



JEDNOSTKA  
SAMORZĄDU  
WOJEWÓDZTWA  
POMORSKIEGO



Słupsk, dnia 28.06.2017 r.

## Dotyczy: przetargu nieograniczonego pn.: „Dostawa leków” nr sprawy - 53/PN/2017.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający przekazuje treść zapytań dotyczących zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami. W przedmiotowym postępowaniu wpłynęły następujące zapytania:

### Pytanie nr 1:

#### 1. Dotyczy wzoru umowy

Czy Zamawiający zgodzi się na dodanie we wzorze umowy fragmentu o następującej treści:

„W razie wystąpienia nieprzewidzianych i niezależnych od Wykonawcy okoliczności takich jak: utrata statusu refundacyjnego leku, wstrzymanie sprzedaży lub wycofanie produktu leczniczego z obrotu decyzją Głównego Inspektora Farmaceutycznego, zaprzestanie produkcji, skutkujących uniemożliwieniem realizacji umowy przez Wykonawcę, przy jednoczesnym udokumentowanym braku możliwości dostarczenia przez Wykonawcę lub innego dostawcę przedmiotu umowy lub towaru równoważnego/odpowiednika, strony mają prawo do odstąpienia od umowy za porozumieniem stron.”

W przypadku braku zgody na powyższy zapis, jakie działania Zamawiający zamierza podjąć w razie wystąpienia wymienionych okoliczności?

W projektowanej ustawie o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz niektórych innych ustaw (projekt z dnia 3.02.2017 r.) zmianie ulegnie m.in. art. 11 ustawy o refundacji leków, zgodnie z którym Minister Zdrowia będzie miał możliwość zmiany każdej decyzji refundacyjnej z urzędu w niesprecyzowanym i nieograniczonym zakresie - art. 11 ust. 12:

„12. Minister właściwy do spraw zdrowia może wszcząć z urzędu postępowanie w sprawie zmiany decyzji administracyjnej o objęciu refundacją oraz ustaleniu urzędowej ceny zbytu dla leku, środka spożywczego specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobu medycznego w przypadku:

- 1) zagrożenia wystąpienia istotnego ograniczenia dostępności świadczeniobiorców do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych lub
- 2) znacznego wzrostu odpłatności lub dopłat świadczeniobiorców do leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, lub
- 3) wystąpienia nowych okoliczności faktycznych lub pojawienia się nowych dowodów wpływających na ocenę kryteriów, o których mowa w art. 12 pkt 3–12.”

Powyższe oznacza, że Minister Zdrowia będzie mógł w każdym czasie zmienić każdą decyzję refundacyjną skracając jej okres obowiązywania.

Dodatkowo, zgodnie z projektem nowelizacji ustawy o zmianie ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych oraz innych niektórych ustaw z dnia 24

listopada 2016 r., decyzje administracyjne w sprawie refundacji leków będą wydawane przez Ministra Zdrowia na okres do 5 lat - art. 11 ust. 3a ustawy o refundacji:

„3a. Decyzję, o której mowa w ust. 1, minister właściwy do spraw zdrowia może wydać na okres do 5 lat, mając na uwadze wynik negocjacji z Komisją Ekonomiczną, informację o wszczętych postępowaniach w sprawie dopuszczenia do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej lub państwach członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), okres wyłączności rynkowej, informację o prowadzonych badaniach klinicznych we wnioskowanym wskazaniu.

Powyższe uniemożliwia zobowiązanie się przez wykonawcę do zapewnienia utrzymywania statusu refundacyjnego produktu. Utrzymanie zaś statusu refundacyjnego leku nie zależy jedynie od działania bądź zaniechania wykonawcy, lecz jest od niego niezależne. Nie można więc obarczać jedynie Wykonawcę ryzykiem istotnej zmiany okoliczności powodującej, że dalsza realizacja umowy, staje się dla Wykonawcy nie tylko nieopłacalna, co wręcz niemożliwa.

Ponadto z uwagi na to, iż Wykonawca, może prowadzić hurtownię tzw. producencką, a nie pełnoprofilową co oznacza, że nie może dostarczyć produktów innych niż te, które pozostają w jego portfolio i do których dostarczenia zobowiązuje się w złożonej ofercie wskazując nazwę handlową produktu, więc faktycznie nie ma możliwości dostarczenia odpowiednika równoważnego.

Wykonawca zwraca również uwagę, że dystrybucja leków może następować bezpośrednio do szpitali, a to oznacza, że nie istnieją zapasy produktów u innych podmiotów. Stąd, nie będzie możliwe skorzystanie z zakupu przedmiotu umowy u innego Sprzedawcy.

Niemożliwy może okazać się również zakup przez Zamawiającego odpowiednika leku, ponieważ na rynku może nie być produktów spełniających wymogi równoważności.

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

## **2. Dotyczy pkt. 2c Formularza ofertowego – termin ważności produktów**

Czy Zamawiający zgodzi się na skrócenie minimalnego okresu przydatności do użytku, liczonego od dnia dostawy przedmiotu zamówienia z 12 miesięcy na 6 miesięcy?

Biorąc pod uwagę fakt, że dostawy realizowane są na bieżąco, w bardzo krótkich terminach i Szpital nie buduje sobie zapasów, 6 miesięczny termin ważności wydaje się być wystarczający.

Ewentualnie czy Zamawiający zgodzi się na dopisanie zdania o następującej treści: „Zamawiający dopuszcza możliwość dostawy przedmiotu zamówienia z terminem ważności krótszym niż wymagany tylko w przypadku uzyskania przez Wykonawcę zgody od Zamawiającego”?

**Odp.: Tak.**

## **3. Dotyczy § 7 ust. 1 wzoru umowy – kary umowne**

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę § 7 ust. 1 wzoru umowy o treści:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 5% wartości umowy, w razie odstąpienia przez Zamawiającego od niniejszej umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca” na następujący:

„Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 5% wartości niezrealizowanej części umowy, w razie odstąpienia przez Zamawiającego od niniejszej umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Wykonawca”?

Zgodnie z art. 483 § 1 kodeksu cywilnego (kc) „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”.

Powyższe oznacza, że nie można karać za zamówienie zrealizowane należycie. Natomiast z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, gdy zostanie nałożona kara umowna od całości wynagrodzenia umownego, podczas gdy nienależyte wykonanie będzie dotyczyło tylko części wolumenu. W niniejszej umowie mamy bowiem do czynienia z dostawami częściowymi (partiami), a nie z dostawą jednorazową. Może zdarzyć się tak, że opóźnienie bądź niewykonanie dotyczyć będzie tylko niewielkiej części umowy. Nie można tej sytuacji traktować na równi z sytuacją, w której opóźnienie bądź niewykonanie będzie dotyczyć całej umowy.

Zwracamy uwagę, że na mocy art. 484 § 2 kc „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”. Najczęściej spory sądowe o zamiarkowanie kar umownych dotyczą właśnie sytuacji, gdy kara jest nieadekwatna do stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Pozostawienie więc treści § 6 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu dotychczasowym, może doprowadzić do tego, że Wykonawca, niesłusznie ukarany karą umowną od całości wynagrodzenia, będzie skutecznie dochodzić zamiarkowania kary umownej przed sądem.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego. Jak stwierdził SN „O tym, czy w danym wypadku można mówić o karze umownej rażąco wygórowanej, nie może sama przez się decydować jej wysokość przyjęta procentowo w określonym akcie prawnym, lecz przede wszystkim stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione z opóźnieniem świadczenie dłużnika. W sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego z opóźnieniem zobowiązania, w związku z którym ją zastrzeżono, można ją uważać za rażąco wygórowaną w rozumieniu art. 484 § 2 k.c” (Wyrok SN z dnia 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNC 1980, nr 12, poz. 243). Przykładowo, jeśli niewykonanie zamówienia będzie dotyczyło 5% wartości umowy, to kara umowna wyniesie mimo to 5% wartości umowy. Podobnie w nowszym orzecznictwie: „Miarkowanie kary umownej zastrzeżonej na wypadek zwłoki w spełnieniu całości świadczenia jest co do zasady dopuszczalne także ze względu na wykonanie przez dłużnika zobowiązania w znacznej części” (Wyrok SN z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, OSNC-ZD 2008, nr 2, poz. 44).

Istnieje również wiele wyroków Sądów Apelacyjnych i Sądów Okręgowych potwierdzających konieczność miarkowania kary w przypadku jej nieadekwatności do stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

4. Dotyczy Części NR 1 poz. 4 – czy należy wycenić Sertralinum 100 mg x30 tabl. (nie ma leku o nazwie Sertalinum i dawce 10 mg ). Sertralinum dostępne jest w dawkach 50 mg lub 100 mg .

**Odp.: Tak.**

5. Dotyczy Części NR 3 poz. 1 – prosimy o dopuszczenie do wyceny op. x 10 fioł. W ilości 500 op. Lek jest dostępny tylko w op. x 10 fioł.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza.**

6. Dotyczy Części NR 22 - W związku z wejściem na listę refundacyjną od dnia 01.05.2014r produktu Avonex w formie wstrzykiwacza (PEN), KOD EAN 5909991001407 (obok funkcjonującej już ampułko-strzykawki), prosimy o rozszerzenie opisu przedmiotu zamówienia w odniesieniu do produktu Avonex również o formę wstrzykiwacza(PEN) . Proponujemy, aby w SIWZ znalazł się opis ampułko-strzykawka i/lub wstrzykiwacz. Przy tak sformułowanym opisie

Zamawiający będzie miał możliwość realizowania dostaw leku w opakowaniu ampułkostrzykawki i/lub wstrzykiwacza w zależności od bieżących potrzeb.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza produkt Avonex w formie wstrzykiwacza (PEN).**

7. Dotyczy Części NR 29 poz. 1 – prosimy o dopuszczenie do wyceny op. x 10 fiol. w ilości 58 op. Lek jest dostępny tylko w op. x 10 fiol.

**Odp.: Odp.: Zamawiający dopuszcza.**

8. Dotyczy Części NR 29 poz. 2 – prosimy o dopuszczenie do wyceny op. x 10 fiol. w ilości 40 op. Lek jest dostępny tylko w op. x 10 fiol.

**Odp.: Zamawiający dopuszcza.**

9. 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 rażąco startą dla Wykonawcy), Zamawiający wyrazi zgodę na sprzedaż w cenie zbliżonej do rynkowej lub na wyłączenie tego produktu z umowy bez konieczności ponoszenia kary przez Wykonawcę (dotyczy zapisu §3 ust.5 projektu umowy)?

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

10. Do treści §3 ust.6 i ust.7 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowej kary umownej przez Zamawiającego, gdyż wcześniejsza część wskazanych zapisów przy dokonaniu zakupu zastępczego zobowiązują już Zamawiającego do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego Wykonawcy?

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

11. Do treści §3 ust.6 prosimy o dodanie słów, wynikających z przesłanki wynikającej z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

12. Do treści §3 ust.7 prosimy o dodanie słów, wynikających z przesłanki wynikającej z treści art. 552 k.c.: "... z wyłączeniem powołania się przez Wykonawcę na okoliczności, które zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego uprawniają Sprzedającego do odmowy dostarczenia towaru Kupującemu."

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

13. Do treści §3 ust.6-7 projektu umowy. Prosimy o wykreślenie zapisu w części dotyczącej naliczenia dodatkowych kar umownych przez Zamawiającego przy realizacji zamówienia zastępczego, gdyż wcześniejsza część tego zapisu zobowiązuje już Wykonawcę do pokrycia różnicy w cenie pomiędzy ceną wynikającą z umowy, a ceną jaką zapłaci Zamawiający u innego wykonawcy.

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**



14. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §7 ust. 2 poprzez zapis o naliczaniu ewentualnych kar za opóźnienie dostawy w wysokości nie większej niż 0,5% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia za każdy dzień zwłoki?

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

15. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisów umowy w §7 ust. 3 poprzez zapis o naliczaniu ewentualnych kar za każdy dzień zwłoki lub opóźnienia w usunięciu wady towaru w okresie gwarancji jakości w wysokości nie większej niż 0,5% wartości brutto niedostarczonego przedmiotu zamówienia podlegającego reklamacji za każdy dzień zwłoki?

**Odp.: Zamawiający podtrzymuje zapisy SIWZ.**

16. Czy w stosunku do Zamawiającego na chwilę obecną aktualizują się przesłanki „niewypłacalności” oraz „zagrożenia niewypłacalnością” w rozumieniu art. 6 ustawy z dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) oraz art. 10 ustawy z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.)? Czy według wiedzy Zamawiającego w/w przesłanki staną się aktualne w okresie od chwili obecnej do zakończenia umowy zawartej na skutek niniejszego postępowania?

**Odp.: Pytanie nie dotyczy wyjaśnień treści SIWZ.**

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

- cesji na zabezpieczenie w Narodowym Funduszu Zdrowia;
- weksła in blanco wraz z deklaracją;
- poręczenia podmiotu trzeciego, np. wspólnika lub organu założycielskiego;
- zabezpieczenia rzeczowego np. zastawu rejestrowego

lub w jakiegokolwiek innej formie stanowiącej zabezpieczenie wierzytelności Wykonawcy skuteczne w przypadku ewentualnego otwarcia w stosunku do Zamawiającego postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego? Celem wyjaśnienia powyższego zapytania zwracamy uwagę na ogromne ryzyko Wykonawcy związane z potencjalnym ogłoszeniem postępowania restrukturyzacyjnego lub upadłościowego wobec Zamawiającego, polegające m.in. na niemożności 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 dn. 1.01.2016r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U.2015.978 z późn. zm.) i ustawie z dn. 28.02.2003r. – Prawo upadłościowe (Dz.U.60.535 z późn. zm.).

**Odp.: Pytanie nie dotyczy wyjaśnień treści SIWZ.**

**Powyzsza informacja została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 28.06.2017 r.**

**KIEROWNIK**  
Działu Zakupów i Zamówień Publicznych  
**Piotr Feszak**