



Grudziądz, dnia 18.01.2023 r.

**ZP- 103 /23**

**Do wszystkich Wykonawców**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy leków stosowanych w programach terapeutycznych oraz leków cytostatycznych (znak sprawy: Z/93/PN/22).

Informuję, działając w oparciu o treść art. 135 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 ze zm.), że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawy leków stosowanych w programach terapeutycznych oraz leków cytostatycznych (znak sprawy: Z/93/PN/22)*, wpłynęły zapytania do postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia o następującej treści:

**Zapytanie nr 1**

*Do §2 ust. 6 ogólnych warunków umowy: Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika produktu w cenie przetargowej (bo np. będzie to groziło rażącą startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę?*

**Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że wymaga złożenia oferty zgodnie z zapisami SWZ i nie przewiduje modyfikacji w tym zakresie.

**Zapytanie nr 2**

*Do §2 ust. 13 ogólnych warunków umowy: Prosimy o wyjaśnienie co Zamawiający rozumie pod pojęciem "opisu procedur warunków transportu leków stosowanych u Wykonawcy, zabezpieczających wymaganą przez producenta obniżoną temperaturę transportu". Jakie informacje będą niezbędne dla Zamawiającego?*

**Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że pod pojęciem „opisu procedur warunków transportu leków stosowanych u Wykonawcy,



zabezpieczających wymaganą przez producenta obniżoną temperaturę transportu" rozumie wydruk z rejestratora temperatur. Dla Zamawiającego ważna jest temperatura w jakiej przewożony był lek.

### **Zapytanie nr 3**

*Do §4 ust. 4 ogólnych warunków umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §4 ust. 4 ogólnych warunków umowy (SWZ) dotyczącego sposobu płatności, poprzez wykreślenie zapisu o fakturach zbiorczych wystawianych miesięcznie i zastąpienie go zapisem umożliwiającymi wystawianie i dostarczanie faktur za każdą zrealizowaną dostawę towaru, z uwagi na uchylenie z dniem 1 stycznia 2014 r. przepisów dopuszczających możliwość wystawiania faktur zbiorczych, a także z uwagi nieważność zapisu w świetle bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa tj. art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (Dz.U. z 2013 r. poz. 403 ze zm.), zakazującego zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminów wystawiania i doręczania faktur? Możliwość wystawiania faktur zbiorczych wynikała z nieobowiązującego już §9 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2012 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie zwrotu podatku niektórym podatnikom, wystawiania faktur, sposobu ich przechowywania oraz listy towarów i usług, do których nie mają zastosowania zwolnienia od podatku od towarów i usług (Dz. U. z 2012 r. poz. 1428), które to rozporządzenie zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2014 r. W aktualnie obowiązującym rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 3 grudnia 2013 r. w sprawie wystawiania faktur (Dz.U. z 2013 r. poz. 1485 ze zm.), brak jest zapisów dotyczących faktur zbiorczych. Obecnie nie ma więc żadnej podstawy prawnej, z której wynikałaby możliwości posługiwania się konstrukcją faktur zbiorczych. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 8a ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych „strony transakcji handlowej nie mogą ustalać daty doręczenia faktury lub rachunku, potwierdzających dostawę towaru lub wykonanie usługi”. Konsekwencją powyższego uregulowania jest brak możliwości zawierania w umowach stron zapisów dotyczących terminu doręczenia (a więc i wystawiania) faktury lub rachunku. Stąd zapis §4 ust. 4 ogólnych warunków umowy (SWZ) dotknięty jest nieważnością.*

### **Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.



#### **Zapytanie nr 4**

*Do §4 ust. 6 ogólnych warunków umowy: Czy Zamawiający odstąpi od wymogu wystawiania dokumentu WZ? Jednocześnie zapewniamy, że dołączana do każdorazowej dostawy faktura VAT spełniać będzie wymogi dla dokumentu przekazania produktu leczniczego, a tym samym zawierała będzie między innymi takie informacje jak numer serii czy data ważności dostarczonego przedmiotu umowy.*

#### **Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.

#### **Zapytanie nr 5**

*Do §4 ust. 11 ogólnych warunków umowy: Czy Zamawiający zrezygnuje z postanowienia zamieszczonego w §4 ust. 11 wzoru umowy, zgodnie z którym: „W przypadku zaległości płatniczych ze strony Zamawiającego Wykonawcy przysługują odsetki w wysokości równej sumie 3,5 punktów procentowych i stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego”? Wyjaśniamy, że na podstawie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, w przypadku transakcji handlowych, w których dłużnikiem jest podmiot publiczny będący podmiotem leczniczym – odsetki w wysokości równej sumie stopy referencyjnej Narodowego Banku Polskiego i ośmiu punktów procentowych.*

*Wykonawca wskazuje, że ww. postanowienie wzoru umowy jest obarczone bezpośrednio sankcją nieważności, co literalnie wynika z art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, zgodnie z którym "Postanowienia umowy wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, o których mowa w art. 5, art. 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1, 4 i 4a, art. 10, art. 11 i art. 12, lub mające na celu obejście tych przepisów, są nieważne, a zamiast nich stosuje się przepisy ustawy.". Przepis ten jasno stanowi, że strony umowy nie są upoważnione do ważnego w świetle prawa wyłączenia uprawnienia wierzyciela przewidzianego w art. 8 ust. 1, art. 10 ust. 1 ustawy, co nadaje temu ostatniemu przepisowi charakter iuris cogentis (bezwzględnie obowiązujący).*

*Nieważność postanowień sprzecznych z ww. ustawą wielokrotnie potwierdzały również sądy powszechne, m.in. wyrok Sądu Rejonowego dla Łodzi-Widzewa w Łodzi z 26.04.2016 r. (sygn. II C 561/15), Sądu Okręgowego w Radomiu z 16.06.2016 r. (sygn. I C 435/16), Sądu Okręgowego w Łodzi z 20.10.2017 r. (sygn. III Ca 984/17).*



*W doktrynie także powszechnie podnosi się, że „Za niedopuszczalne należy uznać postanowienia umowne abstrakcyjnie wyłączające lub ograniczające uprawnienia wierzyciela lub obowiązki dłużnika, tzn. przyjęte przez strony jeszcze przed powstaniem określonego uprawnienia lub obowiązku” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych, red. Osajda 2021, wyd. 4/B. Ostrzechowski/K. Riedl). Ponadto, wprost uznaje się, że: „Celem normy wyrażonej w art. 13 TransHandlZapU jest zapobieżenie sytuacji, w której jedna ze stron (dłużnik) transakcji handlowej wykorzystując przewagę negocjacyjną, wymusza na drugiej stronie (wierzycielu) odpowiednie postanowienia umowne, które uszczuplają bądź nawet wyłączają uprawnienia wierzyciela bądź obowiązki dłużnika przewidziane w art. 5, 6 ust. 1, art. 7 ust. 1 i 3, art. 8 ust. 1 i 4, 10, 11 i 12 TransHandlZapU” (Komentarz do Art. 13 Ustawy o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych red. Osajda 2017, wyd. 1/Cudny) Podkreślić należy natomiast, za wyrokiem KIO z 12.06.2015 r. (KIO 1127/15, LEX nr 1805929), że: „SIWZ jest oświadczeniem zamawiającego o charakterze cywilnoprawnym, zatem postanowienie SIWZ sprzeczne z przepisem o charakterze bezwzględnie obowiązującym nie może być prawnie skuteczne, gdyż jest dotknięte sankcją nieważności”. W konsekwencji, postanowienie takie, finalnie, zostanie uznane za nieważne w ewentualnym postępowaniu sądowym, stosownie do art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego. Stąd, Wykonawca wzywa Zamawiającego do nadania wzorowi umowy treści zgodnej z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa już na etapie postępowania przetargowego.*

### ***Odpowiedź***

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.

### **Zapytanie nr 6**

*Do §4 ust. 12 ogólnych warunków umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu niezgodnego z art. 552 Kodeksu cywilnego, ograniczającego prawo Wykonawcy do wstrzymania dostaw w przypadku opóźnień w płatnościach za dostarczone towary.*

### ***Odpowiedź***

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.



### **Zapytanie nr 7**

*Do §5 ust. 3 pkt 4) ogólnych warunków umowy: Prosimy o obniżenie wymiaru kary umownej za niezrealizowanie lub odmowę dostawy "cito" do wysokości 2% wartości niezrealizowanej dostawy.*

### **Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.

### **Zapytanie nr 8**

*Do §6 ust. 3 pkt 9) ogólnych warunków umowy: Wskazujemy, że zapis w §6 ust. 3 pkt 9) wzoru umowy jest nazbyt ogólny i nieprecyzyjny. Na jego podstawie wykonawcy nie są w stanie dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty, ponieważ nie będą w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie jego poszczególnych pozycji asortymentowych. W związku z tym wnosimy o doprecyzowanie zapisu §6 ust. 3 pkt 9) umowy, w taki sposób, aby był zgodny z zasadami określonymi w ustawie z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. 2019 r., poz. 2019 ze zm.), a w szczególności przepisami art. 99 ust.1 (nakazującym precyzyjne opisywanie przedmiotu zamówienia), art.433 pkt 4) (nakazującym wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia), art. 454 ust.1 i ust.2 pkt 3) (zakazującym istotnych zmian umowy, jeśli zmiana w sposób znaczny rozszerza albo zmniejsza zakres świadczeń i zobowiązań wynikający z umowy) oraz art. 455 ust.1 pkt 1 (dopuszczającym zmiany umowy wyłącznie po spełnieniu warunków wskazanych w ustawie PZP).*

### **Odpowiedź**

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że oszacował z należytą dokładnością ilości wymaganego asortymentu. W przypadku niewykorzystania przez Zamawiającego zakontraktowanych ilości, zgodnie z § 6 ust. 3, Zamawiający przewiduje wydłużenie terminu obowiązywania umowy, o którym mowa w § 2 ust. 1 o czas niezbędny do wykorzystania zakontraktowanych ilości (wyczerpania wartości umowy), jednakże całkowity okres trwania umowy nie może przekroczyć 48 miesięcy od dnia jej zawarcia. Zgodnie z zapisem § 6 ust. 3 pkt 9) zmiana umowy poprzez zmianę ilości w danej pozycji zamawianego towaru w ramach danego zadania określonego w Załączniku nr 1 do umowy może wystąpić jedynie ze względów organizacyjnych oraz gdy wymagać tego będzie prawidłowa realizacja przez Zamawiającego zadań polegających na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, **wymaga zgody Wykonawcy**, a jej wprowadzenie do umowy może nastąpić wyłącznie poprzez



podpisanie przez Strony stosownego aneksu do umowy (zapis § 6 ust. 1 Załącznika nr 4 do SWZ: „Wszelkie zmiany umowy dla swej ważności mogą być dokonywane wyłącznie w formie pisemnej pod rygorem nieważności i będą wprowadzane do umowy za zgodą Stron stosownym aneksem podpisanym przez Strony”).

**Zapytanie nr 9**

*Do §6 ust. 3 pkt 12) lit. e) ogólnych warunków umowy: Prosimy o podwyższenie maksymalnego dopuszczalnego poziomu zmiany wynagrodzenia wykonawcy do wysokości 35%.*

***Odpowiedź***

W odpowiedzi na powyższe zapytanie Zamawiający informuje, że nie przewiduje zmian w zakresie zapytania Wykonawcy oraz pozostaje przy zapisach SWZ.