

Warszawa, dnia 10-11-2022 r.

DO UCZESTNIKÓW POSTĘPOWANIA

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1) w zw. z art. 132-139 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawa Pzp”, na dostawę produktów leczniczych, nr PN-231/22/TM

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA nr 1

Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy Pzp informuje, że w w/w postępowaniu wpłynęły zapytania do treści SWZ.

W związku z powyższym na podstawie art. 135 ust. 6 oraz art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wyjaśnia treść SWZ.

Pytanie nr 1, dot. wzoru umowy:

“ Zamawiający w treści projektu umowy oraz w SWZ określił poniższe:

roz. IV pkt 5 SWZ

W przypadku produktów leczniczych stosowanych w programie lekowym i chemioterapii, Zamawiający wymaga złożenia oferty na produkt leczniczy zawarty w części B lub C załącznika do aktualnego na dzień wyznaczony na składanie ofert Obwieszczenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu refundowanych leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych; cena hurtowa brutto leków z tzw. programów lekowych i leków stosowanych w chemioterapii nie może być wyższa niż cena hurtowa brutto oraz nie może być wyższa niż limit finansowania, określone w części B lub C załącznika do ww. Obwieszczenia Ministra Zdrowia oraz przez cały okres trwania umowy;

par 13 ust 2 oraz 3 projektu umowy

2. Zamawiający wymaga, aby cena hurtowa brutto leków z tzw. programów lekowych i leków stosowanych w chemioterapii nie była wyższa niż cena hurtowa brutto oraz nie była wyższa niż limit finansowania, określone w części B lub C załącznika do aktualnego Obwieszczenia refundacyjnego.

3. W przypadku wydania decyzji administracyjnej o objęciu danego leku refundacją lub obniżenia ceny hurtowej brutto leku lub limitu finansowania, określonych w aktualnym Obwieszczeniu refundacyjnym, po złożeniu ofert lub w trakcie trwania Umowy, cena hurtowa brutto dla Zamawiającego musi zostać obniżona w tym samym stopniu i nie może przekraczać nowych wartości limitu finansowania ani ceny hurtowej brutto, określonych w aktualnym Obwieszczeniu refundacyjnym. Podwyższenie ceny hurtowej brutto leku lub limitu finansowania, określonych w aktualnym Obwieszczeniu refundacyjnym, nie stanowi podstawy do zmiany ceny hurtowej brutto, po jakiej Zamawiający nabywa lek.

par 16 ust 2 pkt 3) projektu umowy

Zamawiający może odstąpić od Umowy w przypadku:

3) nieobniżenia ceny towaru w przypadkach określonych w § 2 pkt 4 lub § 13 ust. 3 i 4 Umowy (w części dotyczącej danego leku);

Czy Zamawiający potwierdza, iż zmiana ceny do wysokości limitu finansowania będzie wymagała aneksu do umowy, a brak obopólnej zgody na podpisanie aneksu może stanowić podstawę do

rozwiązania umowy, co nie będzie jednoznaczne z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez Wykonawcę i nie będzie skutkowało konsekwencjami określonymi w § 14 ust 1 pkt 4 umowy?

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.

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 eliminacje 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 abuzywne, godzące 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.”

Odpowiedź: Zmiana ceny w przypadku określonym w § 13 ust. 3 i 4 została uregulowana w § 15 ust. 4. Odstąpienie od umowy na podstawie § 16 ust. 2 pkt. 3 nie będzie skutkowało naliczeniem kary umownej, gdyż nie mieści się w kategorii nienależytego wykonywania umowy, o której mowa w § 14 ust. 1 pkt. 4 w zw. z § 16 ust. 2.

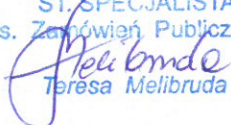
Pytanie nr 2, dot. Części nr 13:

“Czy Zamawiający w Części nr 13 wymaga, aby preparat Doxorubicin posiadał stabilności fizykochemiczne po pierwszym nakłuciu fiolki minimum 48 godzin, a powyższe dane były udokumentowane w ChPL?”

Odpowiedź: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ.

ZASTĘPCA KIEROWNIKA
DZIAŁU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wioletta Dmowska

ST. SPECJALISTA
ds. Zamówień Publicznych

Teresa Melibruda

