

**Sygn. akt: KIO 1727/14**

**Postanowienie  
z dnia 3 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

wobec cofnięcia przed otwarciem rozprawy w dniu 3 września 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 sierpnia 2014 r. przez **Odwołującego – Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen SZ, Szwajcaria** – w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia, Al. Jerozolimskie 155, 02-326 Warszawa** – którego przedmiotem jest zakup „Koncentratu czynnika krzepnięcia VIII”, znak sprawy: ZZP-161/14,

przy udziale:

**A. CSL Behring GmbH, Emil von Behring Strasse 76, 35041 Marburg, Niemcy, reprezentowany przez CSL Behring Sp. z o.o., ul. Branickiego 17, 02-972 Warszawa;**

**B. IMED Poland Sp. z o.o., ul. Puławska 314, 02-819 Warszawa**

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **Odwołującego**,

**orzeka:**

**1. umarza postępowanie odwoławcze;**

**2. nakazuje zwrot z rachunku Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego – Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen SZ, Szwajcaria – kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącej 90% uiszczzonego wpisu od odwołania.**

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

**Przewodniczący: .....**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Zamówień Publicznych przy Ministrze Zdrowia w Warszawie – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zakup „Koncentratu czynnika krzepnięcia VIII”, znak sprawy: ZZP-161/14.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 sierpnia 2014 r., pod nr 2014/S 154-276379.

Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 22 sierpnia 2014 r., Odwołujący – Octapharma AG, Seidenstrasse 2, 8853 Lachen SZ, Szwajcaria – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień SIWZ, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 353(1) i art. 58 KC w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp poprzez ułożenie stosunku prawnego na zasadzie umowy sprzedaży sprzecznej z art. 42 ust. 1 pkt. 1a) podpunkt a) i b) ustawy z dnia 6 września 2001 roku (Dz. U. 2008 Nr 45 poz. 271 ze zm.) Prawo farmaceutyczne, względnie zastosowanie konstrukcji realizacji przedmiotu zamówienia mającej na celu obejście przepisu art. 42 ust. 1 pkt. 1a) ustawy Prawo farmaceutyczne; w konsekwencji
  - 1.1. działanie na szkodę interesu publicznego i naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez ustalenie warunków przetargu w sposób uniemożliwiający wybór wykonawcy zgodnie z przepisami ustawy i, tym samym, w sposób uniemożliwiający osiągnięcie jego celu, tj. uzyskanie świadczenia dobrej jakości za cenę będącą ekwiwalentem wykonania przedmiotu zamówienia, poprzez konieczność uwzględniania przez wykonawców w cenie oferty na dostawę produkt leczniczego do Regionalnych Centrów Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa, elementu normalnie niewystępującego przy realizacji tego rodzaju zamówień publicznych, tj. usługi utworzenia i przechowywania na koszt i ryzyko wykonawcy magazynu depozytowego NCK oraz dystrybucji produktów leczniczych stanowiących własność NCK, oraz

- 1.2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 8) Pzp, gdyż w następstwie spełnienia warunków SIWZ wykonawca składający ofertę naruszyłby obligatoryjne przepisy art. 42 ust. 1 pkt. 1a) ustawy Prawo farmaceutyczne;
- 2) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez ukształtowanie warunków realizacji zamówienia w sposób dyskryminujący wykonawców ze względu na narodowość i miejsce prowadzenia działalności poprzez ustanowienie wymogu, aby wykonawcy dysponowali w czasie realizacji zamówienia magazynem depozytowym zlokalizowanym na terytorium RP oraz ukształtowanie warunków zamówienia w sposób stawiający jednego wykonawcę prowadzącego działalność w Polsce w pozycji uprzywilejowanej wobec innych polskich wykonawców oraz wykonawców prowadzących działalność na jednolitym rynku europejskim;
- 3) art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, a w efekcie art. 7 ust. 3 Pzp poprzez niejednoznaczne i niespójne opisanie przedmiotu zamówienia, nie uwzględnienie w opisie przedmiotu zamówienia wszystkich okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję w związku z brakiem precyzji w opisie przedmiotu zamówienia, wskutek czego niemożliwe będzie porównanie ofert; w szczególności:
- 3.1. zastosowanie konstrukcji umowy, w której nie jest możliwe ustalenie elementów o charakterze essentialia negotii ani skutków tej umowy w zakresie prawa cywilnego;
- 3.2. zawarcie wykluczających się postanowień określających składniki ceny oferty w SIWZ Rozdział V punkt 7.2 i w § 2 ustęp 3 OWU, powodujących brak możliwości po stronie wykonawców co do ustalenia prawidłowego sposobu kalkulacji oferty;
- 4) art. 58 i art. 353(1) KC w związku z art. 14 i 139 ust. 1 Pzp poprzez ustalenie zasad odpowiedzialności z naruszeniem zasad współzycia społecznego i zastrzeżenie kar wymienionych w § 8 OWU oraz zastrzeżenie możliwości żądania przez Zamawiającego odszkodowania uzupełniającego w sposób nadmiernie represyjny, biorąc pod uwagę przewidziane w OWU podstawy naliczenia kar umownych, realne ryzyko wystąpienia szkody w powiązaniu z narzuconymi wykonawcy obowiązkami umownymi oraz terminami realizacji inwestycji, tj. w szczególności poprzez:
- 4.1. ukształtowanie postanowień SIWZ z naruszeniem zasad współzycia społecznego, to jest z przekroczeniem granic swobody kontraktowania w zakresie decydowania przez Zamawiającego o treści postanowień SIWZ i umowy o zamówienie publiczne;
- 4.2. narzucenie wykonawcom konieczności złożenia oferty w warunkach nadmiernych potencjalnych obciążeń finansowych i ryzyk po stronie wykonawcy, w szczególności związanych z:
- 4.2.1. koniecznością akceptacji wygórowanych kar umownych tj. a) dwukrotnemu karaniu wykonawcy na podstawie tych samych okoliczności - poprzez

nałożenie w § 8 ust. 1 OWU kary w wysokości 0,2 % wartości niedostarczonego w terminie czynnika krzepnięcia za każdy dzień opóźnienia w stosunku do terminów określonych w § 4 ust. 2, 5, 9 OWU oraz nałożenie w § 8 ust. 2 tiret 1 OWU kary umownej w wysokości 1 % za niewywiązanie się z innych terminów, przy czym umowa nie określa innych terminów wykonania obowiązków wykonawcy poza tymi z § 4 ust. 2, 5, 9 OWU b) dwukrotnemu karaniu wykonawcy na podstawie tych samych okoliczności — poprzez możliwość naliczenia na podstawie w § 8 ust. 1 lub 4 OWU kary umownej i obok tej kary umownej także możliwość wykonania przez Zamawiającego prawa odstąpienia od umowy i naliczenia kary w wysokości 10 % łącznej wartości umowy za odstąpienie od umowy (§ 8 ust. 3 i 4 OWU); c) ustaleniu kar umownych w wysokości rażąco wygórowanej w stosunku do naruszenia i ewentualnej szkody po stronie Zamawiającego poprzez nałożenie obowiązku zapłaty kary umownej za nieprzekazanie informacji lub udaremnienie kontroli magazynu w kwocie 0,05% wartości całej umowy brutto (§ 8 ust. 2 tiret 2 i 3 OWU); d) braku określenia limitu wysokości kar umownych; oraz e) zastrzeżeniu możliwości dochodzenia odszkodowania przewyższającego wartość kar umownych (§ 8 ust. 5 OWU); 4.2.2. zastrzeżeniem niejasnej podstawy naliczenia wygórowanych kar umownych poprzez wskazywanie na opóźnienie w dostawie i nieokreśleniu, o jaką dostawę chodzi a także wskazanie, że kary będą nakładane „w szczególności” za dane przewinienia bez wskazania o jakie konkretne okoliczności chodzi, oraz obciążenie wykonawcy dodatkowymi kosztami związanymi z zakupem interwencyjnym bez ich bliższego sprecyzowania, czym uniemożliwiono ich wkalkulowanie w cenę oferty; 4.2.3. zastrzeżeniem kar umownych za okoliczności pozostające poza kontrolą wykonawcy; 4.2.4. ustaleniem zasad odpowiedzialności z naruszeniem zasad współżycia społecznego, poprzez zastrzeżenie kar wymienionych w § 8 OWU w sposób nadmiernie represyjny w wyniku zastrzeżenia możliwości dochodzenia przez Zamawiającego kar umownych w przypadku wystąpienia opóźnienia w dostawie przedmiotu zamówienia 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;

- 5) naruszenie art. 142 ust. 1 Pzp poprzez nieokreślenie czasu, na jaki ma być zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Zawiadomienie wraz z wniesionym odwołaniem Zamawiający przekazał w dniu 25 sierpnia 2014 r., wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu oraz zamieścił na stronie internetowej.

W dniu 27 sierpnia 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła IMED Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

W dniu 28 sierpnia 2014 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosiła CSL Behring GmbH z siedzibą w Marburgu, reprezentowana przez CSL Behring Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Pismem z dnia 3 września 2014 r. (data pisma i wpływu do KIO), Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania. Oświadczenie zostało złożone przed wyznaczonym terminem posiedzenia, przez osobę umocowaną do reprezentowania Odwołującego. Jednocześnie Odwołujący poinformował, że o cofnięciu odwołania powiadomił Zamawiającego oraz Przystępującego, wnosząc jednocześnie o zniesienie terminu posiedzenia.

W związku ze skutecznym cofnięciem odwołania, Izba na podstawie art. 187 ust. 8 Pzp oraz art. 192 ust. 1 Pzp, umorzyła postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie.

O kosztach Izba orzekła stosownie do art. 187 ust. 8 zdanie drugie Pzp oraz § 5 ust. 1 pkt 3 lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 3544), nakazując dokonanie na rzecz Odwołującego zwrotu 90% kwoty uiszczanego wpisu.

**Przewodniczący: .....**