumentowana przy pomocy faktury VAT z zgodnie z pkt. 5.8 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz.381). Zgodnie z artykułem 78 ust.1 pkt. 4 Prawa farmaceutycznego przestrzeganie Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej należy do obowiązków przedsiębiorcy prowadzącego hurtownię farmaceutyczną. Taki obowiązek ustawodawca nakłada na pośrednika w obrocie produktami leczniczymi zgodnie z artykułem 73e ust. 2. Prawa farmaceutycznego. Wymagania Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej zostały określone w wytycznych Komisji Europejskiej („Guidelines of 5 November 2013 on Good Distribution Practice of medicinal products for human use” 2013/C 68 /01) i są oparte na art. 84 i art. 3 Dyrektywy 2001/83/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 listopada 2001 roku w sprawie wspólnotowego kodeksu odnoszącego się do produktów leczniczych stosowanych u ludzi. W polskim prawie wymagania zostały zawarte w rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz.381) na podstawie art. 79 Prawa farmaceutycznego.

#### Pytanie 20:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o usunięcie § 5 ustęp 4 postanowienia dotyczących udzielenia pełnomocnictwa w celu dochodzenia przez Wykonawcę praw z Umowy oraz usunięcie § 5 ustęp 7 postanowienia dotyczących kar umownych w przypadku udzielenia pełnomocnictwa w celu dochodzenia przez Wykonawcę praw z Umowy z uwagi na nieuzasadnione ograniczanie prawa do obrony Wykonawcy poprzez zakaz udzielania wszelkich pełnomocnictw. Klauzula zakazująca udzielania pełnomocnictw uprawniających pełnomocnika wierzyciela do dochodzenia praw z Umowy nie znajduje oparcia w przepisach obowiązującego prawa i należy ją traktować jako sprzeczną z zasadą swobody kontraktacji (art. 353<sup>1</sup>k.c.). Za sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego należy uznać działanie dłużnika, które zmierza wyłącznie do ograniczenia swobody wierzyciela w ustaleniu sposobu dochodzenia spornej wierzytelności.

#### Pytanie 21:

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 współzycia 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 współzycia 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 wykreślenie zapisu § 5 ustęp 8 i wprowadzenie zmian w § 5 ustęp 7 i , § 7 ustęp 1-5 umowy w wysokości kar umownych jak poniżej:

### **§ 5 ustęp 7**

Niewywiązywanie się wykonawcy z któregokolwiek ze zobowiązań określonych w § 5 ust 3, 5 lub 6 niniejszej umowy, upoważnia Zamawiającego do obciążenia wykonawcy karą umowną w wysokości 1 000 zł za każdy przypadek naruszenia postanowień niniejszej umowy.

### **§ 7 ustęp 1-5**

1. W przypadku opóźnienia Wykonawcy w dostawie zamówionego towaru trwającego do 2 dni, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,5% wartości zamówionego towaru za każdy dzień opóźnienia, ponad termin określony umową.
2. Jeżeli jednak Wykonawca opóźnił się w dostawie zamówionego towaru powyżej 2 dni, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 1% wartości zamówionego towaru za każdy dzień opóźnienia, ponad termin określony umową.
3. W przypadku opóźnienia Wykonawcy trwającego do 2 dni, w dostawie towaru pełnowartościowego, po zgłoszeniu reklamacji przez Zamawiającego, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,5% wartości zareklamowanego towaru za każdy dzień oczekiwania na wymianę, ponad termin określony umową.
4. Jeżeli jednak opóźnienie Wykonawcy trwało powyżej 4 dni, w dostawie towaru pełnowartościowego, po zgłoszeniu reklamacji przez Zamawiającego, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 1% wartości zareklamowanego towaru za każdy dzień oczekiwania na wymianę, ponad termin określony umową.
5. W przypadku naruszenia postanowień umowy przez Wykonawcę, którego skutkiem będzie wypowiedzenie lub odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn dotyczących Wykonawcy, Zamawiający ma prawo do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 10% kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 umowy.

#### Pytanie 22:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o usunięcie § 8 dotyczącego zapisu, że strony niniejszej umowy dobrowolnie poddają wszelkie spory z niej wynikłe pod rozstrzygnięcie w drodze mediacji. Zgodnie z art. 353<sup>1</sup> Kodeksu Cywilnego strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zapis § 8 ograniczona prawo strony do Sądu i jest sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

#### Pytanie 23:

Prosimy o usunięcie zapisu art. 3 ustęp 11 umowy o treści: „Strony ustalają, że Zamawiającemu przysługuje prawo do zbadania otrzymanego towaru celem potwierdzenia jego zgodności z umową, przy czym termin badania wynosi 30 dni, od daty otrzymania towaru i doręczenia faktury lub rachunku”. Wskazujemy, że Szpital przyjmujący produkty lecznicze jest zobowiązany do przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej. Według tego rozporządzenia w procesie przyjmowania produktów leczniczych sprawdza się zgodność przychodzącej dostawy z zamówieniem oraz czy produkty lecznicze pochodzą od zatwierdzonych dostawców i czy nie zostały one w widoczny sposób uszkodzone podczas transportu (pkt. 5.4 pkt 1 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz.381))

#### Pytanie 24:

Zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie i interpretację przez Zamawiającego treści § 5 ustęp 2 w jaki sposób jest ustalona data wymagalności dla każdej z faktury biorąc pod uwagę fakt płatności w dwóch ratach.

#### Pytanie 25:

Prosimy o usunięcie zapisu art. 5 ustęp 9 umowy o treści: „oraz datę i numer zamówienia towaru objętego wystawioną fakturą lub rachunkiem”.

#### Pytanie 26:

Zwracamy się z prośbą do Zamawiającego o zmianę § 5 ustęp 2 zdanie drugie na zapis o treści: „Wykonawca zobowiązuje się do dostarczenia faktury przy każdej dostawie”. Wskazujemy, że przedsiębiorca prowadzący hurtownię farmaceutyczną jest zobowiązany do przestrzegania zasad Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej. Według tego rozporządzenia każda dostawa powinna być dokumentowana przy pomocy faktury VAT z zgodnie z pkt. 5.8 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 13 marca 2015 roku w sprawie wymagań Dobrej Praktyki Dystrybucyjnej (Dz. U. z 2015 r. poz.381). Nadto wskazujemy, że zapis § 5 ustęp 2 zdanie drugie umowy jest niezgodny z przepisem bezwzględnie obowiązującym tj. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych, który stanowi, że strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi.

#### Pytanie 27:

Wnosimy o wprowadzenie w § 5 ust. 2 sześćdziesięcio-dniowego terminu płatności liczonego wyłącznie po doręczeniu prawidłowo wystawionej faktury lub rachunku.

#### Pytanie 28:

W celu zapewnienia równego traktowania stron umowy i umożliwienia Wykonawcy sprawdzenia zasadności reklamacji wnosimy o wprowadzenie w § 6 ust. 3 projektu umowy 5 dniowego terminu na rozpatrzenie reklamacji.

#### Pytanie 29:

Czy w celu miarkowania kar umownych Zamawiający dokona modyfikacji postanowień projektu przyszłej umowy w zakresie zapisów § 5 ust. 7, 8:

7. Niewywiązanie się Wykonawcy z któregokolwiek ze zobowiązań określonych w § 5 ust. 3, 4, 5 lub 6 niniejszej umowy upoważnia Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 0,5% wartości niezrealizowanej części umowy brutto, za każdy przypadek naruszenia postanowień umowy, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy.
8. Niewywiązanie się Wykonawcy z któregokolwiek ze zobowiązań określonych w § 5 ust. 2 zdanie drugie niniejszej umowy upoważnia Zamawiającego do obciążenia Wykonawcy karą umowną w wysokości 100,00 zł, za każdy przypadek naruszenia, jednak nie więcej niż 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy.

§ 7 ust 1, 2, 3, 4, 5:

1, 2. W przypadku opóźnienia Wykonawcy w dostawie zamówionego towaru, Zamawiającemu przysługuje od Wykonawcy kara umowna w wysokości 0,5% wartości brutto zamówionego, a niedostarczonego w terminie towaru, jednak nie mniej niż 150,00 zł za każdy dzień opóźnienia, ponad termin określony umową oraz nie więcej niż 10% wartości brutto niedostarczonego w terminie towaru.

3, 4 W przypadku opóźnienia Wykonawcy (...) w wysokości 0,5% wartości brutto zareklamowanego towaru, jednak nie mniej niż 150,00 zł za każdy dzień oczekiwania na wymianę, ponad termin określony umową oraz nie więcej niż 10% wartości brutto zareklamowanego towaru.

Pytanie 30:

W przypadku naruszeń postanowień umowy (...) w wysokości **10% niezrealizowanej części** kwoty brutto określonej w § 4 ust. 1 umowy.

Pytanie 31:

Do § 3 ust. 11 wzoru umowy

Mając na uwadze specyfikę towaru, który będzie dostarczany w ramach niniejszej umowy, tj. produktów leczniczych, należy zwrócić uwagę na fakt, że szczegółowe normy, wymagania, a także sposób przeprowadzania kontroli nad tym czy wymagania te pozostają spełnione, określają wyczerpująco przepisy prawa, w szczególności przepisy ustawy Prawo farmaceutyczne oraz przepisów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Tak więc, czy Zamawiający ewentualnie (w przypadku braku zgody na wykreślenie zapisu lub skrócenia terminu do 3 dni roboczych) wyrazi zgodę na doprecyzowanie postanowienia poprzez wskazanie jakie konkretnie parametry, wskaźniki lub inne czynniki będą przedmiotem badania? Ponadto, czy w celu umożliwienia Wykonawcy wywiązanie się nałożonych na niego na podstawie powszechnie obowiązujących przepisów prawa Zamawiający zobowiąże się do każdorazowego przesyłania raportu z przeprowadzonego badania towaru? Powyżej wskazane czynności są bowiem niezbędne dla stwierdzenia i wykazania czy badanie towaru było rzeczywiste i zgodne z wymogami Prawa farmaceutycznego.

Pytanie 32:

Do § 5 ust. 2 wzoru umowy.

W zakresie przewidzianego w niniejszym postanowieniu umownych rozłożenia płatności wynikających z wystawionych przez Wykonawcę faktur VAT, należy wskazać, iż jako zapis ograniczający wynikający z ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych uprawnienia wierzyciela, również pozostaje nieważny (prowadzi bowiem do wydłużenia terminu na dokonanie płatności przez dłużnika do łącznie 120 dni). Tak więc, przy pozostawieniu postanowienia § 5 ust. 2 w obecnym brzmieniu, przy dokonywaniu przez Szpital płatności II raty za dostawę, Wykonawca mógłby nie tylko naliczyć odsetki za opóźnienia w transakcjach handlowych, ale również rekompensaty, o których mowa w art. 10 ust. 1 w/w ustawy.

Pytanie 37:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu § 7 ustępu 1 umowy i ustanowi karę w wysokości 2% wartości zamówionego towaru za każdy dzień opóźnienia? W przypadku zamówień o niskiej wartości kara w wysokości nie mniej niż 150 zł za każdy dzień zwłoki jest wyraźnie zawyżona i nieproporcjonalnie wysoka.

Pytanie 38:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu § 7 ustępu 2 umowy i ustanowi karę w wysokości 5% wartości zamówionego towaru za każdy dzień opóźnienia? W przypadku zamówień o niskiej wartości kara w wysokości nie mniej niż 400 zł za każdy dzień zwłoki jest wyraźnie zawyżona i nieproporcjonalnie wysoka.

Pytanie 39:

Dotyczy § 3 ustępu 11. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na modyfikację zapisu poprzez ustalenie terminu badania do 7 dni. Termin badania zgodności towaru 30 dni jest nieproporcjonalnie długi biorąc pod uwagę sukcesywne dostawy kilka razy w tygodniu.

Pytanie 40:

Dotyczy § 5 ustępu 2. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustalenie terminu płatności 60 dni od daty wystawienia faktury?

**W odpowiedzi na pytania dotyczące Rozdziału XII Wzór umowy Zamawiający na podstawie art. 38 ust 4 ustawy Prawo zamówień publicznych zmienia treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie:**

1. Rozdziału IV pkt 3 ppkt 3.3 Warunki płatności min 60 dni
2. Druku ofertowego Rozdział III pkt 6 – Warunki płatności min 60 dni
3. Rozdziału XII Wzór umowy

**W załączeniu obowiązujący Rozdział XII Wzór umowy oraz obowiązujący Druk Ofertowy**

KIEROWNIK  
Działu Zamówień Publicznych  
*[Podpis]*  
mgr Beata Kierzkowska