

WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Dotyczy : postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę LEKÓW - 7. Nr sprawy : ZP-17-030UN

W związku z pytaniem Wykonawcy, które cytuję poniżej a dot. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, działając zgodnie z art.38 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.), udzielam następującej odpowiedzi :

1. Dotyczy Pakietu nr 1 i Pakietu nr 2

Czy w celu zapewnienia zgodności z obowiązującymi ustaleniami wynikającymi z zapisów właściwego dla danego produktu instrumentu dzielenia ryzyka (IDR), o którym mowa w art. 11 ust. 2 pkt 7) oraz ust. 5 pkt 2) i pkt 5) ustawy z dnia 12 maja 2011 roku o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych, stanowiącego załącznik do decyzji o refundacji, Zamawiający dopuszcza obniżenie ceny w trakcie realizacji umowy poprzez faktury korygujące wystawiane przez Wykonawcę lub sprzedaż po niższej cenie ? Wykonawca zamówienia publicznego zapewnia, że zaoferowane produkty pochodzą z kanału dystrybucyjnego podmiotu, na który decyzja refundacyjna została wydana. **Odp.: Zamawiający wyraża zgodę.**

2. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę § 5 ust. 2 wzoru umowy o treści następującej:

„W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 10% wartości brutto przedmiotu umowy określonego w § 3 pkt. 1. „

na następującą:

„W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 10% wartości brutto **niezrealizowanej części** umowy; „

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 za opóźnienie lub niewykonanie liczonej od całości wynagrodzenia umownego, podczas gdy opóźnienie lub niewykonanie 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, a tak właśnie został skonstruowany § 5 ust. 2 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 § 5 ust. 2 wzoru umowy w brzmieniu dotychczasowym, może doprowadzić do tego, że Wykonawca, niesłusznie ukarany karą umowną od całości wynagrodzenia, będzie skutecznie dochodził 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.

Podsumowując, pozostawienie zapisu § 5 ust. 2 wzoru może w przyszłości narażać umowy może narażać Zamawiającego na niepotrzebne koszty obsługi w przypadku sporów w wykonawcami. procesu oraz obsługi administracyjnej sporu. Dbłość o finanse publiczne wymaga, aby nie generować sporów sądowych i związanych z nimi kosztów. **Odp. : Zamawiający zmienia treść §5 pkt.2 projektu umowy nadając mu następujące brzmienie:**

Pkt.2 W przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca jest zobowiązany do zapłacenia kary umownej w wysokości 10% wartości brutto części/pakietu, którego dotyczy odstąpienie.

3. Do §5 ust.1 projektu umowy. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę zapisu dotyczącego kar umownych za niedostarczenie w terminie zamówionej partii towaru lub towaru podlegającego reklamacji poprzez wprowadzenie zapisu o karze w wysokości 1% wartości NIEDOSTARCZONEGO w terminie zamówienia za każdy rozpoczęty dzień zwłoki? Zwracamy przy tym uwagę na niewspółmierność kar przewidzianych w umowie. Zamawiającemu za opóźnienie świadczenia pieniężnego może zostać naliczona kara w wysokości nie większej niż 9,5% w skali roku, liczona od kwoty, której dotyczy opóźnienie. Natomiast dla wykonawcy zamówienia jest przewidziana kara w wysokości 1825% w skali roku (5% x 365 dni) za opóźnienie świadczenia. **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.**
4. Do treści §5 ust.4 projektu umowy prosimy o dodanie słów, zgodnych z przesłanką wynikającą 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." **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.**
5. Prosimy o dopisanie do §5 ust.5 projektu umowy: "...zgodnie z art.4 pkt 3 Ustawy o terminach zapłaty w transakcjach handlowych". **Odp.: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.**
6. **Pyt. nr 1 (dotyczy Pakietu nr 7, pozycja 4 i 5)**

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na wydzielenie z Pakietu nr 7, pozycji nr 4 i 5 (*Lenalidomide 20 mg oraz Lenalidomide 2,5 mg*) i utworzenie z nich dwóch osobnych pakietów?

Uzasadnienie: Wykonawca, jako wieloletni dystrybutor preparatu Revlimid (jedyne dostępne na polskim rynku Lenalidomid) uzyskał informację, iż na dzień dzisiejszy Producent preparatu nie jest w stanie zagwarantować dostępności dawek 2,5 mg i 20 mg. Nie wiadomo, czy do terminu otwarcia ofert sytuacja ta ulegnie zmianie. W związku z powyższym wydzielenie pozycji nr 4 i 5 z Pakietu nr 7 pozwoli Zamawiającemu na uzyskanie oferty dla pozostałej części zamówienia tj. na pozycje nr 1, 2, 3. Jednocześnie informujemy, że zgodnie z naszą wiedzą, istnieją znacznie większe szanse na to, że Wykonawca będzie mógł przedstawić ofertę na Lenalidomid w dawce 2,5 mg, a znacznie mniejsze na dostępność Lenalidomid w dawce 20 mg, dlatego też proponujemy utworzenie z Pozycji 4 i 5 dwóch osobnych pakietów.

Odp.: Zamawiający omyłkowo w pakiecie nr 7 poz.4 wpisał dawkę 25mg, którą wykreśla. W pozycji tej powinna być dawka 20mg. Zamawiający uzyskał informację od producenta leku, iż obecnie dostępne są wszystkie dawki leku lenalidomid objęte programem lekowym (tj. dawki: 2,5mg, 5mg, 10mg, 15mg i 25mg). Zamawiający nie wyraża zgody na wydzielenie poz. 4 i 5.

*Z upoważnienia Dyrektora SPSKM
Z-ca Dyr. Ds. Ekonomicznych - Główny Księgowy
mgr Ewa Motek*