



WSzSL/FZ.381.84/23. 881 .2023

Legnica 07.12.2023 r.

ZAINTERESOWANI

Dotyczy:

POSTĘPOWANIA O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO PROWADZONEGO W TRYBIE PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO NA DOSTAWY PRODUKTÓW LECZNICZYCH STOSOWANYCH W RAMACH PROGRAMÓW LEKOWYCH ORAZ CHEMIOTERAPII znak sprawy WSzSL/FZ-84/23

Działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), Zamawiający poniżej udziela wyjaśnień, w związku z wpłynięciem wniosków od Wykonawców dotyczących wyjaśnień treści SWZ.

WYKONAWCA NR 1

Pytanie nr 1

Czy Zamawiający do § 5 ust. 5a, 5b wzoru umowy:

„5a. Cena leku brutto nie może być wyższa od wartości limitu finansowania określonego dla tego leku w aktualnie obowiązującym obwieszczeniu Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych w Części B lub/i C.

5b. W przypadku, gdy w kolejnym obwieszczeniu MZ wysokość limitu finansowania danego produktu leczniczego ulega obniżeniu poniżej ceny umownej, cena musi zostać zmniejszona do ceny nie wyższej, niż wysokość limitu finansowania.”

dopuszcza możliwość dodania poniższej treści:

„Zmiana taka wymaga aneksu do umowy. Brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu może stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę”

Uzasadnienie:

Wykonawca nie ma realnego wpływu na finalną wysokość limitu finansowania, ponieważ decydem w tym zakresie jest Minister Zdrowia. Nieuzasadnione jest więc przerzucanie przez Zamawiającego na Wykonawcę ryzyka związanego ze zmianą limitu finansowania, która nie jest od niego zależna. Dla porównania zmiana ceny hurtowej brutto lub ceny dla świadczeniodawców, wynikającej z zawartego instrumentu dzielenia ryzyka, jest elementem negocjacji pomiędzy wnioskodawcą refundacyjnym a Ministrem Zdrowia i tym samym może stanowić podstawę zmiany ceny określonej przez Wykonawcę w ofercie bez konieczności zawierania aneksu.

Zaproponowane przez Zamawiającego postanowienie umowne zawarte w par. 5 ust. 5a, 5b pozwalają na zmianę wynagrodzenia wykonawcy poprzez jego obniżenie do limitu finansowania wskazanego przez NFZ. Co więcej konstrukcja postanowienia pozwala na zmianę wynagrodzenia wykonawcy w sposób „automatyczny” i bez konieczności wyrażenia zgody na taką zmianę przez drugą stronę umowy.

Tak ukształtowane postanowienie należy uznać za sprzeczne z zasadami określonymi w ustawie PZP i stanowiące zakazaną klauzulę abuzywną.

Jak wskazuje uzasadnienie do nowej ustawy PZP, jednym z podstawowych celów ustawodawcy przy tworzeniu nowego aktu prawnego było zagwarantowanie większej ochrony wykonawców, jako słabszej strony postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Znalazło to odzwierciedlenie m. in. w treści art. 433 ustawy PZP wskazującego na zakaz używania przez zamawiającego tzw. klauzul abuzywnych:



„W art. 433 projektu ustawy wyraźnie wskazuje się katalog abuzywnych klauzul. W dalszym ciągu do umów w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą zastosowania znajduje Kodeks cywilny. Jednak specyfika kształtowania treści umowy, która de facto jest narzucana jest przez zamawiającego, wymaga wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron.

Skutkiem przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Nie ma to na celu uniemożliwienia zamawiającym ukształtowania treści umowy w sposób uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie w tym zakresie z odwołania do KIO.”

Należy ponadto zauważyć, że do podobnych postanowień umowy, jak to, którego dotyczy przedmiotowe pytanie, odnosiła się także Krajowa Izba Odwoławcza w swoim orzecznictwie. Zgodnie z wyrokiem z dnia 8 listopada 2021 r., sygn. KIO 3107/21:

„Treść postanowienia umownego, przez którą Zamawiający narzuca maksymalną cenę, zgodnie z rozporządzeniem NFZ i narzuca obniżenie ceny w trakcie wykonywania umowy, jest co najmniej abuzywna, godząca w zasady wynikające z art. 431 Pzp i art. 354 § 1 KC. (...) określenie ceny za realizację zamówienia, w tym również cen jednostkowych, jest uprawnieniem wykonawcy i efektem stosowanych przez niego strategii biznesowych i kalkulacji ryzyk z uwzględnieniem szeregu czynników, do których można zaliczyć ponoszone koszty, warunki rynkowe, ceny konkurentów i inne. Zamawiający nie jest natomiast uprawniony do wpływania na treść oświadczenia woli wykonawcy przez narzucanie mu maksymalnej ceny, w tym również jednostkowej, za realizację zamówienia. (...) Zamawiający narzuca bowiem wykonawcom, aby wykonali swoje zobowiązanie niezgodnie z jego treścią, przez nieustanne zmiany ceny w trakcie wykonywania zamówienia w stosunku do ceny wskazanej w ofercie, co zagraża i narusza interesy przedsiębiorcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją.”

Warto również zauważyć, że podobne stanowisko prezentuje w tym kontekście Narodowy Fundusz Zdrowia:

„W ocenie Narodowego Funduszu Zdrowia postanowienie umowne przytoczone w piśmie PZPPF oraz Związku Pracodawców Hurtowni Farmaceutycznych w brzmieniu: „W przypadku jeśli średni koszt rozliczenia substancji czynnej, refundowanej w ramach programu lekowego lub chemioterapii, zawartej w leku nabywanym na podstawie Umowy, opublikowany w komunikacie Narodowego Funduszu Zdrowia, będzie niższy od kosztu tej substancji czynnej obliczonego z uwzględnieniem wielkości opakowania, mocy oraz ceny hurtowej brutto produktu leczniczego objętego umową, Zamawiający może żądać od Wykonawcy zmiany umowy i obniżenia ceny hurtowej brutto tego produktu do wysokości wynikającej z aktualnego, opublikowanego przez NFZ, średniego kosztu rozliczania tej substancji czynnej. Odmowa podpisania porozumienia w tym zakresie będzie uprawniała Zamawiającego do rozwiązania umowy, w części dotyczącej tego produktu leczniczego, w trybie jednostronnego wypowiedzenia.” stanowi klauzulę abuzywną i nie jest elementem, o którego uwzględnienie występował Narodowy Fundusz Zdrowia.”[1]

Z powyższych powodów postanowienie zaproponowane przez Zamawiającego we wzorze umowy, narusza przepisy ustawy PZP i powinno ulec zmianie, tak aby postanowienie dotyczące zmian wysokości limitów finansowania przez NFZ zawarte w par 5 ust. 5a, 5b wzoru umowy wymagało każdorazowo formy pisemnej pod rygorem nieważności, gdzie brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu mogło stanowić podstawę do rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający modyfikuje brzmienie § 5 wzoru umowy poprzez dodanie ust. 5.1. o treści:

„Zmiany opisane w ust. 5a, 5b wymagają aneksu do umowy. Brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu może stanowić podstawę do rozwiązania umowy z zachowaniem miesięcznego okresu wypowiedzenia przez każdą ze stron, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez ani Wykonawcę, ani przez Zamawiającego”



WYKONAWCA NR 2

Pytanie nr 2

Dotyczy przedmiotu zamówienia – Formularz cenowy część nr 13

Proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający w Formularzu cenowym w części nr 13 (IBRUTINIB) wymaga przedmiotu zamówienia zgodnie z kolumną E jedynie w postaci kapsułek twardych czy również w postaci tabletek powlekanych?

Zgodnie z obowiązującym Obwieszczeniem Ministra Zdrowia z dnia 20 października 2023 r. w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych na 1 listopada 2023 r., substancja czynna Ibrutinibum jest refundowana w postaci kapsułek twardych (140 mg x 90 kaps. – program lekowy B.79. oraz 140 mg x 120 kaps. – program lekowy B.12.FM) a także w postaci tabletek powlekanych po 30 szt. w opakowaniu (dawki 140 mg, 280 mg, 420 mg – programy lekowe B.12.FM i B.79 oraz dawka 560 mg – program lekowy B.12.FM).

Odpowiedź na pytanie:

W związku z realizacją przez Zamawiającego zarówno programu B.12.FM jak i B.79 Zamawiający wyraża zgodę na złożenie oferty w Części 13 na wszystkie dostępne rodzaje opakowań w postaci kapsułek twardych oraz tabletek powlekanych. Zamawiający dokonuje modyfikacji w kolumnie „E” w Części 13 formularza asortymentowo-cenowego poprzez dodanie treści: „oraz tabletki powlekana”

Pytanie nr 3

Dotyczy § 2 ust. 2 wzoru umowy – dostawy „PILNE”

Z uwagi na fakt, że wymienione produkty lecznicze w częściach nr 2, 11, 13 nie są lekami na tzw. „ratunek” i nie wymagają dostaw na cito, ze względu na specyfikę i konieczność planowania podania z wyprzedzeniem proszę o potwierdzenie, że zapisy § 2 ust. 2 wzoru umowy nie będzie miał zastosowania w stosunku do części nr 2, 11, 13.

Zapisy umowy w obecnym brzmieniu dla wyżej wymienionych leków są nieproporcjonalne w stosunku do obiektywnych potrzeb Zamawiającego

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający w związku ze specyfiką asortymentu nie określił we wzorze umowy warunków dostawy w trybie „na ratunek” i dostaw takich nie wymaga. Zamawiający określił możliwość dostaw w trybie PILNE, dla sytuacji, których wcześniejsze złożenie zamówienia nie było możliwe lub nie mogło zostać przewidziane, m.in. awaria systemu lub konieczność pilnego włączenia odpowiedniego leczenia. W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SWZ.

Pytanie nr 4

Dotyczy § 4 ust. 2 wzoru umowy - reklamacje ilościowe

Treść § 4 ust. 2 wzoru umowy stanowi, że Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć brakujący asortyment (ilości) na następny dzień roboczy od otrzymania zawiadomienia.

Zgodnie z prawem cywilnym przed usunięciem wad wykonawca obowiązany jest do zbadania zasadności reklamacji. Wykonanie wszystkich czynności związanych z procesem reklamacji w terminie 24 godzin jest niemożliwe do wykonania.

W związku z powyższym czy Zamawiający zmieni zapisy wzoru umowy na możliwe do zrealizowania, zgodnie z zasadami dobrej praktyki gospodarczej oraz prawa cywilnego wyznaczając termin rozpatrzenia reklamacji na min. 2 dni w przypadku braków ilościowych, jednocześnie wyznaczając termin na uzupełnienie brakującej ilości do 24 godzin od dnia rozpatrzenia reklamacji?

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Terminowość realizacji zamówień oraz reklamacji jest kluczowa dla Zamawiającego z racji wykonywanej działalności oraz specyfiki przedmiotu zamówienia. Przy zakładanej możliwości rozpatrzenia reklamacji w ciągu 2 dni roboczych oraz kolejnego dnia na dostanie brakującego towaru termin realizacji zamówienia może przedłużyć się nawet do 5 dni roboczych co z perspektywy Zamawiającego jest terminem niedopuszczalnym.



WYKONAWCA NR 3

Pytanie nr 5

Do §5 ust. 6 wzoru umowy: Prosimy o potwierdzenie, że ewentualne przedłużenie terminu realizacji umowy następowало będzie za obopólną zgodą stron wyrażoną w formie aneksu.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający potwierdza, że zmiana wynikająca z §5 ust. 6 wzoru umowy będzie dokonywana za obopólną zgodą stron wyrażoną w formie aneksu.

Pytanie nr 6

2. Do §5a ust. 5 wzoru umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zwiększenie maksymalnej wartości zmiany wynagrodzenia w taki sposób, aby wynosiła ona łącznie 15%?

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 7

Do §6 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie zapisu dotyczącego kary zastrzeżonej w §6 ust. 1 pkt 3) za dostawę asortymentu niezgodnego z umową, gdyż Zamawiający w §6 ust. 1 pkt 1) wzoru umowy przewidział już karę umowną za zwłokę w realizacji reklamacji w przypadku stwierdzenia braków ilościowych lub wad jakościowych asortymentu.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Zapis stanowi gwarant należyście wykonanej umowy przez Wykonawcę. Przed naliczeniem wygórowanych kar zabezpiecza Wykonawcę § 6 ust. 3 umowy.

Pytanie nr 8

Do §6 ust. 1 pkt 4) wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kary umownej zastrzeżonej na wypadek przekroczenia terminu dostarczenia dokumentów umowy do wysokości 100,00 zł za każdy dzień zwłoki?

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody.

WYKONAWCA NR 4

Pytanie nr 9

dot. § 2 ust. 1 umowy

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dodanie zapisu:

Zamówienia będą składane do godziny 13:00. Zamówienia złożone po godzinie 13:00 należy traktować jako złożone w kolejnym dniu roboczym.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Zgodnie z § 2 ust. 1 Wykonawca dostarcza zamówiony asortyment w ciągu 2 dni roboczych od złożenia zamówienia. Przy braku możliwości potwierdzenia przyjęcia zamówienia oraz przekazania do realizacji w dniu jego złożenia Wykonawca może to zrobić w dniu następującym, ciągle będąc w stanie dotrzymać umownego terminu dostawy.

Pytanie nr 10

dot. § 4 ust. 3 umowy

Czy Zamawiający w § 4 ust. 3 projektu umowy wydłuży termin do rozpatrzenia reklamacji przez



Wykonawcę do 14 dni roboczych? Zgłoszona reklamacja wymaga rozpatrzenia z uwzględnieniem np. wyjaśnień firmy kurierskiej dostarczającej towar bądź zbadania jakościowo wadliwego towaru, a następnie (przy uwzględnieniu reklamacji) jego dostarczenia. Wykonanie tego w krótszym czasie jest niemożliwe.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Terminowość realizacji zamówień oraz reklamacji jest kluczowa dla Zamawiającego z racji wykonywanej działalności oraz specyfiki przedmiotu zamówienia. W przypadku ewentualnej wady jakościowej serii produktu uzasadnione jest pilne podjęcie działań po stronie Wykonawcy w celu zapewnienia bezpieczeństwa pacjentów oraz podjęcia dalszych kroków w celu zapewnienia dostępności do terapii.

Pytanie nr 11

dot. § 6 ustęp 1 umowy

Dotyczy § 6 ustęp 1 umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wskazanie jako podstawy do ustalenia wysokości kary umownej wartość niezrealizowanej części umowy?

W przypadku zrealizowania zgodnie z umową znacznej części zamówienia, kara naliczana od całości umowy jest wyraźnie zawyżona.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z zapisem § 6 ust. 1 kara przysługuje Zamawiającemu „w wysokości 0,1% wartości netto asortymentu, **którego zwłoka dotyczy** wskazanej w Załączniku nr 1 do umowy za każdy dzień zwłoki w stosunku do któregośkolwiek z terminów, o których mowa w §2 ust. 1 i/lub w §4 ust 2 i/lub w §4 ust. 4”. Nie jest zatem liczona od całości umowy.

Pytanie nr 12

dot. § 6 ustęp 1 pkt 4 umowy

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kar umownych i ustali minimalną wartość zapłaty w kwocie 50,00 zł. Kara w wysokości 300,00 zł za każdy dzień opóźnienia w przypadku dostaw i usług o niskiej wartości jest nieproporcjonalnie wysoka.

Odpowiedź na zapytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody. Przed naliczeniem wygórowanych kar zabezpiecza Wykonawcę § 6 ust. 3 umowy.

Z poważaniem,

DYREKTOR
Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego
w Legnicy

Anna Płotnicka-Mieloch