

**Do Wykonawców,
ubiegających się o zamówienie**

Nasz znak: ZCM – ZP.270.8.2025.TP

Krosno Odrzańskie 18 marzec 2025 r.

Wyjaśnienia

do postępowania w sprawie udzielenia zamówienia:

„Dostawa produktów leczniczych do Zachodniego Centrum Medycznego Sp. z o.o. w Krośnie Odrz.”

Znak postępowania: ZCM – ZP.270.8.2025.TP

Pytania do wzoru umowy:

Pytanie numer 1:

1. Do §2 ust. 19 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie fragmentu postanowienia § 12ust.19– Kupujący wymaga, aby Sprzedający (czyli np. hurtownia w rozumieniu Prawa farmaceutycznego) był zobowiązany do weryfikacji produktu leczniczego objętego serializacją przed dostarczeniem Zamawiającemu? Jako Wykonawca, wskazujemy, że zgodnie z założeniami tzw. Dyrektywy fałszywkowej weryfikacja autentyczności produktów leczniczych w łańcuchu dystrybucji powinna się odbywać w systemie end to end, tj. ostatecznej weryfikacji tych leków powinien dokonywać tzw. użytkownik końcowy (w przypadku niniejszym Szpital – Kupujący/Zamawiający). Sprzedający/wykonawca natomiast jako hurtownia farmaceutyczna, dokonuje obowiązkowej weryfikacji autentyczności produktów leczniczych na zasadzie wyjątku (art. 20 Rozporządzenia nr 2016/161). W pierwszej kolejności wskazać należy, że nawet w przypadku dokonania weryfikacji produktu leczniczego objętego serializacją i dostarczenia dowodu weryfikacji leku do Szpitala/Kupującego, w żaden sposób nie zwalnia Kupującego (Szpitala) od dokonania jego weryfikacji we własnym zakresie. Tak więc, pozostawienie postanowienia w obecnym brzmieniu doprowadziłoby do konieczności przeprowadzania weryfikacji danego produktu leczniczego dwukrotnie. Pierwsza z czynności byłaby więc wykonywana bezcelowo i nadaremnie. Ponadto, podkreślenia wymaga okoliczność, że na podstawie zawartej umowy (w ramach swobody zawierania umów) Kupujący/Zamawiający nie może zwolnić się z tego obowiązku poprzez scedowanie go na inny podmiot, w tym na inny podmiot w danym łańcuchu dystrybucji. Wprowadzenie takiego rozwiązania byłoby całkowicie niezgodne z założeniami Dyrektywy fałszywkowej i mogłoby zostać uznane za próbę obejścia prawa. W szczególności wskazać należy, że celem ustawodawcy europejskiego było zobowiązanie właśnie podmiotów uprawnionych do wydawania leków do ich weryfikacji.

Odpowiedź na pytanie numer 1:

Zamawiający wyraża zgodę oraz informuje, że wykreśla w §2 ust 19.

~~W związku z wdrożeniem Rozporządzenia Delegowanego Komisji (UE) 2016/161 dotyczącego zabezpieczeń na opakowaniach produktów leczniczych, dla opakowań leków serializowanych zwolnionych do obrotu od dnia 9 lutego 2019 roku, które posiadają kody 2D i zabezpieczenie przed~~

~~otwarcie, Wykonawca zobowiązany jest do ich identyfikacji i weryfikacji w systemie KOWAL, aby Zamawiający mógł dokonać zwalniania serii na etapie wydania produktu leczniczego.~~

Pytanie numer 2:

2. Do §2 ust. 21 wzoru umowy. Prosimy o modyfikację treści §2 ust. 21 poprzez skonkretyzowanie granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych, jakie Zamawiający zamierza zrealizować, np. poprzez podanie, że zmiany ilości produktów określonych w formularzu asortymentowo-cenowym mogą ulec zmniejszeniu lub zwiększeniu w granicach +/- 20%, przy czym przez takie sformułowanie Zamawiający będzie rozumiał możliwość zamówienia o 20% mniejszych lub o 20% większych ilości, każdego z zamówionych produktów. Aktualna treść §2 ust. 21 jest na tyle nieprecyzyjna, że na jej podstawie wykonawcy nie są w stanie określić faktycznej wielkości przedmiotu zamówienia w zakresie poszczególnych pozycji asortymentowych oraz dokonać prawidłowej kalkulacji cen na potrzeby składanej oferty.

W wyroku z dnia 17 listopada 2023 roku (sygn. akt: KIO 3212/23) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie wniesione przez wykonawcę Urtica Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez Szpital Specjalistyczny im. E. Biernackiego w Mielcu na dostawy produktów leczniczych oraz wyrobów medycznych, dotyczące analogicznych zapisów umownych, uznając za uzasadnione zarzuty naruszenia art. 99 ust. 1, art. 433 pkt 4, art. oraz 441 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2023 poz. 1605). KIO w wyżej przywołanym wyroku stwierdziła, że Zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany wskazać minimalną ilość każdego zamawianego produktu, zgodnie z treścią wynikającą z art. 433 pkt 4 PZP, a także uznała, że Zamawiający ma bezwzględny obowiązek w sposób precyzyjny, zrozumiały oraz jednoznaczny wskazać w zakresie każdego zamawianego produktu, jego ilość, do której może zwiększyć zakres zamówienia w ramach korzystania z prawa opcji, co z kolei wynika z treści art. 441 ust. 1 PZP.

Odpowiedź na pytanie numer 2:

Zamawiający informuje, że §2 ust. 21 brzmi „Jeżeli w trakcie realizacji umowy dokument dopuszczający produkt leczniczy do obrotu na terenie RP utraci ważność, Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie, nie później niż przy kolejnej dostawie, dostarczyć Zamawiającemu aktualne dokumenty dopuszczające przedmiot umowy do obrotu.” I nie dotyczy granicznych wartości dla poszczególnych pozycji asortymentowych.

Zmiany ilości opisane są w § 3 Zmiany ilości zamawianego towaru.

Zamawiający informuje, że w § 3 pkt.2 zastrzega sobie prawo do ostatecznego ustalenia ilości zamawianych asortymentów, zgodnie z bieżącym zapotrzebowaniem. W przypadku zakupu mniejszych ilości od podanych w poszczególnych pakietach, Wykonawca nie będzie rościł prawa do konieczności wykupu pozostałej części. W związku z powyższym Zamawiający informuje, że możliwe jest zmniejszenie zakresu zamówienia w stosunku do wskazanego w dodatku nr 2 do SWZ (zmniejszenie ilości), wynikające z ilości hospitalizowanych pacjentów i rodzaju udzielanych świadczeń zdrowotnych i realizowanych procedur medycznych.

Zmiany, o których mowa w § 3 ust. 2 są dopuszczone w przypadku niemożliwej do przewidzenia przez Zamawiającego zmiany struktury zapotrzebowania na zamówiony asortyment spowodowanej względami medycznymi (zmiana struktury zachorowalności, zmniejszenia się stanu ilościowego pacjentów).

Pytanie numer 3:

3. Do treści §6 ust.1 pkt 1) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź na pytanie numer 3:

Zamawiający zmienia zapis dotyczący wysokości kar umownych §6 ust.1 pkt 1) który otrzymuje brzmienie „w przypadku nie dostarczenia towaru w terminie, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,1% łącznej wartości umowy brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”

Pytanie numer 4:

4. Do treści §6 ust.1 pkt 2) wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru podlegającego reklamacji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia za każdy dzień opóźnienia?

Odpowiedź na pytanie numer 4:

Zamawiający zmienia zapis dotyczący wysokości kar umownych, §6 ust.1 pkt 2) otrzymuje brzmienie „jeżeli w trakcie trwania umowy Wykonawca nie dotrzyma terminu realizacji reklamacji, określonego w § 4 ust. 7 i przekroczy go o co najmniej 2 dni, Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi w wysokości 0,1% łącznej wartości umowy brutto za każdy rozpoczęty dzień zwłoki,”

Pytanie numer 5:

5. Do §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę sposobu obliczania kary umownej zastrzeżonej w §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy do wysokości 10% wartości niewykonanej części umowy?

Odpowiedź na pytanie numer 5:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie numer 6:

6. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę §6 ust.2 Umowy o treści: „Zamawiający obciąży Wykonawcę karami umownymi w wysokości ceny niedostarczonego przedmiotu umowy, zachowując prawo do naliczenia kar umownych” na zdanie następujące: „Różnicą w cenie zakupu interwencyjnego partii asortymentu, którego dotyczy zwłoka, Kupujący obciąży Sprzedawcę” Wykonawca wyjaśnia, że wyżej wskazane postanowienie pozostaje niezgodne z przepisami prawa, z utrwaloną doktryną i judykaturą. Zamawiający zastrzega sobie bowiem prawo do obciążenia Sprzedawcy pełnymi kosztami zakupu interwencyjnego, co w konsekwencji prowadzi do wypaczenia jego ustawowego uprawnienia. Przepis art. 479 k.c. uprawnia wierzyciela, w razie zwłoki dłużnika do nabycia na jego rzecz rzeczy tego samego gatunku, jednak z zastrzeżeniem, że „wierzyciel może żądać zwrotu kosztów nabycia zastępczego od dłużnika, a zarazem nie jest uprawniony do zapłaty dłużnikowi swojego świadczenia, prowadziłby do niesłusznego wzbogacenia tego wierzyciela.” (Kodeks cywilny, Komentarz, J.M. Kondek, red. K. Osajda, 2021

r.). Powyższe konsekwentnie potwierdza judykatura- Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 5 sierpnia 2016 r., sygn. akt: I ACa 322/16 wskazał, że: „Jeżeli nabycie rzeczy wynika z umowy wzajemnej, to po zrealizowaniu go przez wierzyciela, obowiązek dłużnika dotyczy kosztów nabycia, pomniejszonych o cenę, do której uregulowania zobowiązany byłby wierzyciel. Sąd Apelacyjny w Krakowie w kolejnym wyroku podsumował, że „Roszczenie o zapłatę kosztów, o jakich mowa w art. 479 KC, ma charakter odszkodowawczy. Odliczenie zaś od kosztów zakupu zastępczego ceny uzgodnionej między stronami stanowi uwzględnienie zasady compensatio lucri cum damno, gdyż stanowi uwzględnienie tego, co wierzyciel zaoszczędził nie świadcząc stronie pozwanej.” (wyrok z dnia 19 lutego 2020 r., sygn. akt: I AGa 29/19).

Mając na uwadze powyższe, w celu wyeliminowania ryzyka nieważności (z uwagi na wprowadzenie do umowy niezgodnego z przepisami prawa postanowienia), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o zmianę ww. zapisu jak powyżej.

Odpowiedź na pytanie numer 6:

Zamawiający informuje, że zmodyfikował zapis w §6 ust.2

„Jeżeli w trakcie trwania umowy Wykonawca nie zrealizuje w terminie określonym w § 2 ust. 1 i ust. 2 lub odmówi realizacji bieżącej dostawy, ~~Zamawiający obciąża Wykonawcę karami umownymi w wysokości ceny niedostarczonego przedmiotu umowy, zachowując prawo do naliczenia kar umownych za okres zwłoki liczony do dnia dokonania zakupu zastępczego. W przypadku zwłoki w dostawie przedmiotu umowy przekraczającego co najmniej 2 dni, Zamawiający według swego wyboru uprawniony jest do powierzenia wykonania niniejszej umowy podmiotowi trzeciemu na koszt i ryzyko Wykonawcy bez potrzeby wzywania Wykonawcy do wykonania umowy bądź też do odstąpienia od umowy bez wyznaczania Wykonawcy dalszego terminu celem wykonania umowy stron.~~

Zamawiający zastrzega sobie prawo nabycia u osoby trzeciej niedostarczonych w terminie, będących przedmiotem danego zamówienia, tożsamyh co do rodzaju i ilości, nawet bez konieczności zawiadamiania o tym i wzywania Dostawcy do wykonania niezrealizowanej w terminie dostawy, a Dostawca zobowiązany będzie do zwrotu Zamawiającemu różnicy pomiędzy ceną z niniejszej umowy, a ceną zapłaconą na rzecz podmiotu trzeciego oraz kosztów transportu lub przesyłki Wykonawca uiszcza Zamawiającemu na pierwsze wezwanie Zamawiającego. W takim przypadku za dzień zrealizowania dostawy przyjmuje się dzień jej zrealizowania przez Dostawcę zastępczego.

Pytanie numer 7:

7. Do §9 wzoru umowy. Prosimy o dodanie zastrzeżenia, aby w przypadku, gdy strony nie dojdą do porozumienia w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy w oparciu o postanowienia §9 wzoru umowy, zarówno Wykonawca jak i Zamawiający nabędą uprawnienie do rozwiązania w tej części umowy za porozumieniem stron, z zachowaniem jednomiesięcznego okresu wypowiedzenia, bez obowiązku ponoszenia z tego tytułu kar umownych.

Odpowiedź na pytanie numer 7:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Pytanie numer 8:

8. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15

maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

Odpowiedź na pytanie numer 8:

Zamawiający informuje, że na chwilę obecną nie aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz art. 10 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.)

Według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki nie staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania.

Pytanie numer 9:

9. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na ustanowienie ze swojej strony zabezpieczeń cywilnoprawnych prawidłowego wykonania umowy przetargowej, w jednej z następujących postaci:

- oświadczenia o poddaniu się egzekucji wprost w trybie art. 777 § 1 pkt 5 Kodeksu postępowania cywilnego,
- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia.
- poręczenia dokonanego przez inną Spółkę/Organ, do kwoty wynikającej z faktur VAT wraz z odsetkami na czas określony, tj. do dnia spłaty zobowiązań wynikających z niniejszej umowy i innych należności pieniężnych.

Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożliwości odzyskania (w całości lub w części) należności objętych masą sanacyjną. W razie odmownej odpowiedzi, prosimy o jej uzasadnienie i wskazanie, czy w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

Odpowiedź na pytanie numer 9:

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowaną zmianę.

Zamawiający informuje, że w toku trwania umowy przetargowej Zamawiający nie zamierza korzystać z narzędzi przewidzianych w ustawie z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (t. j. Dz. U. 2022 poz. 2309 ze zm.) oraz w ustawie z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (t. j. Dz. U. 2022 poz. 1520 ze zm.).

W załączeniu zmieniony SWZ oraz dodatek nr 4 do SWZ (wzór umowy).

Udzielone Wyjaśnienia stają się częścią specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) i są wiążące dla wszystkich Wykonawców.

PREZES ZARZĄDU - Jolanta Siwicka

Podpis na oryginale