



WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SWZ LEKI 15 ZP-22-039UN

Zamawiający działając na podstawie określonym zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.) ustawy Pzp, udziela następujących wyjaśnień.

Dyrektor

dr n. med.
Włodzimierz Dziubdziała

ul. Francuska 20-24
40-027 Katowice

SEKRETARIAT
tel.: (32) 259-16-50
fax.: (32) 255 46 33

spskm@spskm.katowice.pl
www.spskm.katowice.pl

CENTRALA :
Tel. (32) 259-12-00

PYTANIE 1

Czy Zamawiający zmieni wartość kary umownej określonej w par. 5.1 z 2% do wartości max. 0,2%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę**

PYTANIE 2

Czy Zamawiający zmieni wartość kary umownej określonej w par. 5.2 z 20% do wartości max. 5%? Obecna kara umowna jest rażąco wygórowana. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę**

PYTANIE 3

Czy Zamawiający w par. 6.1 dopisze „z zastrzeżeniem minimalnej wartości umowy określonej w par. 1.6”? Ustawa PZP nakazuje wskazywanie minimalnych wartości zamówień i ten wolumen nie podlega już dalszym ograniczeniom – jego obowiązywanie jest bezwarunkowe. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Zgodnie z § 1 ust 6 Zamawiający przewiduje ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie więcej niż 30 % zakresu określonego w załączniku nr 1 do umowy w zakresie danego pakietu, którego dotyczy ograniczenie**

PYTANIE 4

Czy Zamawiający w par. 6.4 dopisze „z zastrzeżeniem minimalnej wartości umowy określonej w par. 1.6”? Ustawa PZP nakazuje wskazywanie minimalnych wartości zamówień i ten wolumen nie podlega już dalszym ograniczeniom – jego obowiązywanie jest bezwarunkowe. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Zgodnie z § 1 ust 6 Zamawiający przewiduje ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie więcej niż 30 % zakresu określonego w załączniku nr 1 do umowy w zakresie danego pakietu, którego dotyczy ograniczenie**

PYTANIE 5

Czy Zamawiający w par. 7.4 dopisze „z zastrzeżeniem minimalnej wartości umowy określonej w par. 1.6”? Ustawa PZP nakazuje wskazywanie minimalnych wartości zamówień i ten wolumen nie podlega już dalszym ograniczeniom – jego obowiązywanie jest bezwarunkowe. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Zgodnie z § 1 ust 6 Zamawiający przewiduje ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie więcej niż 30 % zakresu określonego w załączniku nr 1 do umowy w zakresie danego pakietu, którego dotyczy ograniczenie**

PYTANIE 6

Czy Zamawiający w par. 7.5 dopisze „z zastrzeżeniem minimalnej wartości umowy określonej w par. 1.6”? Ustawa PZP nakazuje wskazywanie minimalnych wartości zamówień i ten wolumen nie podlega już dalszym ograniczeniom – jego obowiązywanie jest bezwarunkowe. **Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Zgodnie z § 1 ust 6 Zamawiający przewiduje ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie więcej niż 30 % zakresu określonego w załączniku nr 1 do umowy w zakresie danego pakietu, którego dotyczy ograniczenie**



PYTANIE 7

Czy Zamawiający potwierdza, że wszystkie zmiany umowy powinny mieć formę pisemną i jednocześnie wyraża zgodę, aby § 7. ust. 3 umowy przyjął następujące brzmienie:

Zamawiający dopuszcza zmianę umowy w przypadku gdy na podstawie stosownego aktu urzędowego (ustawy, rozporządzenia, zarządzenia, obwieszczenia) obniżony zostanie limit finansowania przedmiotu umowy (refundacji przez NFZ). W tym przypadku strony zobowiązane są do zawarcia stosownego aneksu do umowy w terminie 14 dni

od obniżenia limity finansowania przedmiotu umowy. Brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu może stanowić podstawę do rozwiązania umowy za porozumieniem Stron, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę "

Uzasadnienie

Zgodnie z art. 432 PZP, "Umowa wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają formy szczególnej." Powyższe oznacza, że wszelkie zmiany do jej treści powinny przyjąć formę pisemną, co jest zgodne z § 11 ust. 6 projektu umowy. Jednocześnie, w umowie zawarte zostały zapisy, które budzą wątpliwość, co do formuły wprowadzania zmian do umowy. § 1. ust. 10 umowy mówi o zmianach dot. ceny, które obowiązują od momentu ich obowiązywania. O ile jest to zrozumiałe w odniesieniu do zmiany cen urzędowych danego produktu leczniczego, o tyle trudno zastosować tego typu automatyzm w przypadku zmiany ceny, które może być wynikiem innych zmian na listach refundacyjnych NFZ. Zmiana limitu finansowania, grup limitowych, sposobu finansowania, która może mieć wpływ na ostateczną cenę, każdorazowo powinna zostać poprzedzona odpowiednim aneksem do umowy. Dodatkowo, Wykonawca nie może być zobowiązany do podpisania aneksu, zmieniającego cenę, na której wysokość nie miał wpływu. W takim wypadku, zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353 (1) KC), która obowiązuje również w odniesieniu do umów w sprawie zamówienia publicznego, powinna istnieć możliwość rozwiązania umowy za porozumieniem Stron bez negatywnych konsekwencji dla Wykonawcy. **Odpowiedź: Zamawiający jest zobowiązany udzielić wyjaśnień dotyczących treści SWZ, a nie potwierdzać zapisy PZP. Zapis § 7 ust. 3 pozostaje bez zmian.**

PYTANIE 8

Do §5 ust. 2 projektu umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kary umownej za odstąpienie od umowy w wymiarze 10% wartości brutto niezrealizowanej części umowy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy

PYTANIE 9

Do §5 ust. 1 wzoru umowy: Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie wymiaru kary umownej zastrzeżonej w §5 ust. 1 do wysokości 1% wartości niedostarczonego w terminie asortymentu dziennie?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie kary

PYTANIE 10

Do §5 ust. 4 wzoru umowy: Prosimy o dodanie słów, zgodnych z 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."

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę umowy

PYTANIE 11

Do §6 ust. 1 oraz §7 ust. 4 i 5 wzoru umowy: Wskazujemy, że zapisy w §6 ust. 1 oraz §7 ust. 4 i 5 wzoru umowy są nazbyt ogólne i nieprecyzyjne. Na ich 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 związku z tym wnosimy o doprecyzowanie zapisów §6 ust. 1 oraz §7 ust. 4 i 5 wzoru umowy, w taki sposób, aby były zgodne 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: Zgodnie z § 1 ust. 6 Zamawiający przewiduje ograniczenie zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym nie więcej niż 30 % zakresu określonego w załączniku nr 1 do umowy w zakresie danego pakietu, którego dotyczy ograniczenie. Pozostałe okoliczności zmiany umowy są uzależnione od umieszczenia danego leku na liście leków refundowanych, wartości limitu finansowania określonego przez Ministerstwo Zdrowia, zmniejszenia ilościowego bądź wartościowego kontraktu z NFZ lub MZ, utratą statusu refundacyjnego leku oraz innych wytycznych nałożonych przez Narodowy Fundusz Zdrowia, Głównego Inspektora farmaceutycznego czy Ministerstwo Zdrowia i są one niezależne od Zamawiającego. W związku z tym faktem kalkulację wynagrodzenia ofertowego Wykonawca musi dokonać z uwzględnieniem wyżej wymienionego ryzyka.

PYTANIE 12

Do §7 ust. 2 lit. b) wzoru 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 rażąco stratą 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: Jeżeli dany przedmiot umowy nie jest dostępny z powodu wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu, a zamiennik jest droższy - umowa wygasa w tym zakresie. Zamawiający nie ma konieczności, ale ma możliwość kontynuacji umowy.

PYTANIE 13

Do §7 ust. 3 wzoru umowy: Prosimy o wykreślenie z wzoru umowy §7 ust. 3. W uzasadnieniu swojego stanowiska wskazujemy, że powyższe zapisy w sposób rażąco naruszają równowagę stron, dając Zamawiającemu uprawnienie do jednostronnego kształtowania zasad realizacji zamówienia, w szczególności poprzez każdorazowe odgórne ustalanie cen jednostkowych, które obowiązywać będą w trakcie wykonywania kontraktu, a także umożliwiając Zamawiającemu dowolne ograniczenia wielkości zamówienia, z pominięciem zasady wyrażonej w art. 433 pkt 4) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm.). Niniejsza argumentacja znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 8 listopada 2021 r. (KIO 3107/21) stwierdziła, że postanowienia zakładające możliwość odstąpienia od umowy w każdej chwili, bez gwarancji wykonania zamówienia w minimalnym zakresie, również w sytuacji, gdy Wykonawca nie obniży cen, stanowią nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego i jako takie stanowią klauzulę abuzywną w świetle art. 433 pkt 4 ustawy PZP.

Odpowiedź: Zamawiający zapoznał się z treścią przytaczanego odwołania jak również z wyrokiem KIO i po raz kolejny odpowiada Wykonawcy, że ten wyrok nie ma odniesienia do kwestionowanego zapisu wzoru umowy, a zapisy z wzoru umowy w żaden sposób nie naruszają równowagi stron.