

WYROK

z dnia 25 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 października 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2013 r.

przez wykonawcę: **Panamed sp. z o.o. z siedzibą w Markach**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa i montaż lampy RTG, przewodów wysokiego napięcia, komputera do rekonstrukcji obrazu do tomografu komputerowego SOMATOM SENSATION 40 wraz z wykonaniem testów akceptacyjnych oraz przeglądu okresowego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie* (nr postępowania WSZ.S/DAZ-2411/P-8/075/13)

prowadzonym przez zamawiającego: **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu usunięcie postanowień zawartych w ust. 10, 11 i 12 § 3 załącznika nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Panamed sp. z o.o. z siedzibą w Markach tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego: Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie na rzecz odwołującego: Panamed sp. z o.o. z siedzibą w Markach kwotę 18600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania**

Sygn. akt KIO 2397/13

odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa i montaż lampy RTG, przewodów wysokiego napięcia, komputera do rekonstrukcji obrazu do tomografu komputerowego SOMATOM SENSATION 40 wraz z wykonaniem testów akceptacyjnych oraz przeglądu okresowego dla Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Najświętszej Maryi Panny w Częstochowie* (nr postępowania WSZ.S/DAZ-2411/P-8/075/13).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane jako obligatoryjne w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2013/S_190-327718 z 1 października 2013 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {www.szpitalparkitka.pl}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 października 2013 r. (pismem z 10 października 2013 r.) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia Panamed sp. z o.o. z siedzibą w Markach {dalej zwany również „Odwołującym” lub „Panamed”}, zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {zarzuty}:

1. Art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 3 – przez ustanowienie ukrytego warunku udziału w postępowaniu, skutkującego nierównym traktowaniem wykonawców.
2. Art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez ustanowienie w § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ nieproporcjonalnego do przedmiotu zamówienia warunku udziału w postępowaniu.
3. Art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 ust. 1 – przez faktyczne oraz dorozumiane ograniczenie możliwości korzystania przez wykonawców z potencjału podmiotów trzecich jedynie do sytuacji polegania na osobach zdolnych do wykonania zamówienia, uniemożliwiając wykonawcom wykorzystanie zdolności finansowych innych podmiotów.
4. Art. 14 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 387 § 1 kodeksu cywilnego – przez zamieszczenie w § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ zobowiązania do świadczenia niemożliwego,

a więc postanowienia nieważnego z mocy prawa.

5. Art. 14 i art. 139 ust. 1 w zw. z art. 483 § 1, art. 353¹ kc oraz art. 5 kc – przez umieszczenie w treści SIWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji Zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, polegające na narzuceniu obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku niezwiązaniem z wykonaniem przedmiotu {zamówienia}, wykorzystanie kary umownej w sposób sprzeczny z funkcją, jaką powinna pełnić oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.
6. Art. 7 ust. 1 – przez opisanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień załącznika nr 8 do SIWZ polegającej na {żądaniami}:

1. Usunięciu § 3 ust. 8, ewentualnie zmianie § 3 ust. 8 przez ograniczenie zakazu zawartego w tym postanowieniu do zakazu przeniesienia bez zgody Zamawiającego wierzytelności wynikających z umowy, zgodnie z art. 514 kc.
2. Usunięciu § 3 ust. 9.
3. Usunięciu § 3 ust. 10.
4. Usunięciu § 3 ust. 11.

Odwołujący sprecyzował zarzuty przez podanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Ad 1. {zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 22 ust. 3 pzp}

Odwołujący zrelacjonował, że w § 5 SIWZ Zamawiający zamieścił opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Przy czym w § 5 ust. 1 pkt 3) SIWZ została zamieszczona informacja, że Zamawiający nie stawia wymagań w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, które wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny.

Odwołujący zarzucił, że całościowa analiza postanowień zawartych w SIWZ, w szczególności zaś w § 3 ust. 8-11 załącznika nr 8 do SIWZ, prowadzi do jednoznacznego wniosku, że Zamawiający stawia szczególne warunki udziału dotyczące sytuacji finansowej wykonawców. § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ zawiera bowiem, określone w sposób bardzo szeroki, zobowiązanie wykonawcy, że nie przeniesie on na rzecz osób trzecich jakichkolwiek praw bezpośrednio lub pośrednio związanych z umową oraz związanych z nimi należności ubocznych, bez uprzedniej pisemnej zgody Zamawiającego. Dodatkowo zostało

zawarte ograniczenie w dokonaniu przelewu, subrogacji ustawowej lub umownej, przekazu bądź ustanawiania zastawu lub hipoteki na wierzytelnościach wykonawcy z tytułu wykonania umowy i związanych z nimi należnościami ubocznymi. Zamawiający ponadto oczekuje, że wykonawca zaciągnie zobowiązanie i nie udzieli upoważnienia do dochodzenia jakichkolwiek praw wynikających z umowy innej firmie, w tym także firmom zajmującym się działalnością windykacyjną. W ocenie Odwołującego powyższy zakres zobowiązań, jakie będzie musiał przyjąć na siebie wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający w zakresie wymaganej od wykonawców zdolności finansowej *de facto* stawia warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu przez wykonawcę zdolności finansowej pozwalającej na samodzielne, oparte wyłącznie na zasobach własnych wykonawcy, sfinansowanie przedmiotu zamówienia oraz poniesienie kosztów ratalnego sposobu płatności, przewidzianego w § 3 ust. 5 załącznika nr 8 do SIWZ. Opisane powyżej ograniczenia skutkują bowiem bezpośrednio koniecznością dysponowania przez wykonawcę własnymi środkami finansowymi. Zdaniem Odwołującego udział w postępowaniu wykonawcy, który nie dysponuje środkami finansowymi pochodzącymi ze źródeł własnych jest niemożliwy. Odwołujący wywiódł, że skoro § 3 ust. 8 i 9 Załącznika nr 8 do SIWZ wprowadzają w zakresie zdolności finansowej ograniczenia dotyczące tego, jaki podmiot może ubiegać się o udzielenie zamówienia, to postanowienia te są tożsame ze sposobem rozumienia warunków udziału w postępowaniu zawartym w art. 22 ust. 1 pzp.

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający w ten sposób postawił ukryty warunek udziału w postępowaniu, choć stawiane przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu powinny mieć charakter jawny i powinny zostać opisane w sposób jednoznaczny w SIWZ, aby wykonawca miał pewność jaka jest dokładna treść stawianego warunku oraz według jakich kryteriów Zamawiający dokona oceny spełniania stawianych przez siebie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający pomijając opis sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku naruszył art. 22 ust. 3 pzp. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający jest zobligowany do zamieszczenia w ogłoszeniu o zamówieniu opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że postawiony przez Zamawiającego warunek zdolności finansowej narusza wyrażoną w art. 7 ust. 1 pzp zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż ogranicza dostęp do zamówienia określonym wykonawcom, tj. takim, którzy nie posiadają samodzielnie zdolności finansowej pozwalającej na spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego różnicowanie pozycji wykonawców wg kryterium źródła, z jakiego pochodzi zapewnione przez nich finansowanie przedmiotu zamówienia, nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych okolicznościach

dotyczących postępowania i prowadzi do dyskryminacji określonej grupy wykonawców, w szczególności małych i średnich przedsiębiorców, co stanowi wprost naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp.

Ad 2. {zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1}

Odwołujący zarzucił, że Zamawiający – stawiając powyższy warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy – naruszył art. 22 ust. 4 pzp, gdyż opis sposobu dokonania oceny spełniania tego warunku nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przypomniał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa i montaż lampy RTG, przewodów wysokiego napięcia, komputera do rekonstrukcji obrazu do tomografu komputerowego wraz z wykonaniem testów akceptacyjnych oraz przeglądu okresowego. Zdaniem Odwołującego bezpośrednią konsekwencją kwestionowanych ograniczeń wyrażonych w § 3 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ jest – całkowicie niezwiązany z przedmiotem zamówienia – zakaz finansowania przedmiotu zamówienia z innych źródeł niż środki własne wykonawcy. Tymczasem źródło finansowania przedmiotu zamówienia pozostaje bez znaczenia dla możliwości jego należytego wykonania, gdyż rozliczenia pomiędzy wykonawcą a podmiotami trzecimi w żadnym stopniu nie mają wpływu ani na pozycję Zamawiającego, ani na możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez wykonawcę. W opinii Odwołującego z uwagi na cel, jakiemu służy stawianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien oczekiwać od wykonawcy jedynie wykazania, że będzie on dysponował odpowiednimi środkami finansowymi, gwarantującymi realizację zamówienia. Natomiast według Odwołującego opisane powyżej postanowienia § 3 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ formułują dalej idące wymagania, odnoszące się dodatkowo do źródła, z jakiego pochodzić będą środki przeznaczone na finansowanie przedmiotu zamówienia. Odwołujący zarzucił, że powyższe postanowienia SIWZ całkowicie uniemożliwiają wykonawcy wykorzystanie zdolności finansowej podmiotów trzecich w celu zapewnienia finansowania przedmiotu zamówienia, gdyż uzyskanie środków finansowych od podmiotu trzeciego wymaga ustanowienia zabezpieczenia, gwarantującego temu podmiotowi możliwość zaspokojenia się z wynagrodzenia należnego wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia. Natomiast ustanowienie jakiegokolwiek zabezpieczenia na wynagrodzeniu należnym wykonawcy jest całkowicie wyłączone w § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił także, że zakres wprowadzonych w § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ ograniczeń jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż postanowienie to całkowicie ogranicza przeniesienie na osobę trzecią jakichkolwiek praw bezpośrednio

lub nawet pośrednio związanych z umową. Dla Odwołującego cel ustanowienia powyższego ograniczenia w tak szerokim zakresie jest niezrozumiały w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Odwołujący w szczególności podkreślił, że w ogóle nie będzie mogło znaleźć zastosowania ograniczenie dotyczące ustanowienia hipoteki na wierzytelnościach wykonawcy z tytułu wykonania umowy. Zgodnie z art. 65 ust. 2 ustawy z dnia 6 lipca 1982 roku o księgach wieczystych i hipotece {tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 707} przedmiotem hipoteki może być tylko taka wierzytelność, która została zabezpieczona hipoteką, co nie dotyczy przedmiotowego postępowania. Dodatkowo w ocenie Odwołującego nadmierne i niezwiązane z przedmiotem zamówienia jest ograniczanie prawa wykonawcy do przeniesienia na rzecz osób trzecich jakichkolwiek praw wykonawcy związanych choćby pośrednio z umową. Taki sposób określenia powyższego ograniczenia powoduje, że jego zakres nie jest zdefiniowany jednoznacznie, w sposób nie budzący wątpliwości wykonawcy. Pośredni związek z umową może być bowiem rozumiany bardzo szeroko, w tym także w sposób uniemożliwiający udzielanie przez wykonawcę podmiotom trzecim jakichkolwiek pełnomocnictw, choćby uprawniających do wykonywania czynności faktycznych dotyczących praw wykonawcy związanych z umową. Ponadto Odwołujący podkreślił, że zawarty w § 3 ust. 8 Załącznika nr 8 do SIWZ warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny w stosunku do przedmiotu zamówienia, który polega na dostawie i montażu sprzętu określonego szczegółowo w SIWZ. Skoro przedmiotem zamówienia nie jest świadczenie przez wykonawcę usług finansowych na rzecz Zamawiającego, to jako niezwiązany z przedmiotem zamówienia należy ocenić warunek posiadania przez wykonawcę własnych środków finansowych, pozwalających na sfinansowanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podsumował, że zgodnie z art. 22 ust. 4 pzp warunki udziału w postępowaniu są określane przez Zamawiającego odrębnie dla każdego postępowania i powinny być dopasowane do jego przedmiotu, aby zagwarantować Zamawiającemu należyte wykonanie zobowiązania zaciągniętego przez wykonawcę. Wszelkie dalej idące warunki należy ocenić jako nadmierne i nieproporcjonalne, a zatem § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ powinien zostać wykreślony.

Ad 3. {zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 pzp}

Według Odwołującego Zamawiający wskazując w § 6 ust. 6 SIWZ, że wykonawca może polegać na osobach zdolnych do wykonania zamówienia niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, pominął przewidzianą w art. 26 ust. 2b pzp możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym i zdolnościach finansowych innych podmiotów. Odwołujący wywiódł, że wobec bezwzględnie obowiązującego charakteru art. 26 ust. 2b pzp, Zamawiający nie może skutecznie ograniczyć

możliwości korzystania przez wykonawców z potencjału udostępnianego im przez podmioty trzecie. Natomiast jedynym warunkiem ustanowiony przez ustawodawcę jest konieczność udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie faktycznie dysponował niezbędnymi zasobami na etapie realizacji zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że postanowienia zawarte w § 3 ust. 8-11 załącznika nr 8 do SIWZ są sprzeczne z art. 26 ust. 2b pzp, gdyż ich bezpośrednim celem i skutkiem jest ograniczenie możliwości korzystania przez wykonawców z potencjału finansowego podmiotów trzecich. Analiza tych postanowień doprowadziła Odwołującego do wniosku, że celem Zamawiającego jest takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby w sposób faktyczny oraz dorozumiany ograniczyć możliwość korzystania przez wykonawcę podczas realizacji przedmiotu zamówienia z innych niż własne zasobów finansowych. Odwołujący ponownie podniósł, że kwestionowane postanowienia *de facto* uniemożliwiają wykonawcy ustanowienie zabezpieczenia na wynagrodzeniu należnym mu z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, co jest kluczowe dla możliwości uzyskania przez wykonawcę niezbędnych środków finansowych pochodzących od podmiotu trzeciego. Według Odwołującego możliwość taka jest szczególnie istotna w przedmiotowym postępowaniu ze względu na przyjęty przez Zamawiającego ratalny sposób płatności wynagrodzenia, co oznacza bezpośrednią konieczność zapewnienia finansowania zakupu sprzętu będącego przedmiotem dostawy ze źródeł innych niż należne wykonawcy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Odwołujący również w tym kontekście zarzucił, że postanowienia zawarte w § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ prowadzą do naruszenia wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp podstawowej zasady udzielania zamówień, jaką jest skierowany do Zamawiającego nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający bez obiektywnego uzasadnienia premiuje udział w postępowaniu podmiotów dużych, które dysponują odpowiednio wysokimi własnymi zasobami finansowymi, aby móc ponieść ciężar zakupu ze środków własnych przedmiotu dostawy oraz ratalnej płatności wynagrodzenia przez Zamawiającego. Odwołujący wywiódł, że powyższe narusza art. 26 ust 2b w zw. z art. 7 ust. 1 pzp.

Ad 4. {zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 387 § 1 kc}

Według Odwołującego Zamawiający oczekuje w § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ, od wykonawcy zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego tego, że zapłata za świadczenia wykonane zgodnie z umową nastąpi tylko i wyłącznie przez Zamawiającego na rachunek wykonawcy. Dodatkowo z naruszeniem powyższego obowiązku związany jest obowiązek zapłaty kary umownej, zastrzeżonej w § 3 ust. 11 załącznika nr 8 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że zobowiązanie wyrażone w § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, gdyż faktyczny sposób zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego jest całkowicie niezależny od woli wykonawcy i leży poza sferą jego oddziaływania. Wykonawca nie może skutecznie zaciągnąć zobowiązania, które jest niemożliwe do wykonania. Zdaniem Odwołującego w tej sytuacji mamy do czynienia z pierwotną, trwałą oraz obiektywną niemożliwością świadczenia, co powoduje, że spełniona jest hipoteza normy zawartej w art. 387 § 1 kodeksu cywilnego. Odwołujący dodał, że zakaz zawierania umów o świadczenie niemożliwe nie może być zniesiony wolą stron, gdyż norma zawarta w art. 387 § 1 ma charakter *ius cogens* i statuuje jedno z bezwzględnie obowiązujących ograniczeń zasady swobody kontraktowania, o której mowa w art. 353¹ kc, znajdujące zastosowanie również do umów zawieranych w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy pzp. W ocenie Odwołującego § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ winien zostać wykreślony jako nieważny z uwagi na jego sprzeczność z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa.

Ad 5. {zarzut naruszenia art. 14 oraz art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 483 § 1, art. 353¹ oraz art. 5 kc}

Odwołujący zrelacjonował, że zgodnie z § 3 ust. 10 i 11 załącznika nr 8 do SIWZ wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10 % wartości zamówienia, za każdy przypadek naruszenia ograniczeń, o których mowa w § 3 ust. 8 i 9 załącznika nr 8 do SIWZ.

Odwołujący zarzucił, że wskazane postanowienia wykraczają poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów, o której mowa w art. 353¹ kc, gdyż kształtują treść stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współzycia społecznego, w taki sposób, że Zamawiający – jako silniejsza strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym – narzuca obowiązek zapłaty przez wykonawcę kary umownej w przypadku niezwiązany z wykonaniem przedmiotu zamówienia, a także wykorzystuje instytucję kary umownej w sposób sprzeczny z funkcją, jaką powinna ona pełnić w ramach stosunku cywilnoprawnego oraz w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Z kolei art. 353¹ kc stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku,

ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Natomiast zgodnie z art. 5 kc nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Zdaniem Odwołującego Zamawiający ma możliwość kształtowania treści stosunku prawnego, w tym także zakresu kar umownych, według własnego uznania, z tym jednak zastrzeżeniem, że narzucane przez Zamawiającego warunki umowy muszą być zgodne z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, o charakterze *ius cogens*. Biorąc zatem pod uwagę uregulowania zawarte w art. 14 oraz art. 139 ust. 1 pzp, Zamawiający w szczególności ma obowiązek ukształtować treść stosunku prawnego w granicach określonych zgodnie z treścią art. 353¹ oraz art. 5 kc.

Kara umowna (odszkodowanie umowne) jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wedle którego naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy pieniężnej. Kara umowna ma charakter akcesoryjny w tym znaczeniu, że jej zastrzeżenie jest wiążące dla stron tylko wówczas, gdy związane są zobowiązaniem, którego niewykonania, względnie nienależytego wykonania, kara dotyczy. Ze względu na wskazaną wyżej funkcję kara umowna zwykle zastrzegana jest w związku z konkretnymi uchybieniami w zakresie wykonania głównego przedmiotu umowy (np. zwłoka w dostawie przedmiotu zamówienia, braki ilościowe lub jakościowe przedmiotu zamówienia). W takim przypadku kara umowna, co do zasady, zastępuje odszkodowanie należne wierzycielowi. Odwołujący podkreślił, że powiązanie obowiązku zapłaty kary umownej (o znacznej wysokości w stosunku do przedmiotu zamówienia) z naruszeniem zobowiązań ubocznych w stosunku do przedmiotu świadczenia, narusza jej istotę oraz jest sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Zdaniem Odwołującego kara umowna powiązana z naruszeniem zobowiązań dodatkowych, niezwiązanych z przedmiotem świadczenia, jaka została ukształtowana przez Zamawiającego w §3 ust. 10 i 11 załącznika nr 8 do SIWZ, nie stanowi zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a zatem jest ona sprzeczna z istotą kary umownej wrażeń w art. 483 § 1 kc, a dodatkowo jest sprzeczna z zasadami współzycia społecznego, przez co narusza art. 353¹ kc oraz art. 5 kc.

Według Odwołującego kara umowna powinna zabezpieczać Zamawiającego i mobilizować wykonawcę do prawidłowego wykonania zamówienia publicznego, nie powinna zaś stanowić ograniczenia dla wykonawcy w możliwości korzystania z potencjału finansowego podmiotów trzecich podczas realizacji zamówienia, ani ograniczać wykonawcy w dochodzeniu należnego mu wynagrodzenia. Odwołujący zarzucił, że zgodnie z § 3 ust. 10

i 11 załącznika nr 8 do SIWZ wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty wskazanych tam kar umownych także w przypadku, w którym naruszenie postanowień § 3 ust. 8 lub 9 nastąpiłoby jako konsekwencja uprzedniego naruszenia postanowień umowy przez Zamawiającego, tj. niedotrzymania terminów zapłaty wynagrodzenia przewidzianych w § 3 ust. 5 załącznika nr 8 do SIWZ. W ocenie Odwołującego nie można w takiej sytuacji obciążać wykonawców odpowiedzialnością, ustanawiając kary umowne, które byłyby należne Zamawiającemu w sytuacji korzystania przez wykonawców z prawnie dopuszczalnych środków zmierzających do zaspokojenia należnych im oraz wymagalnych wierzytelności. Z tego względu zdaniem Odwołującego § 3 ust. 10 i 11 załącznika nr 8 do SIWZ są sprzeczne z art. 353¹ oraz art. 5 kc i winny zostać usunięte.

Odwołujący zgadza się z poglądem, że Zamawiający jako gospodarz postępowania ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających jego interes, co jest szczególnie istotne w przypadku wydatkowania środków publicznych. Opóźnienia w realizacji przedmiotu zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami. Jednakże wykorzystywanie przez Zamawiającego – będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia publicznego – jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, które byłyby należne niezależnie od sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne według art. 353¹ kc granice swobody umów.

Odwołujący powołał się, że powyższe potwierdza następujące aktualne orzecznictwo:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90): *Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno- represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych (art.58 § 2 kc.) oraz wykonywania praw podmiotowych (art. 5 k.c.).*
- wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007): *zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 k.c.). Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają – poza art. 483 k.c.– także przepisy o charakterze imperatywnym.*

Ocena skuteczności postanowienia umownego kreującego obowiązek zapłaty kary umownej podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów (art. 353¹ k.c.), obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 1 i 2 k.c.)

Zdaniem Odwołującego jego stanowisko znajduje także oparcie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej:

- wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13): *Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie – zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.(...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy.(...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego.*
- wyrok z 27 grudnia 2011 r. (sygn. akt KIO 2649/11): *Nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej*

treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.

- Z wyroku z 15 lipca 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1387/10) wynika, iż niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Dodatkowo Odwołujący zauważył, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Według Odwołującego niemożliwe jest bowiem przypisanie wykonawcy winy i odpowiedzialności w przypadku podjęcia przez niego kroków zmierzających do uzyskania zapłaty i zrealizowania jego prawa podmiotowego. Zdaniem Odwołującego takie stanowisko potwierdza przykładowo wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 385/2007), zgodnie z którym roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.

Ponadto Odwołujący zarzucił, że samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Zdaniem Odwołującego zastrzeżony w § 3 ust. 10 i 11 załącznika nr 8 do SIWZ obowiązek zapłaty kary umownej w wysokości 10% wartości przedmiotu zamówienia ma zastosowanie niezależnie od siebie, za każdy przypadek naruszenia § 3 ust. 8 lub 9 załącznika nr 8 do SIWZ, a zatem możliwe jest obciążenie wykonawcy karami umownymi, których suma przewyższać będzie wartość przedmiotu zamówienia. Taka sytuacja może mieć miejsce także w przypadku należytego i terminowego wykonania świadczenia głównego, tj. dostawy i montażu przedmiotu zamówienia. Odwołujący podkreślił, że zastrzeżenie kar umownych w umowach zawieranych w wyniku udzielenia zamówienia publicznego ma daleko idące konsekwencje dla wykonawców, skoro zapłata kary umownej w wysokości co najmniej 5 % wartości realizowanego zamówienia, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 1) pzp stanowi podstawę do obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okresie 3 lat od daty uprawomocnienia się orzeczenia sądu stwierdzającego

powyższy obowiązek zapłaty. Ponadto zgodnie z warunkami postawionymi przez Zamawiającego możliwa jest sytuacja, w której pomimo dokonania przez wykonawcę dostawy i montażu przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami przewidzianymi w SIWZ, tj. należytego wykonania świadczenia głównego, wykonawca będzie narażony na daleko idące konsekwencje wykluczenia z postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zarzucił, że Zamawiający ustanawiając w §3 ust. 10 i 11 załącznika nr 8 do SIWZ kary umowne w wysokości 10% wartości przedmiotu zamówienia naruszył zasady współzycia społecznego oraz wprowadził do umowy postanowienia sprzeczne z istotą stosunku prawnego, co narusza art. 353¹ oraz art. 5 kc.

Zdaniem Odwołującego § 3 ust. 11 załącznika nr 8 do SIWZ powinien zostać w całości usunięty także ze względu na fakt, iż przewidziany w tym postanowieniu obowiązek zapłaty kary umownej związany jest z naruszeniem zobowiązania przewidzianego w § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ, które jest nieważne z mocy prawa, na podstawie art. 387 § 1 kc, gdyż przewiduje bowiem zobowiązanie całkowicie niezależne od woli wykonawcy, a więc stanowi zobowiązanie do świadczenia niemożliwego.

Odwołujący podsumował, że zaskarżone przez niego postanowienia w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia publicznego za jak najniższą cenę, czemu ma służyć prowadzenie postępowania w trybie zamówień publicznych. Zamawiający wprowadzając powyższe zakazy narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku małym i średnim przedsiębiorcom. Wreszcie działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc przy tym zasady współzycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem. Dla Odwołującego trudne do zaakceptowania są motywy działania Zamawiającego jako instytucji sektora finansów publicznych, która karze wykonawców za czynności, które podejmują w celu zabezpieczenia i odzyskania własnych pieniędzy pomimo wykonania przez nich prawidłowo zobowiązania głównego. *Zamawiający wykorzystują więc również przepisy o karze umownej do osiągnięcia dodatkowych dochodów co jest całkowicie sprzeczne z ideą jako przyświeca stosowaniu tej instytucji.* Odwołujący zwrócił uwagę na wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.

21 października 2013 r. Zamawiający przesłał do Izby odpowiedź na odwołanie {datowaną na 18 października 2013 r.}, w której wniósł o oddalenie odwołania jako

niezasadnego. Zamawiający w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania.

Ad 1. {zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 22 ust. 3 pzp}

Zamawiający oświadczył, że zarzut dotyczący naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 oraz art. 22 ust.3 pzp jest gołosłowny i bezzasadny z punktu widzenia faktycznego oraz prawnego, albowiem opiera się tylko na subiektywnej ocenie Odwołującego, a ponadto jest wewnętrznie sprzeczny. W ocenie Zamawiającego Odwołujący usiłuje wmówić, że § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ zawiera niedozwolone, szczególne warunki udziału w postępowaniu w postaci zakazu przekazywania osobom trzecim ewentualnych roszczeń wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający zaprzeczył, że oczekuje od wykonawcy, aby zaciągnął zobowiązanie i nie udzielił upoważnienia do dochodzenia jakichkolwiek praw wynikających z umowy innej firmie. Według Zamawiającego jest to błąd w rozumowaniu Odwołującego i nie ma nic wspólnego z warunkami udziału przewidzianymi w art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp oraz w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że kwestionowanie postanowień dotyczących terminu płatności wskazanego w § 3 ust. 5 załącznika nr 8 do SIWZ jest bezzasadne, gdyż zgodnie z art. 7 ust. 2 w zw. z ar., 5 ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o terminach zapłaty w transakcjach handlowych (Dz.U. poz. 403) termin płatności może wynosić nawet 60 dni.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący myli pojęcie własnych środków finansowych ze środkami, które oferent – potencjalny wykonawca może uzyskać w postaci kredytu, pożyczki, a które wówczas są traktowane jako środki własne wykonawcy. Tymczasem żadne postanowienie SIWZ nie zabrania potencjalnemu wykonawcy korzystania z powyższych środków. Natomiast § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ zabrania tylko obrotu (handlu) roszczeniami (wierzytelnościami) wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu realizacji umowy. Nie można zatem postawić znaku równości pomiędzy prawem do korzystania przez wykonawcę ze środków (zdolności) finansowych innych podmiotów w postaci np. kredytów, pożyczek itp. a prawem do obrotu (handlu) roszczeniami (wierzytelnościami) wykonawcy wobec Zamawiającego z tytułu realizacji umowy. Wobec powyższego § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ w żaden sposób nie narusza art. 22 ust.1 pkt 4 pzp.

Według Zamawiającego zarzut naruszenia art. 22 ust. 3 pzp jest również gołosłowny, gdyż Zamawiający nigdzie w SIWZ nie formułuje żadnego „ukrytego” warunku udziału dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, ani też nie precyzuje wymagań w zakresie spełniania tego warunku. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 3 SIWZ opiera się tylko na oświadczeniu oferenta – potencjalnego wykonawcy i nie stawia żadnych szczególnych wymagań w zakresie wykazania spełnienia warunku dotyczącego posiadania zdolności finansowej. Zdaniem Zamawiającego podmiot niedysponujący własnymi środkami

finansowymi nie jest pozbawiony możliwości udziału w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszego odwołania, gdy postanowienia SIWZ nigdzie nie przewidują takiego ograniczenia. Zdolność finansowa wykonawcy oparta jest tylko na jego oświadczeniu, a SIWZ nie zobowiązuje wykonawców do ujawniania źródeł ich finansowania. Natomiast zakaz wynikający z § 3 ust.8 załącznika nr 8 do SIWZ nie ma nic wspólnego ze zdolnościami finansowymi potencjalnego wykonawcy.

W opinii Zamawiającego tym samym zarzut naruszenia art. 7 ust.1 pzp jest oczywiście pozbawiony jakichkolwiek racji faktycznych i prawnych.

Ad 2. {zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 7 ust. 1}

Zamawiający stwierdził, że zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 pzp jest również bezzasadny, gdyż nigdzie w treści SIWZ nie występuje zakaz finansowania przedmiotu zamówienia z innych źródeł niż środki własne wykonawcy. Zamawiający powtórzył, że nigdzie nie żąda wskazania źródła finansowania potencjalnego wykonawcy. W ocenie Zamawiającego jest to gołosłowne stwierdzenie pełnomocników Odwołującego, którzy reprezentują również firmę Magellan S.A., która jest zainteresowana wykupem długów podmiotów leczniczych, w tym długów (zobowiązań) Zamawiającego. Zamawiający oświadczył, że *na dowód powyższego* przedkłada: po pierwsze – wykaz spraw sądowych toczących się pomiędzy Magellan S.A. a Zamawiającym; po drugie – kserokopie dwóch przykładowych nakazów zapłaty wraz z pozwami. W opinii Zamawiającego Odwołujący nie kwestionuje proporcjonalności *warunków przedmiotu zamówienia*. Zamawiający stwierdził, że przez oparcie się tylko na oświadczeniach oferentów *zaniżył warunki udziału w postępowaniu*, co nie ogranicza dostępu do zamówienia, a wprost przeciwnie umożliwia szerszą konkurencję. Stąd też sytuacja taka nie może być kwalifikowana jako naruszenie przepisów ustawy pzp {vide wyrok z 22 marca 2013 r., sygn. akt KIO 537/13}. Zdaniem Zamawiającego § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ nie ingeruje w źródła finansowania zamówienia. Natomiast § 3 ust. 8 załącznika nr 8 do SIWZ odnosi się tylko do zakazu przekazywania w jakiegokolwiek formie i na jakiegokolwiek podstawie faktycznej i prawnej potencjalnych roszczeń (wierzytelności) wykonawcy do Zamawiającego z tytułu zrealizowanej umowy – na rzecz osób (podmiotów) trzecich *lub przez osoby (podmioty) trzecie*, takie jak m.in. firma Magellan S.A. Nie stoi to wcale na przeszkodzie, aby firma Magellan S.A. finansowała Odwołującego się w zakresie realizacji przedmiotowej umowy, co jednak nie jest i nie może być przedmiotem zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że potencjalny wykonawca posiada środki prawne, aby zrealizować swoje roszczenia względem Zamawiającego w postaci np. sądowego postępowania nakazowego i postępowania egzekucyjnego, bez konieczności przekazywania

osobom (podmiotom) trzecim w jakiejkolwiek formie oraz na jakiejkolwiek podstawie prawnej i faktycznej przysługujące wobec Zamawiającego wierzytelności.

Zamawiający powołał się na to, że § 8 ust 3 załącznika nr 8 do SIWZ wynika z treści przepisu szczególnego rangi ustawowej – art 54 ust 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. nr 112, poz. 654, z późn. zm.), jest jego uszczegółowieniem w celu zabezpieczenia Zamawiającego przed niekontrolowanym i *bezzasadnym* obrotem (handlem) potencjalnymi długami podmiotu leczniczego.

W przekonaniu Zamawiającego Odwołujący nie rozumie istoty proporcjonalności *warunków przedmiotu zamówienia*, gdyż sprowadza to do zakazu przenoszenia wierzytelności przez potencjalnego oferenta na rzecz osób (podmiotów) trzecich. Zamawiający dodał, że zakaz ustanowienia hipoteki dotyczy tylko hipotek umownych, a nie np. hipoteki przymusowej.

Ad 3. {zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b w zw. z art. 7 pzp}

Zamawiający oświadczył, że zarówno zapis § 5 ust.1 pkt 3 SIWZ, jak również zapis § 6 ust. 6 SIWZ jest zgodny z treścią art. 26 ust. 2b pzp, gdyż Zamawiający w tych postanowieniach nie zabrania potencjalnym wykonawcom skorzystania z potencjału udostępnianego im przez osoby(podmioty) trzecie. Zami

Dla Zamawiającego dopatrywanie się przez Odwołującego sprzeczności postanowień § 3 ust. 8-11 załącznika nr 8 do SIWZ z art. 26 ust. 2b pzp jest niedorzeczne, gdyż *zapisy § 3 ust. 8 nie dotyczą okresu realizacji umowy, czy też zgłaszania ofert*. Według Zamawiającego Odwołujący myli zabezpieczenie wynagrodzenia należnego wykonawcy z przekazywaniem tych wierzytelności na rzecz osób(podmiotów) trzecich, co w istocie rzeczy sprowadza się do handlu długami służby zdrowia, a co jest faktem notoryjnym.

W ocenie Zamawiającego choć Odwołujący powołuje się na art. 7 ust. 1 pzp, to *Odwołujący w żaden sposób nie jest w stanie wykazać zasadności korzystania z tego przepisu*. Ponadto Zamawiający dodał, że żądanie przez niego *oryginału potwierdzenia na piśmie korzystania z zasobów i pomocy osób trzecich* przy realizacji zamówienia publicznego jest zgodne z art. 26 ust. 2b pzp, co wynika wyraźnie z Izby z 6 sierpnia 2012 r. (sygn. akt KIO 1593/12). W opinii Zamawiającego bezsporne w sprawie jest, że ani § 5 ust. 1 pkt 3, ani też § 6 ust. 6 SIWZ nie wprowadza żadnych ograniczeń dla potencjalnych wykonawców, które skutkowałyby naruszeniem zasady uczciwej konkurencji określonej w art. 7 ust. 1 pzp.

Ad 4. {zarzut naruszenia art. 14 i art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 387 § 1 kc}

Zamawiający oświadczył, że zarzut naruszenia art. 387 § 1 kc jest bezzasadny, gdyż oczywiste jest, że zapłata wynagrodzenia za wykonaną dostawę może nastąpić tylko przez

Zamawiającego –jako zobowiązanego do realizacji tego świadczenia pieniężnego – i tylko na rzecz wykonawcy spełniającego świadczenie rzeczowe. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący myli sposób zapłaty z niemożliwością wykonania umowy przez wykonawcę. Jeżeli wykonawca składa swoją ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to znaczy, że oświadcza, że jest w stanie wykonać dane zamówienie. W takim przypadku nie może być mowy o żadnej pierwotnej niemożliwości wykonania tego zobowiązania. Natomiast jeśli w trakcie realizacji okaże się, że wykonawca nie jest w stanie spełnić świadczenia, to przyjmuje się odpowiedzialność deliktową kontrahenta mającego spełnić świadczenie rzeczowe (vide wyrok Sądu Najwyższego 2 czerwca 2004 r., sygn. akt IV CK 400/03). W przekonaniu Zamawiającego Odwołujący *nie rozumie pojęcia i możliwości spełnienia świadczenia od tzw. niemożliwości obiektywnej. Jest to taka niemożliwość, którą nie jest w stanie spełnić nie tylko odwołujący, ale w ogóle nikt.* Według Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił, że żaden z pozostałych potencjalnych oferentów nie jest w stanie spełnić *tego świadczenia*. Tym samym Odwołujący nie wykazał tzw. nieważności bezwzględnej powstającej z mocy samego prawa, gdyż nie wykazał jaki konkretny przepis prawa stanowi podstawę takiej nieważności {*Uchwała SN z dnia 30.12.1975 r., sygn. akt III CZP 86/75, OSNCP 1976 n, nr 6, poz. 125; Postanowienie SN z dnia 26.03.1998 r., sygn. akt II CKN 227/97, OSNC 1998 r., nr 11, poz. 179; Wyrok SN z dnia 27.06.2001 r., sygn. akt II CKN 602/00, OSNC 2002 r., nr 2, poz. 28*}. Zdaniem Zamawiającego sam przepis art. 387 § 1 kc nie ma charakteru *iuris cogentis*, lecz aby go zastosować trzeba wykazać jaki konkretny przepis prawa został naruszony (niemożliwość prawna). Natomiast sama ocena Odwołującego jest daleko niewystarczająca, gdyż Odwołujący nie wykazał sprzeczności § 3 ust. 9 załącznika nr 8 do SIWZ z jakimkolwiek bezwzględnie obowiązującym przepisem prawa.

Ad 5. {zarzut naruszenia art. 14 oraz art. 139 ust. 1 pzp w zw. z art. 483 § 1, art. 353¹ oraz art. 5 kc}

Zdaniem Zamawiającego zarzut naruszenia art. 14 oraz art. 139 ust. 1 pzp jest nieuprawniony, gdyż przepisy te są tylko odesłaniem do przepisów części ogólnej Kodeksu cywilnego oraz przepisów Kodeksu cywilnego o zobowiązaniach. Natomiast ocena Odwołującego, że postanowienia § 3 ust. 8 i 9 załącznika nr 8 do SIWZ przekraczają granicę swobody umów, jest dowolna i niczym nieuzasadniona. Jeśli Odwołujący twierdzi, że warunki umowy określone w załączniku nr 8 do SIWZ są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa o charakterze *iuris cogentis*, to winien w odwołaniu wykazać, które przepisy konkretnie zostały naruszone. Odwoływanie się do ogólnych treści art. 353¹ kc jest daleko niewystarczające, a Odwołujący nie może powoływać się jedynie na swoją ocenę

w tym zakresie.

Według Zamawiającego zarzut, że wykonawca byłby zobowiązany do zapłaty wskazanych tam kar umownych także w przypadku niedotrzymania terminów zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego *jest przykładem eklektycznego pojmowania i interpretowania prawa* przez Odwołującego. Zamawiający oświadczył, że nie przekroczył granic dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej. W opinii Zamawiającego powoływanie się przez Odwołującego na wyrok Izby z 4 czerwca 2013r. jest nieadekwatne, jeśli chodzi o skalę zamówienia, a porównywanie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta stołecznego Warszawy z zamówieniem będącym przedmiotem niniejszego odwołania jest wręcz nadużyciem. Zamawiający oświadczył, że zastrzeżone przez niego kary umowne stanowią tylko zabezpieczenie przed obrotem(handlem) wierzytelnościami przysługującymi wykonawcy od Zamawiającego z tytułu realizacji zamówienia publicznego i wyłącznie od wykonawcy zależy, czy Zamawiający będzie musiał je zastosować (naliczyć). Natomiast stwierdzenie Odwołującego, że przewidziane kary umowne będą przewyższać wartość przedmiotu zamówienia Zamawiający nazwał konfabulacją.

Zamawiający podsumował, że w jego opinii wielce prawdopodobne jest, że w odwołaniu nie chodzi o interes Odwołującego, lecz o interes firmy Magellan S.A., którą pełnomocnicy Odwołującego reprezentują w cywilnych postępowaniach sądowych wytoczonych Zamawiającemu o zapłatę należności przysługujących wykonawcom, a przejętych przez Firmę Magellan S.A.. Zamawiający stwierdził, że firma Magellan S.A. nabywa długi podmiotów leczniczych, w tym długi Zamawiającego, za pomocą różnego rodzaju zabiegów prawnych *i temu służy całe to odwołanie*, zwłaszcza w zakresie uchylecia § 3 ust. 8 i 9 załącznika nr 8 do SIWZ.

Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Izba uznała za niezasadny wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający argumentował, że wpis od odwołania nie został uiszczony przez Odwołującego, a przez inny podmiot – Magellan S.A.,

co jest niezgodnie z treścią § 2 ust.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania z dnia 15 marca 2010 r. (Dz.U. Nr 41, poz. 238, z późn. zm). W pierwszej kolejności należy zauważyć, że okoliczność podnoszona przez Zamawiającego nie mieści się w hipotezie art. 189 ust. 2 pkt 2 pzp, gdyż nieuiszczenie wpisu skutkuje zwrotem odwołania, a nie jego odrzuceniem, co wynika wprost z art. 187 ust. 6 pzp. Ponadto nie ma wątpliwości, że w przedmiotowej sprawie wpis od odwołania wniesionego przez Odwołującego został uiszczony, a nie ma znaczenia, czy przelew dokonano z rachunku bankowego innego podmiotu. Na marginesie Izba prostuje, że wbrew twierdzeniu Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie, jego stanowisko nie znajduje żadnego oparcia w przywołanym przez niego postanowieniu Izby z 23 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 1004/11), które dotyczyło zwrotu odwołania z powodu nieuiszczenia wpisu w pełnej wysokości.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, o którego udzielenie może się ubiegać. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp mogą narażać na szkodę Odwołującego, skoro – jak twierdzi w odwołaniu – ich utrzymanie utrudni, a nawet uniemożliwi mu złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, to jest przeprowadziła dowody z następujących dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z.,

w szczególności w zakresie treści załącznika nr 8, a także z protokołu postępowania,

Izba stwierdziła, że załączniki do odpowiedzi na odwołanie oraz złożone na rozprawie dokumenty (wykaz spraw sądowych toczących się pomiędzy Magellan S.A. a Zamawiającym, kserokopie dwóch przykładowych nakazów zapłaty wraz z pozwami, kopia dokumentacji postępowania sądowego związanego z nakazem zapłaty i zajęciem wierzytelności) dotyczą bezspornych okoliczności. Z kolei Izba stwierdziła, że nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzyganej sprawy przedstawiona przez Zamawiającego na rozprawie kserokopia umowy o współpracy w zakresie obsługi wierzytelności i udzielania poręczeń, zawarta 30 lipca 2010 r. pomiędzy Dialmed sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie a Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne w zakresie zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na potwierdzenie się jednego z zarzutów.

Pomimo wyliczenia w odwołaniu szeregu zarzutów, można je podzielić na dwie zasadnicze grupy: po pierwsze – zarzuty dotyczące wprowadzenia przez Zamawiającego ukrytego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowej, po drugie – zarzuty związane z wprowadzeniem do umowy zobowiązania wykonawcy do świadczenia niemożliwego, a także kar umownych niezwiązanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Przy czym zarzuty obu grup odnoszą się przede wszystkim do postanowień załącznika nr 8 do s.i.w.z., czyli wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego przy gotowanego przez Zamawiającego. Kluczowe znaczenie mają tu regulacje zamieszczone w ust. 8 - 11 § 3 wzoru umowy, których brzmienie jest następujące:

{ust. 8}

Wykonawca gwarantuje, że jakiegokolwiek prawa Wykonawcy związane bezpośrednio lub pośrednio z umową, a w tym wierzytelności Wykonawcy z tytułu wykonania umowy i związane z nimi należności uboczne (m. in. odsetki), nie zostaną przeniesione na rzecz osób trzecich bez poprzedzającej to przeniesienie zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Wykonawca gwarantuje, iż nie dokona jakiegokolwiek czynności prawnej lub też faktycznej, której bezpośrednim lub pośrednim skutkiem będzie zmiana wierzyciela z osoby Wykonawcy na inny podmiot. Niniejsze ograniczenie obejmuje w szczególności przelew, subrogację ustawową oraz umowną, zastaw, hipotekę oraz przekaz. Wykonawca gwarantuje, iż celem dochodzenia jakichkolwiek praw z umowy nie może udzielić upoważnienia, w tym upoważnienia inkasowego, innej firmie, w tym firmie

prowadzącej pozostałą finansową działalność usługową, gdzie indziej nie sklasyfikowaną, jak i pozostałe doradztwo w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej i zarządzania w rozumieniu m.in. przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności, tj. firmom zajmującym się działalnością windykacyjną.

{ust. 9}

Wykonawca przyjmuje do wiadomości i zobowiązuje się, iż zapłata za świadczenia wykonane zgodnie z umową nastąpi tylko i wyłącznie przez Zamawiającego bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, i tylko w drodze przelewu na rachunek Wykonawcy. Umorzenie długu Zamawiającego do Wykonawcy poprzez uregulowanie w jakiegokolwiek formie na rzecz innych podmiotów niż bezpośrednio na rzecz Wykonawcy, może nastąpić wyłącznie za poprzedzającą to uregulowanie zgodą Zamawiającego wyrażoną w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

{ust. 10}

W razie naruszenia obowiązku opisanego wyżej w ustępie 8 Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10 % od wartości zamówienia wskazanego w § 2 ust. 3 niniejszej umowy za każdy przypadek naruszenia wyżej wskazanego obowiązku, co nie narusza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej.

{ust. 11}

W razie naruszenia obowiązku opisanego wyżej w ustępie 9, Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 10 % od wartości zamówienia wskazanego w § 2 ust.3 niniejszej umowy za każdy przypadek naruszenia wyżej wskazanego obowiązku, co nie narusza prawa Zamawiającego do dochodzenia odszkodowania przewyższającego wysokość zastrzeżonej kary umownej.

{ust. 12}

Kara umowna płatna będzie w szczególności w drodze złożenia przez Zamawiającego oświadczenia woli o potrąceniu, bez konieczności uzyskiwania zgody Wykonawcy. Zamawiający jest uprawniony do złożenia przedmiotowego oświadczenia najwcześniej z chwilą powzięcia wiadomości o naruszeniu przez Wykonawcę zakazów, o których mowa w ustępie 8 i 9 niniejszego paragrafu.

I.

Izba uznała za niezasadne wszystkie zarzuty z pierwszej grupy. Przed wszystkim Izba nie stwierdziła, aby Zamawiający sprecyzował w s.i.w.z. jakikolwiek warunek udziału

w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W sprawie niesporne było, że w § 5 s.i.w.z. – poświęconemu warunkom udziału w postępowaniu oraz opisowi sposobu dokonywania oceny ich spełniania – Zamawiający oświadczył, że nie stawia w tym zakresie szczególnych wymagań. Natomiast Odwołujący zarzucił, że Zamawiający *de facto* wprowadził – ukryty w ust. 8 i 9 § 3 wzoru umowy – warunek, aby wykonawca posiadał opartą na zasobach własnych zdolność finansową, która pozwoli na poniesienie ciężaru realizacji zamówienia przy ratałnym sposobie płatności wynagrodzenia. Przy czym – wbrew stanowisku Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie – Izba nie dopatrzyła się w odwołaniu zakwestionowania samego ust. 5 § 3 wzoru umowy, który przewiduje rozłożenie płatności wynagrodzenia za jednorazową dostawę na 12 równych rat, każda z 30-dniowym terminem płatności. Zdaniem Izby niewątpliwie zachodzi dysonans pomiędzy takimi warunkami płatności wynikającymi z umowy, według których wykonawca całość wynagrodzenia otrzyma dopiero po ponad roku od zrealizowania dostawy, a brakiem weryfikacji wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod kątem ich zdolności finansowej do poniesienia ciężaru jego realizacji. Zarówno z s.i.w.z., jak i z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający uznaje w tym zakresie za wystarczające złożenie ogólnego oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, co *de facto* oznacza odstąpienie od weryfikowania finansowej zdolności wykonawcy składającego ofertę do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący nie domagał się jednak wprowadzenia adekwatnego do warunków umowy warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału finansowego, lecz wyłącznie dążył do usunięcia, względnie zmiany, ust. 8 i 9 § 3 wzoru umowy, które wyłączają możliwość obrotu wierzytelnością wykonawcy zamówienia względem Zamawiającego z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia. W tym celu Odwołujący nazwał te postanowienia ukrytym warunkiem udziału w postępowaniu, a następnie zarzucił, że ów warunek nierówno traktuje wykonawców, jest nieproporcjonalny oraz uniemożliwia poleganie na zdolnościach finansowych innych podmiotów. Ponieważ w ocenie Izby nie ma podstaw, aby utożsamiać treść umowy z warunkami udziału w postępowaniu, zarzuty odwołania – jako skierowane przeciwko domniemanemu przez Odwołującego, a w rzeczywistości niezastrzeżonemu warunkowi w zakresie sytuacji finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie przedmiotowego zamówienia – już z tego powodu należało uznać za niezasadne, gdyż bezprzedmiotowe. Gdyby w s.i.w.z. został sprecyzowany warunek udziału w postępowaniu mogłoby to być wymaganie, aby wykonawca wykazał posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w konkretnej wysokości. Odwołujący zadeklarował w odwołaniu, że nie ma własnych środków

finansowych, a na rozprawie dodał, że nie ma nieruchomości czy innych elementów majątku, które mogłyby służyć jako zabezpieczenie kredytu lub pożyczki. Odwołujący nie był jednak w stanie wskazać żadnego konkretnego przepisu ustawy pzp, z którego miałyby wynikać obowiązki wprowadzenia możliwości zaspokojenia się przez instytucję finansową potwierdzającą zdolność kredytową wykonawcy, względnie przez podmiot trzeci udostępniający swoje zdolności finansowe wykonawcy, z wynagrodzenia, które wykonawca ma otrzymać z tytułu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie jest wystarczające powołanie się na wynikającą z art. 7 ust. 1 pzp zasadę równego traktowania wykonawców. Brak zatem podstaw do wywiedzenia reguły, że wierzytelność przyszła z tytułu wynagrodzenia za realizację umowy w sprawie zamówienia publicznego ma być podstawą lub elementem oceny zdolności kredytowej dokonywanej przez instytucję finansową. Nawet jeżeli w sytuacji Odwołującego jest to jedyny możliwy sposób uzyskania środków na sfinansowanie przedmiotu zamówienia, nie oznacza to, że dotyczy to innych potencjalnych wykonawców. Zamawiający nie mają obowiązku dopuszczenia do udziału w postępowaniu wszystkich potencjalnych wykonawców, a tylko takich, którzy będą zdolni do należytego wykonania udzielonego w danym postępowaniu zamówienia. Jednakże w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odstąpił od sprecyzowania warunku udziału dotyczącego sytuacji finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Zupełnie odrębną kwestią jest, czy wszyscy wykonawcy, którzy formalnie mogą złożyć oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, w rzeczywistości będą w stanie ponieść ciężar realizacji zamówienia na warunkach umowy przewidującej w ust. 5 § 3 ratalną płatność wynagrodzenia. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia muszą również brać pod uwagę, że na mocy ust. 8 i 9 § 3 umowy bez zgody Zamawiającego nie będą mogli skutecznie dokonać cesji wierzytelności z tytułu realizacji zamówienia, ani innych podobnych czynności skutkujących zmianą wierzyciela na inny podmiot niż wykonawca.

Odwołanie zawiera tylko zarzuty kwestionujące postanowienia ust. 8 i 9 § 3 wzoru umowy jako ukryty warunek udziału w postępowaniu, a nie jako niedopuszczalne regulacje umowy w sprawie zamówienia publicznego {z wyjątkiem zarzutu zawartego w drugiej grupie}. Na marginesie należy jednak zauważyć, że z art. 509 § 1 kodeksu cywilnego wprost wynika, że wierzyciel może bez zgody dłużnika przenieść wierzytelność na osobę trzecią, czyli dokonać przelewu wierzytelności, chyba że sprzeciwiałoby się to – między innymi – zastrzeżeniu umownemu. Z kolei ustawa pzp nie zawiera w tym zakresie odmiennych regulacji, które zakazywałyby zamawiającym wprowadzania takiego zastrzeżenia do umów w sprawie zamówień publicznych. Odwołujący zdaje się mieć tego świadomość, gdyż

ewentualnie godził się na pozostawienie w mocy *pactum de non cedendo*. Odwołujący nie przedstawił jednak żadnych argumentów, które wskazywałyby na niedopuszczalność lub nieskuteczność zastrzeżenia umownego wyłączającego możliwość podjęcia bez zgody Zamawiającego innych czynności zmierzających do zmiany wierzyciela na inny podmiot lub udzielenia takiemu podmiotowi tzw. upoważnienia inkasowego. Co prawda nie sposób zgodzić się z Zamawiającym, że § 8 ust. 3 wzoru umowy wynika z art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. Nr 112, poz. 654, z późn. zm.), gdyż z przepisu tego wynika, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący, a zgodnie z przepisem następnego ustępu tego artykułu czynność prawna dokonana bez takiej zgody jest nieważna. Co najwyżej można stwierdzić, że Zamawiający biorąc pod uwagę taką regulację ustawową, postanowił ustanowić analogiczne ograniczenie umowne, które uzależni skuteczność tego typu czynności od jego zgody. Zamawiający wprowadził znacznie bardziej rozbudowaną regulację, jednakże zawiera ona wprost wskazanie, że chodzi o czynności, których skutkiem będzie zmiana wierzyciela z wykonawcy zamówienia na inny podmiot. Z kolei użyte w art. 54 ust. 5 wspomnianej ustawy sformułowanie „czynności mające na celu”, oznacza, że ustawodawca chciał nim objąć nie tylko o umowy bezpośrednio dotyczące zmiany wierzyciela (np. przelew wierzytelności), lecz także te umowy, których skutkiem jest taka zmiana. O ile zatem z art. 54 ustawy o działalności leczniczej nie wynika wprost upoważnienie dla wprowadzania analogicznych regulacji przez samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej do zawieranych przez niego umów cywilnoprawnych, o tyle nie ma wątpliwości, że obie zmierzają do zapobieżenia niekontrolowanego obrotu długami podmiotu leczniczego. Skoro występowanie takiego zjawiska jest okolicznością notoryjną, a jednocześnie oczywiste jest, że sam zakaz cesji wierzytelności nie jest wystarczający dla jego zapobieżenia, trudno czynić Zamawiającemu, który nie chce do tego dopuścić, zarzut, że – ucząc się na własnych doświadczeniach – starał się objąć, zarówno na poziomie reguły generalnej, jak i przykładowego wyliczenia, możliwie pełny katalog czynności. Odwołujący, który na co dzień współpracuje z podmiotem funkcjonującym na rynku wierzytelności podmiotów leczniczych, nie powinien mieć żadnych wątpliwości co do celu i zakresu ustanowionego przez Zamawiającego w umowie ograniczenia. Należy przy tym zauważyć, że jest to jedynie ograniczenie, gdyż wykonawca zamówienia może wystąpić do Zamawiającego o wyrażenie zgody na przelew wierzytelności, względnie dokonanie innej czynności zmierzającej do podobnego skutku.

Reasumując, Izba nie stwierdziła, aby postanowienia ust. 8 i 9 § wzoru umowy

w sprawie zamówienia publicznego mogły zostać ocenione jako ukryty warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji finansowej wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji zarzuty naruszenia przez te postanowienia umowy przepisów ustawy pzp dotyczących warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należało uznać za niezasadne. W szczególności należy zauważyć, że skoro niesporne było, że regulacji art. 26 ust. 2b pzp nie można wyłączyć na mocy postanowień s.i.w.z., oczywistym jest, że regulacja § 6 ust. 6 s.i.w.z. dostosowana została sytuacji, w której Zamawiający sprecyzował opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w pkt 1 - 4 ust. 1 art. 22 pzp, wyłącznie w odniesieniu do potencjału osobowego.

II.

Na wstępie Izba rozważyła swoją kompetencję do rozstrzygnięcia zawartych w odwołaniu zarzutów naruszenia przepisów kodeksu cywilnego, do których niewątpliwie ustawa pzp – w zakresie nieuregulowanym w niej odmiennie – odsyła zarówno w art. 14, jak i 139. Jednocześnie zgodnie art. 180 ust. 1 pzp odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy. Ponieważ ustawa pzp, poza przepisami działu IV nie zawiera regulacji dotyczących postanowień umownych, kompetencja Izby bazująca na zawartym w art. 14 i 139 ustawy pzp odesłaniu do kodeksu cywilnego wydaje się być ograniczona, jednak z pewnością mieści się w niej ocena naruszenia zasad wynikających z przepisów powołanych w odwołaniu, takich jak art. 5 czy art. 353¹ kodeksu cywilnego, które odwołują się do kategorii zgodności z ustawą {czyli przepisami o charakterze *iuris cogentis*} czy zasad współżycia społecznego.

Izba nie stwierdziła zasadności zarzutu, że ust. 9 § 3 wzoru umowy nakłada na wykonawcę zobowiązanie do świadczenia niemożliwego, które należy uznać za nieważne z mocy art. 387 § 1 kc. Niewątpliwie redakcja tego postanowienia umownego nie jest doskonała, gdyż rzeczywiście wykonawca może jedynie przyjąć do wiadomości, a nie zobowiązać się do tego, że na jego rachunek Zamawiający przeleje wynagrodzenie za wykonaną dostawę. Jest to jednak oczywiste. Natomiast nie sposób nie zauważyć, że zdanie drugie nawiązuje do ustępu poprzedzającego, skoro mowa jest w nim o wymaganej zgodzie Zamawiającego na umorzenie długu względem wykonawcy przez „uregulowanie” na rzecz innych podmiotów niż wykonawca. Jest to zatem ciąg dalszy regulacji ograniczającej obrót długiem Zamawiającego względem wykonawcy zamówienia.

Odwołujący nie przedstawił żadnych argumentów wskazujących na możliwość jego oceny jako zobowiązania do świadczenia niemożliwego.

Jednakże zdaniem składu orzekającego Izby kary umowne przewidziane w ust. 10 - i 12 § 3 załącznika nr 8 do s.i.w.z. należy uznać za przekroczenie przez Zamawiającego przysługującego mu, co do zasady, uprawnienia do kształtowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z zasadą swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kc strony zawierające umowę, co do zasady, mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiał się właściwości (naturze) stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. O ile zasada swobody umów wymaga konsensusu obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych doznaje ona trojkiego ograniczenia: po pierwsze – zamawiający nie może swobodnie wybrać kontrahenta, po drugie – zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, po trzecie – strony nie mogą swobodnie zmienić umowy już zawartej. Drugie z tych ograniczeń wiąże się z regulacją art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, zgodnie z którą zamawiający zobowiązany jest zawrzeć w treści s.i.w.z. istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Wynika z tego również uprawnienie Zamawiającego do ukształtowania postanowień zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, którego zamierza udzielić. Można zatem powiedzieć, że zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego uprawnienie zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 kc, zgodnie z którą nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego, a takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. Dla ustalenia granic swobody umów z punktu widzenia zasad współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia społecznego, jako granicy swobody umów, jest problematyka tzw. słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym, czy też korzyści i ciężarów oraz

szans i ryzyk związanych z powstaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi jednakże badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalanie, czy równomiernie są one obciążone obowiązkami i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia zarówno wzajemności lub odpowiedniości uprawnień – rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci, ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważenie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień – jak i proporcjonalności uprawnień, czyli dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego. Dalsza przesłanka uznania umowy za wykraczającą poza granice kompetencji stron wynika z istoty zasad współżycia społecznego jako ocen i norm moralnych, a polegająca na konieczności uwzględnienia również postawy drugiej strony umowy. Negatywna ocena ze względu na kryteria moralne uzasadniona jest w tych tylko przypadkach, gdy kontrahentowi osoby pokrzywdzonej można postawić zarzut złego postępowania, polegającego na wykorzystaniu (świadomym lub spowodowanym niedbalstwem) swojej przewagi. W doktrynie wskazuje się, iż kryterium „natury stosunku” nie ma samodzielnej, własnej treści, ale w całości pokrywa się z kryterium ustawy. Powoływanie się na właściwość stosunku w procesie stosowania prawa stanowi jednak w wielu wypadkach alternatywny i niekiedy prostszy od pozostałych sposobów (odwołujących się do ustawy czy zasad współżycia społecznego), bardziej intuicyjny wariant uzasadnienia decyzji uznającej określone postanowienie umowy za bezskuteczne.

Izba zważyła, że kary umowne zastrzeżone przez Zamawiającego w ust. 10 i 11 § 3 wzoru umowy nie mają żadnego związku z uchybieniami wykonawcy w wykonaniu przedmiotu zamówienia, który sprowadza się do jednorazowej dostawy elementów tomografu komputerowego wraz z ich instalacją w terminie kilku dni od zawarcia umowy. Ponadto wykonawca ma udzielić 12-miesięcznej gwarancji jakości na dostarczoną lampę RTG wraz z przewodami wysokiego napięcia, w której ramach ma obowiązek usuwania w ciągu kilku dni usterek lub awarii. Wykonanie tych zasadniczych dla osiągnięcia celu zamówienia świadczeń zostało powiązane z zastrzeżeniem kar umownych w wysokości odpowiednio 0,5% i 1,5% wynagrodzenia netto wykonawcy za każdy dzień zwłoki, przy czym nie może przekroczyć 10% wysokości tego wynagrodzenia, z tym, że jeżeli rzeczywista szkoda będzie wyższa Zamawiający jest uprawniony do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych Powyższe regulacje z § 6 wzoru umowy nie

wzbudziły zastrzeżeń Odwołującego, który trafnie wskazywał, że zastrzegane przez zamawiających w umowach w sprawie zamówienia publicznego kary umowne powinny zmierzać do zabezpieczenia prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem Zamawiający na tym nie poprzestał i zastrzegł dla siebie uprawnienie do naliczania kar umownych – w wysokości 10% wynagrodzenia wykonawcy, a nawet z możliwością domagania się odszkodowania uzupełniającego – również w sytuacji, gdy dostawa i instalacja części do tomografu zostanie należycie zrealizowana przez wykonawcę. Zamawiający sam oświadczył w odpowiedzi na odwołanie, że kary umowne z ust. 10 i 11 § 3 wzoru umowy służą jedynie zabezpieczeniu go przed obrotem wierzytelnościami przysługującymi wykonawcy z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający potwierdził, że mają one wyłącznie charakter prewencyjno-represyjny, a ich celem nie jest zmotywowanie wykonawcy do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, lecz sankcjonowanie ewentualnych prób naruszenia klauzul ust. 8 i 9 § 3 wzoru umowy. W konsekwencji Zamawiający zastrzegł dla siebie uprawnienie naliczenia kar umownych również w sytuacji, gdy sam będzie się opóźniał w zapłacie wynagrodzenia, a wykonawca podejmie próbę sprzedaży przysługującej mu wierzytelności. Co więcej, Zamawiający na mocy ust. 12 § 3 uczynił się uprawnionym do potrącenia z wynagrodzeniem wykonawcy kar umownych, które naliczy wykonawcy z tego tytułu. Tym samym Zamawiający może pomniejszyć na tej podstawie wymagalne wynagrodzenie wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W ocenie Izby wynika to wprost z przywołanych postanowień wzoru umowy i nie wymaga ich *eklektycznego pojmowania i interpretowania*. Zamawiający poza wyrażeniem tego typu oceny, nie przedstawił żadnych argumentów uzasadniających konieczność wprowadzenia tego typu sankcji z uwagi na jego uzasadniony interes związany z zapewnieniem prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. Natomiast za naruszające słuszny interes drugiej strony umowy należy uznać jej postanowienia stwarzające Zamawiającemu możliwość naliczania kar umownych za próby odzyskania przez wykonawcę wymagalnego już wynagrodzenia w drodze sprzedaży wierzytelności innemu podmiotowi lub innej czynności o podobnym skutku. Ponadto jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego należy ocenić regulacje umowne, które w konsekwencji mogą doprowadzić do wykluczania wykonawcy przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp z innych postępowań o udzielenie zamówienia, w sytuacji, gdy nałożona kara umowna w wysokości 10% wartości oferty była związana z podjęciem przez niego próby odzyskania zaległego wynagrodzenia za należyte zrealizowanie przedmiotu zamówienia, z którego wypłatą Zamawiający się opóźniał.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 139 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 353¹ i art. 5 kodeksu cywilnego może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – i – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocników, które uwzględniono w wysokości 3600 zł, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący: