



LAS-519/1-PN/110-2017

Rybnik, dnia 21.12.2017 r.

Do Wykonawców uczestniczących
w postępowaniu o udzielenie zamówienia

WYJAŚNIENIE – MODYFIKACJA 1

PRZETARGU NIEOGRANICZONEGO NA:

dostawy produktów leczniczych stosowanych w programach lekowych i chemioterapii (zamówienie nr LAS-519-PN/110-2017)
ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej
z dnia 25.11.2017 r., nr 2017/S 227-472593

W związku z wniesionymi zapytaniem, zamawiający udziela poniższych odpowiedzi. Ponadto zamawiający wprowadza niżej podane modyfikacje.

Pytanie 1: „§ 1 ust. 4.2 wzoru umowy – dostawa produktu leczniczy równoważny

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę w § 1 ust. 4.2 wzoru umowy następującej treści:

>>Wykonawca ma obowiązek zachować ciągłość dostaw produktu leczniczego, odpowiadającego opisowi umieszczonemu przez Zamawiającego we wzorze formularza cenowego w kolumnie: „Opis przedmiotu zamówienia”, dostarczając produkt leczniczy równoważny, niezależnie od przyczyn niemożności dostarczenia produktu leczniczego określonego w kolumnie „Nazwa handlowa i wytwórca oraz ilość sztuk w opakowaniu handlowym” załącznika nr 1.1 (w szczególności w przypadku braków w produkcji, dystrybucji, wstrzymania obrotu lub wycofania z obrotu)<<.

następującą treścią

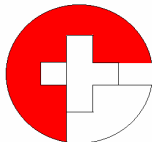
>>Wykonawca ma obowiązek zachować ciągłość dostaw produktu leczniczego, odpowiadającego opisowi umieszczonemu przez Zamawiającego we wzorze formularza cenowego w kolumnie: „Opis przedmiotu zamówienia”, dostarczając w sytuacji braku możliwości dostarczenia produktu leczniczego określonego w kolumnie „Nazwa handlowa i wytwórca oraz ilość sztuk w opakowaniu handlowym” załącznika nr 1.1, produkt leczniczy równoważny. Jednakże 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 w danym pakiecie za porozumieniem stron.<<

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**

Telefony:

Centrala:	032 42-91-000	Główny Księgowy:	032 42-91-299	Dział Zamówień Publicznych:	032 42-91-287
Sekretariat:	032 42-91-251	Dział Organizacyjny:	032 42-92-613	Dział Zaopatrzenia:	032 42-91-214
Fax:	032 42-28-272				



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 uniemożliwiając 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”

Odpowiedź 1: Zamawiający wyraża zgodę na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 2: „Dotyczy § 5 ust. 4 wzoru umowy – kary umowne

Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę w § 5 ust. 4 wzoru umowy fragmentu:

>>- Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy, bez konieczności uprzedniego wzywania Wykonawcy do należytej realizacji umowy, i naliczyć karę umowną w wysokości **10 % wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 1 ust. 1 umowy**, w przypadkach, gdy:

- a) jednorazowe opóźnienie Wykonawcy względem terminu wykonania dostawy przekroczy 7 dni kalendarzowych,
- b) Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie wymieni wadliwego towaru w terminie 3 dni od uznania reklamacji.<<

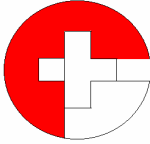
na następujący:

>>- Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy, bez konieczności uprzedniego wzywania Wykonawcy do należytej realizacji umowy, i naliczyć karę umowną w wysokości **10 % wynagrodzenia umownego brutto niezrealizowanej części umowy**, w przypadkach, gdy:

- a) jednorazowe opóźnienie Wykonawcy względem terminu wykonania dostawy przekroczy 7 dni kalendarzowych,

Telefony:

Centrala:	032 42-91-000	Główny Księgowy:	032 42-91-299	Dział Zamówień Publicznych:	032 42-91-287
Sekretariat:	032 42-91-251	Dział Organizacyjny:	032 42-92-613	Dział Zaopatrzenia:	032 42-91-214
Fax:	032 42-28-272				



b) Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie wymieni wadliwego towaru w terminie 3 dni od uznania reklamacji.<<

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 dotyczy będzie tylko niewielkiej części umowy. Nie można tej sytuacji traktować na równi z sytuacją, w której opóźnienie bądź niewykonanie będzie dotyczyło 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 zmiarkowanie kar umownych dotyczą właśnie sytuacji, gdy kara jest nieadekwatna do stopnia niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Pozostawienie więc treści wzoru umowy w brzmieniu dotychczasowym, może doprowadzić do tego, że Wykonawca, niesłusznie ukarany karą umowną od całości wynagrodzenia, będzie skutecznie dochodzić zmiarkowania 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.”

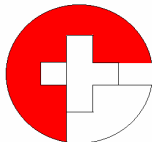
Odpowiedź 2: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 3: „Dotyczy Wadium

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na dołączenie oryginału dokumentu wadium (wniesionego w postaci gwarancji bankowej) do oferty w przezroczystej koszulce, co umożliwi jego późniejsze wyjęcie i odesłanie Wykonawcy, a załączenie na stałe do oferty potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii wadium?

Telefony:

Centrala:	032 42-91-000	Główny Księgowy:	032 42-91-299	Dział Zamówień Publicznych:	032 42-91-287
Sekretariat:	032 42-91-251	Dział Organizacyjny:	032 42-92-613	Dział Zaopatrzenia:	032 42-91-214
Fax:	032 42-28-272				



Powyższe rozwiązanie zapewni dostarczenie wadium na czas (z ofertą) oraz ograniczy koszty i czas przygotowania dodatkowej wysyłki.”

Odpowiedź 3: Zgodnie z zapisem rozdziału VI specyfikacji istotnych warunków zamówienie „Wymagania dotyczące wadium” „(..) W przypadku wniesienia wadium w innej ww. formie, oryginał dokumentu wadialnego należy złożyć przed upływem ww.terminu w kasie zamawiającego (miejsce i godziny pracy – jak podano w punkcie I.1). W tym przypadku do oferty należy dołączyć kserokopię dokumentu wadialnego potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez osoby upoważnione do reprezentowania wykonawcy. (...) Nie narusza funkcji wadium złożenie takich dokumentów, jak wadialne gwarancje bankowe lub ubezpieczeniowe – wraz z ofertą, ale zamawiający zwraca uwagę, że wszystkie dokumentów tego typu do oferty uniemożliwia ich zdeponowanie w kasie zamawiającego oraz zwrócenie, co jest częstym wymogiem zawartym w treści tych dokumentów.” W związku z powyższym Zamawiający wyraża zgodę na dołączenie do oferty oryginału dokumentu wadium (wniesionego w postaci gwarancji bankowej) w przezroczyściej koszulce.

Pytanie 4: „Zamawiający zastrzega sobie możliwość zmian ilościowych przedmiotu umowy, ale nie określił ich warunków, m.in. nie wskazał w jakich okolicznościach zmiana mogłaby mieć miejsce, nie wskazał w żaden sposób granic zmian ilościowych odnośnie poszczególnych pozycji itp. Zgodnie z art. 144 ust.2, w związku z art. 144 ust. 1-1b, 1d, 1e Ustawy PZP, brak określenia warunków zmiany umowy będzie przesądzać o nieważności zapisów z §1 ust.3 umowy. Czy w związku z tym, Zamawiający odstąpi od tych zapisów w umowie?”

Odpowiedź 4: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy z uwagi na szczególny charakter zamówienia dostaw.

Pytanie 5: „Czy w przypadku wstrzymania produkcji lub wycofania z obrotu przedmiotu umowy i braku możliwości dostarczenia zamiennika leku 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 zapisów §1 ust.4 pkt 4.1. i pkt 4.2. projektu umowy)?”

Odpowiedź 5: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 6: „Do treści §2 ust.4 wzoru umowy prosimy o dodanie słów zgodnych z przesłanką wynikającą 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.<<”

Odpowiedź 6: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 7: „Do treści §2 ust.4 wzoru umowy. Czy Zamawiający zrezygnuje z naliczenia dodatkowej kary przy zamówieniu zastępczym?”

Odpowiedź 7: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Telefony:

Centrala:	032 42-91-000	Główny Księgowy:	032 42-91-299	Dział Zamówień Publicznych:	032 42-91-287
Sekretariat:	032 42-91-251	Dział Organizacyjny:	032 42-92-613	Dział Zaopatrzenia:	032 42-91-214
Fax:	032 42-28-272				



Pytanie 8: „Do treści §2 ust.4 wzoru umowy. Czy Zamawiający pisząc o dodatkowych kosztach ma na myśli różnicę w cenie wynikającą z zakupu przedmiotu umowy u innego dostawcy?”

Odpowiedź 8: Tak, zamawiający ma na myśli różnicę w cenie wynikającą z zakupu przedmiotu umowy u innego dostawcy, jak również pozostałych kosztów dotyczących np. dostawy.

Pytanie 9: „Do §5 ust.1 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub zareklamowanej partii towaru poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości nie dostarczonej w terminie części przedmiotu zamówienia oraz zamówienia podlegającego reklamacji za każdy dzień opóźnienia?”

Odpowiedź 9: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pytanie 10: „Prosimy o wykreślenie z projektu umowy zapisów §10 ust.4 jako niezgodnych z normami współżycia społecznego i będących nadużyciem prawa ze strony Zamawiającego, a co za tym idzie nie zasługujących na ochronę prawną. Wyjaśniamy, że rolą kar w zamówieniach publicznych jest ochrona interesów Zamawiającego w zakresie prawidłowych i terminowych dostaw przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może zastrzegać kar umownych za realizację uprawnień podmiotowych wykonawcy jak również nie związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Za takim rozumieniem przepisów przemawiają ostatnie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygnaturach: KIO 2397/13 i KIO 487/14.”

Odpowiedź 10: Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych zmian do wzoru umowy.

Pozostałe warunki zamówienia nie ulegają zmianie, aktualny pozostaje również termin składania ofert ustalony do dnia 04.01.2018 r. do godziny 10.00 oraz termin otwarcia ofert: w tym samym dniu o godzinie 10.30.

Egz.:
1. adresat.
2. aa.

Telefony:

Centrala:	032 42-91-000	Główny Księgowy:	032 42-91-299	Dział Zamówień Publicznych:	032 42-91-287
Sekretariat:	032 42-91-251	Dział Organizacyjny:	032 42-92-613	Dział Zaopatrzenia:	032 42-91-214
Fax:	032 42-28-272				