Sygn. akt: KIO 1546/15

WYROK
z dnia 3 sierpnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2015 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2015 r. przez wykonawcę **Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **– Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, pok. 115; 02-326 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy – **„BIOMED-LUBLIN" Wytwórnia Surowic i Szczepionek S.A., ul. Uniwersytecka 10; 20-029 Lublin,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia – poz. 1-3 zamówienia, w zakresie sposobu oceny ofert w kryterium cena (pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdziału VI s.i.w.z.) poprzez odniesienie ceny do takiej samej jednostki miary przedmiotu zamówienia, dokonanie modyfikacji ogólnych warunków umowy w § 7 ust. 1 poprzez zastąpienie sformułowania „opóźnienie", sformułowaniem „zwłoki", dokonanie modyfikacji ogólnych warunków umowy w § 7 ust. 2 poprzez wykreślenie sformułowania „Sprzedającego od wykonania postanowień niniejszej umowy bez zgody Kupującego, bądź odstąpienia".**

---

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **– Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, pok. 115; 02-326 Warszawa** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria,** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego **– Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, pok. 115; 02-326 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria,** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1546/15

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, pok. 115; 02-326 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia

publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa immunoglobuliny anty-D w dawce 50 µg lub 125 µg, postępowanie znak ZZP-131/15 poz. 1-3”.*

Dnia 11 lipca 2015 roku, w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu o numerze 2015/S 132-242523 oraz została opublikowana, na stronie zamawiającego, specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Dnia 20 lipca 2015 roku wykonawca Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen, Szwajcaria (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 5 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez określenie kryteriów oceny ofert w sposób, który nie może doprowadzić do wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, a także poprzez niezastosowanie obowiązkowego kryterium oceny ofert, jakim jest cena, mimo nazwania w ten sposób ustalonego w przetargu kryterium o wadze 90,
2) art. 491 §1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie w § 7 ust. 2 ogólnych warunków umowy kary umownej za wykonanie ustawowego prawa odstąpienia przez wykonawcę,
3) art. 58, 353 1 i 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, poprzez:
   a) nieokreślenie w ogólnych warunkach umowy limitu wysokości kar umownych (§ 7 ust. 1) oraz zastrzeżenie kary umownej za wykonanie ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej (§ 7 ust. 2), co tworzy nadmierne potencjalne obciążenia finansowe i ryzyka po stronie wykonawcy,
   b) zastrzeżenie kar umownych wymienionych w § 7 ust. 1 za opóźnienie dostawy, co powoduje obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością nie tylko za okoliczności zawinione, ale także za takie, za których wystąpienie nie ponosi on winy ani nie ma żadnego wpływu i co jest niezgodne z zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) zmianę sposobu oceny ofert w kryterium cena (pkt IV.2.1 ogłoszenia o zamówieniu oraz rozdział VI s.i.w.z.), poprzez odniesienie ceny do takiej samej jednostki miary przedmiotu zamówienia dla każdego wykonawcy, którą wobec różnych dawek (zawartości mikrogramów w 1 ampułce) powinien być jeden mikrogram immunoglobuliny anty-D,
2) wprowadzenie zmian do ogólnych warunków umowy, poprzez:
   a) zmianę § 7 ust. 1 w następujący sposób: *„Strony uzgadniają, że w przypadku zwłoki w dostawie immunoglobuliny do Kupującego ponad terminy określone w § 4 ust. 1, Sprzedający zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 0,02 % od wartości niewykonanej części dostawy za każdy dzień zwłoki”,*
   b) zmianę § 7 ust. 2 w następujący sposób: *„W przypadku odstąpienia Kupującego od umowy z przyczyn leżących po stronie Sprzedającego, Sprzedający zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 10% łącznej ceny umowy, o której mowa w § 2 ust. 1”,*

   względnie o:
3) unieważnienie postępowania z uwagi na określenie warunków postępowania w sposób uniemożliwiający wybór oferty najkorzystniejszej, a co za tym idzie uniemożliwiający spełnienie celów postępowania,
4) rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz odwołującego od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego według norm przepisanych wraz z innymi uzasadnionymi kosztami uczestnika postępowania odwoławczego według spisu kosztów przedłożonego przed zamknięciem rozprawy.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ spełnia warunki udziału w postępowaniu, obecnie świadczy dostawy immunoglobuliny anty-D dla zamawiającego i chciałby wziąć udział w prawidłowo ogłoszonym przetargu, umożliwiającym wybór wykonawcy zamówienia zgodnie z ustawą Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, wartość szacunkowa kwoty określone której zamówienia przekracza w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia obejmuje dostawę immunoglobuliny anty-D, przy czym wykonawcy mogą ją zaoferować w dwóch różnych dawkach, to jest 50 lub 125 mikrogramów. Co oczywiste, zawartość immunoglobuliny anty-D w ampułce 125 µg jest dwa i pół razy większa od zawartości immunoglobuliny anty-D w ampułce 50 µg. Ampułka 125 µg zawiera dwa i pół razy więcej immunoglobuliny, a zatem nie da się ceny tej ampułki porównać do ceny ampułki 50 µg. odwołujący zauważył, iż przedmiotem postępowania jest dostawa immunoglobuliny anty-D czyli dostawa leku, a nie dostawa opakowań (ampułek), z przeznaczeniem dla pacjentek, które mają otrzymać dawkę immunoglobuliny anty-D (wyrażoną w mikrogramach) różną w zależności od wskazań terapeutycznych. Mimo to zamawiający w sposób równoważny traktuje ampułki o zawartości immunoglobuliny 50 µg i 125 µg i aby wyłonić najkorzystniejszą ofertę chce porównywać ceny takich dwóch ampułek w ujęciu 1:1. Zdaniem odwołującego, taki sposób oceny najniższej ceny jest niezgodny z ustawą Pzp z szeregu powodów. Po pierwsze dawkowanie immunoglobuliny anty-D pacjentkom odbywa się w mikrogramach, w zależności od wskazania terapeutycznego, zgodnie z parametrami określonymi w „Charakterystyce produktu leczniczego". Nie jest więc tak, że dawkowanie odbywa się „na ampułki". Oznacza to, że dla zamawiającego nie powinno być obojętne, jaką ilością (dawką) produktu leczniczego dysponuje, jak również nie powinno być obojętne jaką ilość leku potrzebuje zakupić. Obecne postępowanie dotyczy dostawy 8 000 ampułek w trzech dostawach. Zamawiający badając oferty w kryterium ceny chce porównać 400 000 µg (50 µg x 8 000 ampułek) immunoglobuliny anty-D z 1 000 000 µg (125 µg x 8 000 ampułek) tego samego leku w stosunku 1:1. Biorąc pod uwagę, iż jeden z wykonawców - BIOMED-LUBLIN Wytwórnia Surowic i Szczepionek Spółka Akcyjna - jest producentem immunoglobuliny anty-D w dawce 50 µg, a drugi - odwołujący - producentem immunoglobuliny anty D w dawce 125 µg, to zdaniem odwołującego, mamy do czynienia z naruszeniem przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Po drugie koszt wyprodukowania 1 ampułki w dawce 50 µg nie jest taki sam jak koszt wyprodukowania 1 ampułki w dawce 125 µg, biorąc pod uwagę chociażby cenę surowca jakim jest osocze immunizowane. Zamawiający określił sposób oceny ofert preferując produkt o najmniejszej zawartości immunoglobuliny anty-D, tym samym ewidentnie faworyzując jedynego na rynku wykonawcę, który wytwarza immunoglobulinę anty-D w dawce 50 µg. Po trzecie zastosowanie mechanizmu porównania ceny ampułek o różnej zawartości immunoglobuliny anty-D, prowadzi do wyboru oferty z ceną obiektywnie najwyższą biorąc pod uwagę cenę 1 µg immunoglobuliny anty-D. Zamawiający nie zmierza do zakupu większej ilości produktu leczniczego za tą samą cenę, ale do zakupu określonej ilości ampułek, w wyraźny sposób preferując produkt o mniejszej zawartości leku. Stosując wybrany mechanizm oceny ofert zamawiający uzyska, obiektywnie biorąc, za wyższą cenę ampułkę 50 µg wypełnioną dwa i pół razy mniejszą ilością produktu leczniczego niż ampułka

droższa o pojemności 125 µg. Jeżeliby przyjąć, że dwaj wykonawcy biorący udział w przetargu stosują taką samą cenę za jeden mikrogram immunoglobuliny, to oczywistym jest, że cena ampułki o zawartości 125 µg powinna być o 150% wyższa od ceny ampułki o zawartości 50 µg. Odwołujący wskazał, że zamawiający wiedząc o tej zależności, daje wykonawcy oferującemu ampułki 50 µg legitymację do windowania ceny swojego produktu i to o więcej niż 100%. Skoro logicznie rzecz biorąc cena jednego mikrograma immunoglobuliny anty-D powinna być podobna, i skoro jedyne dopuszczalne w przetargu wielkości ampułek to 50 i 125 mikrogramów, to w równaniu matematycznym 1:1 dostawca ampułek 50 µg może spokojnie podnieść cenę ampułki o 149%, a i tak będzie ona o 1% tańsza od ampułki 125 µg. Zdaniem odwołującego, oczywistym jest, że nie jest możliwe, aby

oferta wybrana przez zamawiającego w sposób przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu oraz s.i.w.z. była ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu definicji ustawy Pzp. W kryterium ceny zamawiający przyzna bowiem największą punktację mniejszej ampułce 50 µg, a jedynym wykonawcą mogącym ją zaoferować jest BIOMED- LUBLIN. Odwołujący, gdyby chciał sprzedać swoją ampułkę 125 µg za cenę ampułki 50 µg, musiałby zaoferować rażąco niską cenę, co w konsekwencji w świetle regulacji art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, prowadziłoby do odrzucenia jego oferty.

Odwołujący podniósł, że w Polsce zarejestrowane są immunoglobuliny w 5 dawkach: 50, 125, 150, 250, 300 µg, co oznacza, że Minister Zdrowia poprzez podpisanie pozwoleń na dopuszczenie do obrotu dla wszystkich w/w dawek uznał za zasadne stosowanie wszystkich powyższych dawek immunoglobuliny anty-D. Odwołujący wskazał, że może zaoferować immunoglobulinę anty-D wyłącznie w ampułkach po 125 µg, wobec czego zastosowany mechanizm oceny ofert w praktyce wyklucza odwołującego z konkurowania w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem odwołującego, z góry wiadomo, że na istniejących warunkach przetarg może wygrać tylko jeden konkretny wykonawca. Zamawiający nie może również porównać złożonych ofert bez naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący podniósł, że zamawiający w przeszłości określał już kryterium oceny ofert w sposób skarżony w niniejszym postępowaniu. Każdorazowo po opublikowaniu stosownego ogłoszenia odwołujący składał protest lub odwołanie (sytuacje takie miały miejsce także jeszcze przed rezygnacją z instytucji protestu), a zaprezentowana wówczas przez odwołującego argumentacja była uznawana przez zamawiającego, który dokonywał następnie zmiany sposobu oceny ofert.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, iż nie można postanowieniem umownym wyłączyć ustawowego prawa strony do odstąpienia od umowy wzajemnej. Tymczasem treść § 7 ust. 2 ogólnych warunków umowy sugeruje, że zamawiający taki właśnie skutek zamierza osiągnąć. Wprowadza on sankcję kary umownej za odstąpienie przez wykonawcę od umowy

o zamówienie publiczne w przypadkach, gdy przepisy Kodeksu cywilnego dawałyby wykonawcy taką możliwość, a wykonawca nie uzyskałby zgody zamawiającego na skorzystanie ze swojego ustawowego prawa. Kodeks cywilny nie przewiduje konieczności uzyskania zgody drugiej strony na odstąpienie od umowy, bo zważywszy na podstawy odstąpienia wprowadzenie wymogu zgody strony naruszającej umowę niweczyłoby całkiem możliwość skorzystania z tej instytucji kodeksowej.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 58, 353 $_1$ i 5 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 i 139 ustawy Pzp, odwołujący wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 1 ogólnych warunków umowy w przypadku opóźnienia dostawy ponad terminy określone w § 4 ust. 1, wykonawca ma zapłacić zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2% od wartości niewykonanej części dostawy za każdy dzień opóźnienia. Ogóle warunki umowy nie przewidują żadnego limitu kar. Ponadto uprawnienie do dochodzenia kar umownych w wypadku zaistnienia opóźnienia (a nie zwłoki) powoduje niesłuszne obciążanie wykonawcy skutkami okoliczności, za które nie będzie on ponosił winy i nie będzie miał żadnego wpływu na ich zaistnienie. Obciążenie wykonawcy ryzykiem za wszelkie zdarzenia prowadzące do nieterminowego spełnienia świadczenia w sposób oczywisty prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością, co pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353 $_1$ k.c. Ponieważ zamawiający jest silniejszą stroną stosunku prawego w zamówieniach publicznych, to tym większą wagę przykłada się do poszanowania przez niego zasad współżycia społecznego. Gdyby tego nie czynić, jako gospodarz postępowania mógłby on z łatwością nadużywać swoich praw podmiotowych, czyli kształtować treść umowy o zamówienie publiczne w sposób niedopuszczalny, to jest wykraczający poza ramy zasady swobody umów sposób. Istota naruszenia przepisów prawa w sensie, o jakim mowa w art. 353 $_1$ Kodeksu cywilnego przez ukształtowanie treści postanowień s.i.w.z., polega na tym, iż treść kwestionowanych, jako sprzecznych z zasadami współżycia społecznego postanowień s.i.w.z. jest formalnie zgodna z normą prawa, lecz w okolicznościach niniejszego postępowania jest niemożliwa do zaakceptowania z punktu widzenia uznanych w społeczeństwie i obrocie gospodarczym wartości jak uczciwość i rzetelność kupiecka i powoduje ułożenie stosunku prawnego pomiędzy wykonawcą a zamawiającym w sposób urągający zasadom słuszności. W konsekwencji, jeśli zamawiający zaniecha zmiany kwestionowanych postanowień, które obecnie przewidują

nadmierny zakres ryzyka po stronie przyszłego wykonawcy, to doprowadzi on to tego, że umowa zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania będzie bezwzględnie nieważna, w związku z przepisem art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego i nie uda się tej sytuacji sanować za pomocą argumentacji powołującej się na procedurę zawarcia umowy.

Zamawiający, w dniu 3 sierpnia 2015 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, iż kryteria oceny ofert zostały ustalone zgodnie z obiektywnymi potrzebami zamawiającego. W tym zakresie zamawiający powołał się na informację z: Ministerstwa Zdrowia i Narodowego Centrum Krwi wskazujące na zasadność ustalenia kryteriów w sposób, który został ustalony w niniejszym postępowaniu (pismo z dnia 28.07.2015r. - Departament Polityki Lekowej i Farmacji Ministerstwa Zdrowia - do Zakładu Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia), Opinię Rady Przejrzystości nr 113/2015 z dnia 25 maja 2015 r., Zasady stosowania 226357617 - Rhd w profilaktyce konfliktu matczyno - płodowego w zakresie antygenu D w układzie Rh obowiązujące od dnia 1 kwietnia 2013 r., pismo z dnia 22.06.2015 r. - Departament Polityki Lekowej i Farmacji Ministerstwa Zdrowia - do Narodowego Centrum Krwi.

Odnośnie zarzutów dotyczących umowy w sprawie zamówienia publicznego zamawiający podniósł, co następuje.

W zakresie podniesionego zarzutu naruszenia art. 491 § 1 k.c. zamawiający podkreślił, że zamawiający w żaden sposób nie wyłączył ani nie ograniczył potencjalnemu wykonawcy ustawowego prawa odstąpienia. Z treści § 7 ust. 2 ogólnych warunków umowy wynika zastrzeżenie, że w przypadku odstąpienia od umowy przez wykonawcę bez zgody zamawiającego, ten drugi będzie uprawniony do naliczenia kary umownej w wysokości 10% łącznej ceny umowy. Zgodnie z powyższym postanowieniem, wbrew twierdzeniom odwołującego, wykonawca zawsze uprawniony jest skorzystania z ustawowego prawa odstąpienia w przypadku wystąpienia przesłanek określonych w art. 491 §1 k.c., natomiast kwestia uzyskania zgody zamawiającego ma znaczenie jedynie dla naliczenia wykonawcy kary umownej. W tym miejscu należy wskazać, że sens zastrzegania kar umownych sprowadza się do ułatwienia wierzycielowi dochodzenia naprawienia ewentualnej szkody wynikającej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez dłużnika - *„Strony, zastrzegając karę umowną, w ten sposób uniezależniają się od konieczności toczenia przed sądem sporu o wysokość i zapłatę odszkodowania. Eliminują tym samym niepewność, jaka zawsze towarzyszy procesowi przed sądem, z uwagi na zbędne wykazywanie szkody czy jej wysokości. Zastrzeżenie kary umownej ułatwia i upraszcza dochodzenie odszkodowania. Ze strony dłużnika od momentu powstania tak ukształtowanego zobowiązania jest on* świadomy, *jakie koszty będą towarzyszyły jego zachowaniu niezgodnemu z treścią zobowiązania i nieczyniącym zadość oczekiwaniom wierzycieli.* (A. Kidyba (red.) Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania - część ogólna). Ułatwienie to polega więc na tym, że wierzyciel dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi jedynie wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, natomiast zwolniony jest

z obowiązku wykazywania szkody. Tym samym nawet w przypadku złożenia przez wykonawcę oświadczenia o odstąpieniu od umowy za zgodą zamawiającego i tak będzie on zobowiązany do naprawienia wynikłej z tej czynności szkody. W świetle powyższego zamawiający podkreślił, że zarzut stawiany przez odwołującego jest chybiony, gdyż rzeczywistym celem wprowadzenia przez zamawiającego wymogu uzyskania zgody na odstąpienie nie było wyłączenie czy ograniczenie ustawowo gwarantowanego prawa, lecz ułatwienie dochodzenia naprawienia szkody w przypadku niewywiązania się przez wykonawcę z realizacji umowy.

W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 58, 353^1 i 5 k.c. odwołujący wskazał, że naruszenia te miały sprowadzać się do zobowiązania wykonawcy w postanowieniach § 7 ust. 1 ogólnych warunków umowy do zapłaty zamawiającemu kary umownej w wysokości 0,2% od wartości niewykonanej części dostawy za każdy dzień opóźnienia oraz nie przewidzenia w ogólnych warunkach umów limitu kar umownych, co

miałoby doprowadzić do niesłusznego obciążania potencjalnego wykonawcy skutkami okoliczności, za które nie będzie on ponosił winy i nie będzie miał żadnego wpływu na ich zaistnienie. Odnosząc się do powyższego zarzutu zamawiający wskazał, że po pierwsze, jak wskazała KIO w orzeczeniu z dnia 5 marca 2014 r.; KIO 283/14, jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy; po drugie, jak zostało również wskazane przez Izbę w przytoczonym orzeczeniu, w przypadku przerzucenia części ryzyka na wykonawcę nie może być mowy o uchybieniu zasadzie swobody umów, bowiem wykonawca może z uwagi na treść s.i.w.z. i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność, a po trzecie - powszechnie przyjęta jest dopuszczalność rozszerzenia w umowie zakresu odpowiedzialności dłużnika z tytułu kary umownej, w tym także za opóźnienie w wykonaniu umowy, jak w przypadku przedmiotowego postępowania. Tak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 6 października 2010 r., II CSK 180/10 - *„Oczywiście, stosownie do art. 473 § 1 KC strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegłyby kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej byłyby przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania. Jednakże odpowiedzialność dłużnika w zakresie kary umownej bez względu na przyczynę niewykonania zobowiązania powinna być w umowie wyraźnie określona, nie ma bowiem podstaw do dorozumienia rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika”.* Biorąc

powyższe argumenty pod uwagę, zabezpieczenie interesu publicznego przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu jest zasadne i konieczne.

Dnia 23 lipca 2015 roku do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca „BIOMED-LUBLIN” Wytwórnia Surowic i Szczepionek S.A., ul. Uniwersytecka 10; 20-029 Lublin.

Na rozprawie przystępujący w całości poparł stanowisko zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Podzielając stanowisko prezentowane przez odwołującego, Izba zwraca uwagę, że przedmiotem rozstrzygnięcia zarzutu nr 1 jest tylko i wyłącznie sposób, w jaki zamawiający określił kryterium oceny ofert – cena w kontekście naruszenia przepisów art. 91 ust. 2 w zw. z art. 2 pkt 5 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przedmiotem rozstrzygnięcia nie jest, bo nie może sposób dawkowania, czy też podawania leku.

Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, że ocena ofert będzie się odbywała na podstawie dwóch kryteriów:

- oferowana cena za ampułkę – waga – 90 pkt,
- termin ważności – waga – 10 pkt.

Jednocześnie, zamawiający określił przedmiot zamówienia na dostawę (w 3 częściach) immunoglobuliny anty-D w dawce 50 µg lub 125 µg.

Powyższe oznacza, że przedmiotem oceny, w ramach porównania ofert miały by być oferty, które zawierają przedmiot zamówienia w jednej immunoglobulinę anty-D w dawce 50 µg, konfekcjonowaną w ampułki po 50 µg, w drugiej zaś immunoglobulinę anty-D w dawce 125 µg, konfekcjonowaną w ampułki po 125 µg.

Izba wskazuje, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego jest wybór oferty najkorzystniejszej

spośród ofert, które zostały złożone w danym postępowaniu. Przetarg nieograniczony jest jednym z dwóch podstawowych trybów udzielenia zamówienia publicznego (art. 10 ust. 1

ustawy Pzp). Ustawodawca ustalając, że przetarg nieograniczony jest jednym z trybów podstawowych miał na względzie zachowanie maksymalnie jak największej konkurencyjności wykonawców ubiegających się o udzielenie danego zamówienia, jak też powszechność i transparentność informacji publikowanych w ramach tego trybu zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazała Izba w wyroku z dnia 3 marca 2014 r., sygn. akt KIO 274/14, cyt. „Bez *względu na okoliczność czy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego czy nieograniczonego (tryby podstawowe zgodnie z przepisem art. 10 ust. 1 p.z.p.), zamawiającego i wykonawców w równym stopniu wiążą przepisy p.z.p. Tryby te zapewniają bowiem konkurencyjność postępowania, dając wykonawcom szanse na uzyskanie zamówienia publicznego. Dlatego też zamawiający podejmując stosowne decyzje musi zważyć czy czynności dokonywane w postępowaniu przez wykonawców nie naruszają, w szczególności, zasady wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców”,* czy też w uchwale z dnia 23 maja 2013 roku, sygn. KIO/KD 48/13, cyt. *„Fakt istnienia większej liczby potencjalnych oferentów, powinien skutkować wyłonieniem wykonawcy w oparciu o procedury p.z.p., na zasadzie konkurencyjności, które są najlepszym sposobem oceny rynku. Wystarczy, że na rynku działa, co najmniej dwóch, lub większa liczba podmiotów mogących wykonać zamówienie, aby możliwość zastosowania przedmiotowego trybu z wolnej ręki z przyczyn technicznych była wyłączona. (…). Stosowanie konkurencyjnych procedur udzielania zamówień publicznych, określonych w przepisach p.z.p., nie przeczy zasadom celowego, oszczędnego i efektywnego dokonywania zakupów finansowanych ze* środków *publicznych. Przeciwnie, jeżeli zamówienie może zostać wykonane przez więcej niż dwóch wykonawców, a więc w sytuacji braku obiektywnego monopolu na realizację zamówienia tylko przez jednego wykonawcę, konkurencyjne tryby udzielania zamówienia korespondują z zasadami dokonywania wydatków publicznych w sposób określony w art. 44 ust. 3 u.f.p.”.*

Zgodnie z przepisem art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, najkorzystniejszą ofertą jest oferta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, albo oferta z najniższą ceną.

W przedmiotowym postępowaniu jest to bilans ceny i terminu ważności immunoglobuliny. Zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Możliwe do zastosowania, aczkolwiek nie wyłącznie, kryteria są opisane w art. 91 ust 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji).

Zdaniem Izby, aby móc mówić o prawidłowym ukształtowaniu kryterium oceny ofert – cena, należy mieć na uwadze okoliczność umożliwiającą porównanie ofert. Zamawiający bowiem, dokonując oceny złożonych ofert musi kierować się kryteriami obiektywnymi i porównywalnymi. Nie można przypisać porównywalności ofert składanych na dwie różne pojemności leków zawierające różne ilości substancji czynnej, z uwagi na określony koszt jej produkcji. W ocenie Izby obiektywnym kryterium, hołdującym zasadzie równego traktowania i uczciwej konkurencji może być tylko takie określenie przedmiotu oceny, które da się porównać. W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby, takim kryterium może być podanie ceny za 1 µg substancji czynnej. Dopiero wówczas zasada uczciwej konkurencji zostaje usankcjonowana, gdyż każdy wykonawca oferujący swój produkt (w granicach określonych przez zamawiającego, tj. pojemności 50 lub 125 µg), ma możliwość zdrowego, konkurencyjnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Powyższe potwierdzają dowody zgłoszone przez odwołującego, z których wynika, że zamawiający w latach poprzednich sankcjonował takie rozwiązanie, czy to poprzez określenie kryterium ceny: jako 1 µg substancji czynnej, czy to w postaci dodatkowej premii punktowej za większe opakowanie, rekompensującej sposób konfekcjonowania, którego wynikiem jest wyższa cena.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, sposób oceny, przyjęty w kryteriach oceny ofert – cena, przez zamawiającego *de facto* skutkuje ograniczeniem konkurencji do jednego podmiotu, co z kolei wyklucza sens przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

W zakresie zarzutów dotyczących zapisów umownych, to Izba w całości podziela argumentację odwołującego zaprezentowaną w odwołaniu, jak i na rozprawie. Dodatkowo Izba wskazuje, że przepis art. 491 § 1 Kodeksu cywilnego stanowi, że *„Jeżeli jedna ze stron dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, druga strona może wyznaczyć jej odpowiedni dodatkowy termin do wykonania z zagrożeniem, iż w razie bezskutecznego upływu wyznaczonego terminu będzie uprawniona do odstąpienia od umowy. Może również bądź bez wyznaczenia terminu dodatkowego, bądź też po jego bezskutecznym upływie* żądać *wykonania zobowiązania i naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki.”.*

Zamawiający w treści „Ogólnych warunków umowy” w § 7 ust. 2 zawarł postanowienie w treści, cyt. *„W przypadku odstąpienia Sprzedającego od wykonania postanowień niniejszej umowy bez zgody Kupującego, bądź odstąpienia Kupującego od umowy z przyczyn leżących po stronie Sprzedającego, Sprzedający zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 10% łącznej ceny umowy, o której mowa w § 2 ust. 1.”.*

W ocenie Izby postanowienie powyższe zostało ustanowione z naruszeniem zasad wynikających z przepisów kodeksu cywilnego, gdyż nie można postanowieniem umownym wyłączyć ustawowego prawa strony do odstąpienia od umowy wzajemnej. Wskazać bowiem

---

należy, że zamawiający kreując postanowienie w brzmieniu jak we wzorze umowy, próbuje usankcjonować możliwość odstąpienia przez wykonawcę od realizacji umowy od własnej, suwerennej decyzji. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Komentowany przepis (art. 491 k.c.) określa następstwa zwłoki dłużnika zobowiązanego z umowy wzajemnej, nie uchybiając ogólnej regulacji skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zawartej w przepisach art. 471 i n. k.c., a szczególnie w art. 477 § 1 k.c. W konsekwencji, jeżeli w zwłokę popadnie dłużnik z umowy wzajemnej, wierzyciel może wybrać między dwoma alternatywnymi rozwiązaniami. Wierzyciel może domagać się wykonania zobowiązania. Przysługują mu wówczas uprawnienia do żądania naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (por. art. 491 § 1 zdanie drugie oraz art. 477 § 1 k.c.), a w razie niewykonania zobowiązania przez dłużnika może żądać naprawienia szkody wynikłej z tego faktu (art. 471 k.c.). Wierzycielowi przysługują też uprawnienia do wykonania zastępczego (art. 479 i 480 k.c.). Alternatywna możliwość polega na postępowaniu zmierzającym do wygaszenia zobowiązania, drogą odstąpienia od umowy. W razie zwłoki dłużnika przepisy art. 491 § 1 oraz art. 492 k.c. przyznają wierzycielowi uprawnienie do odstąpienia od umowy wzajemnej, określając przesłanki dla skorzystania z tej możliwości. Dominuje pogląd, że strony drogą umowy nie mogą modyfikować określonych w art. 491 i n. k.c. przesłanek, trybu wykonywania i skutków ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej (odmiennie M. Kuźniak, *Umowne prawo odstąpienia z powodu istotnego naruszenia umowy,* KPP 2004, z. 2, s. 511 i n.), natomiast na podstawie art. 395 k.c. i w granicach swobody umów mogą określić w umowie prawo odstąpienia od niej (por. komentarz do art. 395). Wydaje się, że co najmniej w zakresie skutków skorzystania z ustawowego prawa odstąpienia od umowy wzajemnej ten dominujący pogląd nie zasługuje na aprobatę (por. komentarz do art. 494 k.c.). Przepis art. 491 k.c. znajduje także zastosowanie do zobowiązań ciągłych (por. wyrok SN z dnia 15 maja 2007 r., V CSK 30/07, OSP 2008, z. 12, poz. 127, z glosą aprobującą M. Warcińskiego tamże). (…). Jeżeli dłużnik dopuszcza się zwłoki w wykonaniu zobowiązania z umowy wzajemnej, przepis art. 491 § 1 k.c. przyznaje wierzycielowi uprawnienie do odstąpienia od umowy (ustawowe prawo odstąpienia od umowy). (…). Potrzeba uwzględnienia także interesów dłużnika przemawia raczej za tym, aby nie pomijać istnienia przesłanki określonej w art. 491 k.c., ale podjąć w takiej sytuacji wysiłek pogłębionej interpretacji zachowań stron umowy. Nieraz otwiera się wówczas możliwość ustalenia, że jednak doszło do wyznaczenia dodatkowego terminu, z zagrożeniem odstąpienia od umowy. Taką interpretację składanych oświadczeń *in favorem creditoris* ułatwia okoliczność, że ustawa nie przewiduje żadnej szczególnej formy dla złożenia oświadczenia, zawierającego wyznaczenie terminu i zagrożenie odstąpieniem od umowy. Wyznaczenie dodatkowego terminu nie jest konieczne w niektórych przypadkach

określonych w odrębnych przepisach – por. uwagi do art. 394 i 492 (Adam Olejniczak, Komentarz do art.491 Kodeksu cywilnego, LEX 2014).

Zamawiający w treści „Ogólnych warunków umowy" w § 7 ust. 1 zawarł postanowienie w treści, cyt. „Strony uzgadniają, że w przypadku opóźnienia dostawy immunoglobuliny do Kupującego ponad terminy określone w § 4 ust.1, Sprzedający zapłaci Kupującemu karę umowną w wysokości 0,2% od wartości niewykonanej części dostawy za każdy dzień opóźnienia (wartość umowy określona jest w § 2 ust.1).".

O ile Izba nie kwestionuje postanowień dotyczących wysokości zastrzeżonej kary umownej, to nie mniej zastrzeżenia odwołującego, co do odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, znajdują swoje uzasadnienie.

Izba wskazuje bowiem, że uprawnienie do dochodzenia kar umownych w wypadku zaistnienia opóźnienia (a nie zwłoki) powoduje niesłuszne obciążanie wykonawcy skutkami okoliczności, za które nie będzie on ponosił winy i nie będzie miał żadnego wpływu na ich zaistnienie. Obciążenie wykonawcy ryzykiem za wszelkie zdarzenia prowadzące do nieterminowego spełnienia świadczenia w sposób oczywisty prowadzi do zachwiania równowagi stron stosunku zobowiązaniowego, będącej jego właściwością, co pozostaje w sprzeczności z zasadą swobody umów, o jakiej mowa w art. 353^1 k.c.

Podkreślić należy, iż opóźnienie występuje wtedy, gdy dłużnik nie wykonuje zobowiązania w ustalonym terminie lub w terminie wynikającym z właściwości zobowiązania. Natomiast, jeżeli termin spełnienia świadczenia nie został oznaczony to opóźnienie będzie miało miejsce, jeżeli dłużnik nie wykona zobowiązania niezwłocznie po wezwaniu przez wierzyciela do wykonania zobowiązania. Zatem dłużnik podpada w opóźnienie, jeżeli jest w stanie spełnić świadczenie, ale świadczenia nie spełnia, z zastrzeżeniem, że dłużnik odpowiedzialny jest nie tylko za własne działanie i zaniechanie, ale również za działanie lub zaniechanie osób z pomocą, których zobowiązanie wykonywa lub, którym wykonanie zobowiązania powierza. Natomiast dłużnik popada w zwłokę, jeżeli nie spełnia świadczenia w oznaczonym terminie, a jeżeli termin nie jest oznaczany niezwłocznie po wezwaniu do wykonania świadczenia. Różnica powyższa ma kolosalne znaczenie dla odpowiedzialności wykonawcy, który w przypadku opóźnienia, za zobowiązanie odpowiada również w przypadku sytuacji i okoliczności od niego nie zależnych. Tym samym nie sposób obciążać wykonawcy za np. zwłokę w dostawie, w sytuacji, gdy obiektywne okoliczności, nie wywołane działaniem, czy też zaniechaniem wykonawcy spowodowały nieterminową dostawę. Dlatego też Izba uznała, że postanowienia umowne, nadmiernie obciążające wykonawcę, nie mogą się ostać we wzorze umownym opracowanym przez zamawiającego.

Umowa o zamówienie publiczne jest umową cywilną, do której zgodnie z przepisem art. 139 ustawy Pzp, stosuje się wprost przepisy Kodeksu cywilnego (w zakresie, w jakim *„przepisy ustawy nie stanowią inaczej)*. Stosowanie klauzuli generalnej zasad współżycia

społecznego nie zostało przepisami ustawy Pzp wyłączone, wobec czego *„[...] zamawiający może starać się zwiększyć odpowiedzialność wykonawcy za należyte wykonanie zamówienia, obciążyć ich dodatkowym ryzykiem. Powyższe, o ile nie występują przesłanki wynikające z art. 353^1 KC (niezgodność umowy z właściwościami stosunku prawnego, ustawą oraz zasadami współżycia społecznego) nie uchybia zasadzie swobody umów"* (KIO/UZP 1547/09) a *„naruszenie zasad zawierania umów określonych przepisami kodeksu cywilnego należy uznać za dopuszczalną podstawę zarzutów do treści SIWZ"* (wyrok ZA z dnia 29 października 2003 r. UZP/ZO/O-1736/03).

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: ……