

**WYROK**

**z dnia 29 kwietnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 kwietnia 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 kwietnia 2014 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa produktów leczniczych* (nr postępowania PN/2/14)

prowadzonym przez zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi;**
  - 2.2. zasądza od **odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi** na rzecz zamawiającego: **Samodzielnego Publicznego Szpitala Klinicznego nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiego Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II** kwotę **3567 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćset sześćdziesiąt siedem złotych zero groszy) –

**Sygn. akt KIO 732/14**

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

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, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskie Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II – 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, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „pzp”}, postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę pn. *Dostawa produktów leczniczych* (nr postępowania PN/2/14).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 21 stycznia 2014 r. pod nr 2014/S\_14-020298, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (<http://www.gczd.katowice.pl>), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub s.i.w.z.}.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

4 kwietnia 2014 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: LEK S.A. z siedzibą w Strykowie, Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi {zwanym również dalej w skrócie „Konsorcjum LEK-Magellan”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w poszczególnych częściach zamówienia {zwanym również „pakietami”}, a także o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej na części nr: 13, 14, 20, 22, 36 i 41 na podstawie *art. 89 ust. 1, ust. 3 i ust. 8* ustawy pzp, a także o unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp postępowania w częściach nr: 7, 22, 26, 38, 70 i 80, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

14 kwietnia 2014 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej (pismo datowane na 11 kwietnia 2014 r.) odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od rozstrzygnięcia postępowania w częściach nr 22 i 36 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 3 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 83 ust. 1 Kodeksu cywilnego i art. 22 ust. 1 pkt 4 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako prowadzącej do dokonania czynności o charakterze pozornym, która ma na celu ukrycie innej czynności prawnej –

zmierzącej do przelewu wierzytelności.

3. Art. 91 ust. 1 w zw. z art.7 ust. 1 – przez zaniechanie wybrania oferty Odwołującego, która w świetle kryteriów oceny jest ofertą najkorzystniejszą, co skutkuje prowadzeniem postępowania w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
4. Art. 93 ust. 1 pkt. 1 – przez wadliwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, że nie złożono w pakiecie nr 22 żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w częściach nr 22 i 36 zamówienia {żądania}:

1. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 22.
3. Powtórnego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

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

Ad 1 {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 pzp}

Odwołujący zrelacjonował, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp powołał się na naruszenie przez ofertę Odwołującego art. 23 ust. 1 pzp, które opisał następująco: *Z dołączonej do oferty umowy Konsorcjum z dnia 26.02.2014 r. wynika wprost, że umowę Konsorcjum wykonywać będzie wyłącznie Lider konsorcjum, a działalność Konsorcjanta Magellan S.A. ogranicza się wyłącznie do czynności mających na celu odzyskiwanie wierzytelności.*

Zdaniem Odwołującego stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie z następujących powodów.

W literaturze przedmiotu dominuje pogląd, iż *uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne powstaje z mocy prawa, a nie z faktu przewidzenia takiej możliwości przez zamawiającego. Do etapu wyboru oferty wspólnych wykonawców jako oferty najkorzystniejszej zamawiający w istocie rzeczy nie ma żadnych możliwości prawnych, by wnikać w stosunki prawne łączące wspólnych wykonawców.* {komentarz do art. 23 Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Janda Paweł, Pełczyński Piotr, Babiarczyk Stefan, Czarnik Zbigniew}. Znajduje to również potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 20 maja 2008 r. (sygn. akt V Ca 903/2008), który stwierdził, że: *Do chwili wyboru oferty istnienie, forma prawna, ważność umowy konsorcyjnej nie podlega badaniu w toku postępowania o zamówienie publiczne.* Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej

z dnia 10 lipca 2013 r (sygn. akt KIO 1559/13): *W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie miał podstaw prawnych do wyciągania negatywnych konsekwencji w odniesieniu do odwołującego, w zakresie treści przedłożonej umowy konsorcjum, której to umowy nie było obowiązku załączać do oferty. Izba wskazuje, że wykonawcy składający ofertę wspólną w ramach tzw. konsorcjum mogą swobodnie kształtować treść stosunku prawnego łączącego ich w przedmiocie realizacji celu w jakim umowa została zawarta. Wynikający z przepisów prawa cywilnego charakter umowy konsorcjum uniemożliwia jej uznanie za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje przepis art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, umowa taka może zostać przedłożona, na żądanie zamawiającego dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty konsorcjum), przed podpisaniem umowy. Dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za bezprawną. Na podstawie art. 23 ust. 4 pzp zamawiający ma prawo żądać umowy konsorcjum dopiero, gdy oferta wykonawców działających wspólnie została wybrana. Z treści analizowanego przepisu należy wysnuć wniosek, iż na etapie wyboru oferty Zamawiający nie może ani ingerować w treść tejże umowy, ani tym bardziej jej oceniać. Zatem uprawnione jest stanowisko, że kształt umowy konsorcjum nie może być przesłanką odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego {Komentarz do art. 23 Prawa zamówień publicznych, Jerzy Piróg}.*

Co więcej, minimalnym wymogiem złożenia oferty wspólnej, zgodnie z art. 23 ust. 2 pzp, jest przedłożenie wraz z nią pełnomocnictwa dla pełnomocnika uprawnionego co najmniej do reprezentowania wspólnych wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowej sprawie wymógł został dopełniony – w pełnomocnictwie stanowiącym załącznik nr 1 do umowy konsorcjum wskazano Lidera jako podmiot uprawniony do reprezentacji Konsorcjum.

Zgodnie z utartym poglądem: *umowa Konsorcjum jest umową nienazwaną i dopuszczalność jej zawarcia wynika z ogólnej zasady swobody umów określonej wart. 353<sup>1</sup> kc. W związku z powyższym to umowa konsorcjum powinna dokładnie precyzować zakres obowiązków i praw poszczególnych jej członków (wspólników), a także zasady ich reprezentacji. Elementem istotnym takiej umowy będzie oznaczenie celu gospodarczego oraz wskazanie działań, którymi konsorcjami chcą ten cel osiągnąć. Konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym wynikającym z umowy, w którym każdy z jego członków (konsorcjantów) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz; a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. {w odwołaniu nie podano źródła cytatu}. Odwołujący zauważył, że umowa konsorcjum z 26 lutego 2014 r. precyzyjnie określa*

zakres praw i obowiązków Lidera oraz Konsorcjanta. Na zasadzie powyżej wskazanej zasady swobody umów podmioty te w istocie rozgraniczyły zakresy własnych praw i obowiązków wedle własnych zdolności i preferencji, oznaczając jednocześnie wspólny cel gospodarczy tej umowy, który ma zostać zrealizowany przez Lidera oraz Konsorcjanta. Odwołujący podkreślił, że cel zawartej umowy konsorcjum jest zgodny z SIWZ obowiązującą w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że w myśl wskazanego wyżej stanowiska doktryny {w odwołaniu nie podano precyzyjnie źródła poniższych cytatów}: *wewnętrzna struktura konsorcjum może być tak skonstruowana, że wykonywanie wszelkich czynności jednostkowych związanych nie tylko z reprezentacją konsorcjum w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się z prowadzeniem jego spraw, będzie się koncentrować w rękach jednego uczestnika, tzw. lidera. Dodatkowo: w ramach umowy konsorcjum w pełni dopuszczalne jest takie ułożenie wzajemnych zadań i obowiązków, w których jeden z konsorcjantów będzie partycypował jedynie w zyskach bez żadnej lub przy niewielkiej ekwiwalentności świadczeń wzajemnych.* Dopuszczalne jest zatem sformułowanie umowy konsorcjum w taki sposób, że pomiędzy uczestnikami konsorcjum powstaje stan swoistej asymetrii praw i obowiązków, która mieści się jednak w ogólnej zasadzie swobody umów oraz zgodna jest z celem gospodarczym umowy konsorcjum. Z tego względu określone rozłożenie praw i obowiązków pomiędzy liderem a konsorcjantem – wynikające z profilu działalności oraz potencjału obydwu podmiotów – nie może stanowić przesłanki do odrzucenia oferty konsorcjum z powodu jej niezgodności ze wskazanymi powyżej przepisami pzp. Odwołujący podkreślił, że swoiste ukształtowanie praw i obowiązków w umowie konsorcjum z 26 lutego 2014 r. w żaden sposób nie niweczy celu gospodarczego, dla którego ta umowa została zawarta, czyli realizacji zamówienia publicznego nr PN/2/14. Jak wskazano w komentarzu {w odwołaniu nie wskazano precyzyjnie źródła poniższego cytatu}: *Zamawiający nie jest uprawniony do żądania przedłożenia umowy Konsorcjum o treści przez siebie wskazanej. Zamawiający nie może wpływać na treść umowy. Nie może w szczególności ingerować w to, jaką część zamówienia będzie wykonywać Konsorcjant.*

Według Odwołującego nie jest prawdą twierdzenie Zamawiającego, że umowę z nim zawartą wykonywać miał wyłącznie Lider, a działalność Konsorcjanta ograniczać się miała wyłącznie do czynności mających na celu odzyskanie wierzytelności. Na podstawie umowy konsorcjum z 26 lutego 2014 r. Lider oraz Konsorcjant zobowiązali się wspólnie realizować umowę zawartą z Zamawiającym, każdy w swoim zakresie określonym w umowie konsorcjum.

Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy konsorcjum Lider Konsorcjum zobowiązuje się:

- Przygotować dokumenty i opisy techniczne niezbędne do przygotowania oferty w zakresie odpowiadającym swoim obowiązkom wynikającym z Umowy Konsorcjum zgodnie z SIWZ oraz ewentualnie złożyć ofertę.
- W przypadku wyboru przez Szpital oferty zrealizować na swój koszt i odpowiedzialność zamówienie w terminie i na warunkach określonych w Umowie Konsorcjum, w umowie zawartej pomiędzy Konsorcjum a Szpitalem, oraz w SIWZ.
- Informować każdorazowo Członka Konsorcjum o podpisaniu umowy z Zamawiającym w terminie 7 dni od jej zawarcia.

Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy konsorcjum, Członek Konsorcjum zobowiązuje się:

- Nadzorować wykonanie umowy zawartej pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym pod względem finansowym po upływie 30 dni od daty wymagalności wierzytelności przysługującej Konsorcjum względem Szpitali, w szczególności monitorować dokonywanie w terminach wskazanych w w/w umowie płatności przez Szpitale. Lider Konsorcjum na podstawie niniejszej Umowy Konsorcjum upoważnia Członka Konsorcjum do poinformowania Zamawiającego po upływie terminu wymagalności wierzytelności Konsorcjum o sprawowaniu przez Członka Konsorcjum nadzoru nad procesem odzyskiwania wierzytelności.
- Udzielić Liderowi Konsorcjum finansowania związanego z przedmiotem zamówienia celem spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Odwołujący podkreślił, że nadzorowanie realizacji umowy z Zamawiającym pod względem finansowym oraz udzielenie Liderowi finansowania nie uprawnia do stwierdzania, że Konsorcjant w zasadzie miał nie uczestniczyć w realizacji umowy przetargowej, a jedynie dokonywać czynności zmierzających do dochodzenia wierzytelności wynikających z tejże umowy.

Odwołujący dodał, że zgodnie z art. 141 pzp wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy. Odwołujący zauważył, że umowa konsorcjum z 26 lutego 2014 r. w żaden sposób nie wyłącza tejże solidarnej odpowiedzialności. Co więcej, zgodnie z ustawą pzp Wykonawcy tworzący Konsorcjum, które ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, stanowią odrębne podmioty upoważnione i zobowiązane do realizacji umowy z Zamawiającym.

Ad 2 {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp}

Odwołujący zrelacjonował, że według Zamawiającego działanie Odwołującego stanowi: *czyn nieuczciwej konkurencji albowiem jest sprzeczna z prawem i narusza interesy Zamawiającego (art. 89 ust. 3 pzp)*. Zamawiający stoi na stanowisku, że: *zawarcie umowy Konsorcjum zmierza do przejęcia przez Konsorcjanta wszystkich zobowiązań finansowych*

*Zamawiającego, które wynikać będą z realizacji zamówienia będącego przedmiotem przetargu, skutkiem czego będzie on jedynym wierzycielem Zamawiającego. Wierzycielem tym natomiast nie będzie Lider choć to on w całości – jako podmiot posiadających stosowne zezwolenia – realizować będzie dostawy zgodnie z zapisami SIWZ i umowy zawartej z Zamawiającym.*

Według Odwołującego całkowicie błędna jest ocena Zamawiającego, że umowa konsorcjum zmierza do przejęcia przez konsorcjanta zobowiązań Zamawiającego. Do konstrukcji konsorcjum znajdują zastosowanie odpowiednio przepisy regulujące funkcjonowanie spółki cywilnej. Dodatkowo w umowie konsorcjum wprost wskazano, że wybór oferty powoduje powstanie solidarności po stronie wierzycieli (uczestników konsorcjum) względem Zamawiającego. Oznacza to, że spełnienie przez Zamawiającego swego zobowiązania do rąk któregośkolwiek z uczestników Konsorcjum powoduje zwolnienie Zamawiającego z zobowiązania wobec uczestników Konsorcjum, które to zobowiązanie powstaje z tytułu udzielenie zamówienia publicznego. Umowa konsorcjum nie pociąga za sobą zmiany podmiotowej po stronie wierzyciela – co sugeruje Zamawiający – a jedynie stanowi podstawę prawną do powstania solidarności wierzycieli. W istocie na mocy umowy konsorcjum zarówno lider, jak i konsorcjant są jedynie wierzycielami solidarnymi uprawnionymi do żądania zapłaty od Zamawiającego. Konsorcjant natomiast upoważniony jest jedynie do zarządzania i administrowania wierzytelnością przysługującą członkom Konsorcjum od Zamawiającego, czyli nadzorowania realizacji umowy pod względem finansowym, monitorowania płatności oraz podejmowania wszelkich czynności związanych z odzyskaniem wierzytelności przysługującej solidarnie uczestnikom Konsorcjum, jeżeli Zamawiający uchybi terminowi płatności.

Nie można więc zgodzić się z oceną Zamawiającego że oferta Odwołującego stanowi *czyn nieuczciwej konkurencji albowiem jest sprzeczna z prawem i narusza interesy Zamawiającego (art. 89 ust. 3 pzp)*. Wręcz przeciwnie, ubieganie się wspólnie przez wykonawców o udzielenie zamówienia publicznego przyczynia się do złożenia bardziej korzystnej oferty dla Zamawiającego, a umowa konsorcjum nie niesie ze sobą jakichkolwiek dodatkowych kosztów dla Zamawiającego. Połączenie aktywności i potencjału wykonawców w ramach umowy konsorcjum sprawia, że następuje zmniejszenie kosztów ich funkcjonowania, co skutkuje przedstawieniem Zamawiającemu bardziej korzystnej oferty. Zatem nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia argument Zamawiającego, że dochodzenie przez Konsorcjanta należności wynikającej z umowy przetargowej, która to należność przysługuje solidarnie uczestnikom Konsorcjum, spowodowałoby wstrzymanie udzielania świadczeń zdrowotnych przez Zamawiającego. Konsorcjant dochodzi jedynie zapłaty ceny



ustalanej w wyniku postępowania o zamówienie publiczne, jako podmiot uprawniony do zarządzania i administrowania wierzytelności na podstawie umowy konsorcjum. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie udowodnił w żaden sposób, że umowa konsorcjum z 26 lutego 2014 r. stanowi czynność naruszającą jego interes.

Odwołujący powołał się na to, że zgodnie wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 7 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 412/13): *Istotą tworzenia konsorcjum jest połączenie swoich potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych etc. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiazania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia. W przypadku składania oferty wspólnej wszystkie podmioty składające ofertę – członkowie konsorcjum są traktowani jako jeden wykonawca – w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Członkowie konsorcjum z chwilą wyboru ich oferty i zawarcia umowy ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za jej właściwe wykonanie. Solidarna odpowiedzialność oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków konsorcjum za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między członkami konsorcjum podziału zadań. Zamawiający w takim przypadku uprawniony jest do dochodzenia naprawienia szkody w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia od wszystkich członków konsorcjum łącznie, od kilku z nich lub każdego z osobna. Takie ukształtowanie zasad odpowiedzialności członków konsorcjum niewątpliwie ma na celu ochronę interesów zamawiającego.*

Ad 3 {zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art. 83 ust. 1 kc}

Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż jego zdaniem oferta jeź nieważna na podstawie art. 83 § 1 kc. gdyż umowa konsorcjum jest umową pozorną zawartą dla ukrycia innej czynności prawnej a mianowicie umowy przelewu wierzytelności. Dodatkowo Zamawiający stwierdził, że oferta Odwołującego jest nieważna również na podstawie art. 54 ust. 6 ustawy z dnia 15.04.2011 r. o działalności leczniczej z tego względu, że narusza art. 54 ust.6 cyt. ustawy, zgodnie, z którym każda czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej wymaga zgody podmiotu tworzącego.

Odwołujący podniósł, że na podstawie umowy konsorcjum z 26 lutego 2014 r. Lider oraz Konsorcjant zobowiązali się wspólnie realizować umowę zawartą z Zamawiającym, każdy w swoim zakresie, wskazanym w tej umowie. Odwołujący podkreślił, że nadzorowanie realizacji umowy z Zamawiającym pod względem finansowym oraz udzielenie Liderowi finansowania nie uprawnia do stwierdzania, że Konsorcjant w zasadzie miał nie uczestniczyć

## Sygn. akt KIO 732/14

w realizacji umowy przetargowej, a jedynie dokonywać czynności zmierzających do dochodzenia wierzytelności wynikających z tejże umowy.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający pomija całkowicie fakt, że Magellan S.A. udzieliła Liderowi Konsorcjum potencjału finansowego w zakresie sytuacji finansowej zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy pzp.

Z tych powodów według Odwołującego chybiłoby stanowisko Zamawiającego, że umowa konsorcjum stanowi umowę pozorną zawartą dla ukrycia czynności prawnej mającej na celu zmianę wierzyciela (art. 89 ust. 8 pzp w zw, z art. 83 ust. 1 kc)

Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 733/10, KIO/UZP 734/10), w którym skład orzekający uznał, że nie ma podstaw do uznania umowy konsorcjum za pozorną ze względu na przydzielenie realizacji zamówienia jedynie liderowi tego konsorcjum: *(...) załączona do oferty umowa konsorcjum wobec zobowiązania się w niej podmiotów do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i wobec ustanowienia w tym zakresie pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest wystarczająca pod kątem oceny zgodności oferty Konsorcjum z wymogami przepisów ustawy Pzp. Określenie podziału zadań do realizacji w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w samej umowie konsorcjum nie może być przesądzające o tym, jakie czynności i zadania będą faktycznie realizowane przez poszczególnych członków konsorcjum. Umowa ta może bowiem podlegać jeszcze zmianom. Z punktu widzenia ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie jest istotny podział zadań do realizacji pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, ubiegających się wspólnie o zamówienie lecz sama wola tego wspólnego ubiegania się o zamówienie, a następnie wola jego realizacji oraz ustanowienie pełnomocnika takiego konsorcjum w postępowaniu. Dopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa jest, aby wykonawcy dochodząc do porozumienia wyrazili wolę wspólnego ubiegania się o zamówienie niezależnie od tego jakimi kwalifikacjami dysponują poszczególni członkowie konsorcjum oraz niezależnie od tego, jakie zadania będą faktycznie oni realizować po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ustawową gwarancję prawidłowości realizacji zamówienia publicznego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne stanowi solidarna odpowiedzialność każdego z tych wykonawców za prawidłowość wykonania zamówienia publicznego, wyrażona w art. 141 ustawy Pzp.*

Zdaniem Odwołującego Zamawiający bezpodstawnie twierdzi, że oferta Odwołującego jest również nieważna na podstawie art. 54 ust. 6 ustawy z 15.04.2011 r. o działalności leczniczej, gdyż narusza art. 54 ust. 4 tej ustawy, zgodnie z którym każda czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu

## Sygn. akt KIO 732/14

opieki zdrowotnej wymaga zgody podmiotu tworzącego. Odwołujący podniósł, że umowa konsorcjum nie stanowi czynności prawnej mającej na celu zmianę wierzyciela w rozumieniu tego przepisu. Umowa konsorcjum z 26 lutego 2014 r. nie prowadzi do przelewu wierzytelności przez Lidera na rzecz Konsorcjanta, gdyż przysługuje ona solidarnie uczestnikom Konsorcjum wobec Zamawiającego. Nie wymaga zatem uzyskania zgody podmiotu tworzącego SPZOZ w myśl art. 54 ustawy o działalności leczniczej.

Według Odwołującego w tym sensie za całkowicie błędne należy uznać stanowisko Zamawiającego, że umowa konsorcjum narusza jego interes. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 1 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 339/13): *Przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych, nie określają zasad współpracy oraz sposobu rozliczania się wykonawców w ramach wspólnego złożenia oferty. Sfera kształtowania stosunków między konsorcjantami jest sprawą wewnętrzną konsorcjum i pozostaje w wyłącznej gestii członków konsorcjum.*

### Ad 4 {zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 pzp}

Według Odwołującego Zamawiający odrzucając jego ofertę ze względu na treść załączonej do niej umowy konsorcjum prowadzi postępowanie w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający, pomimo że nie był do tego uprawniony, badał treść umowy konsorcjum wyłącznie w przypadku Odwołującego, pomijając przy tym umowy konsorcjum innych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Dowodem tego jest informacja zawarta w wynikach postępowania, w której Zamawiający zwraca się z prośbą do dwóch innych konsorcjów o dostarczenie umowy konsorcjum przed zawarciem umowy o zamówienie publiczne.

### Ad 5 {zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp}

Odwołujący podniósł, że Zamawiający, pomimo braku ku temu przesłanek, błędnie przyjął, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, a następnie unieważnił postępowanie w zakresie pakietu nr 22, pomimo złożenia przez Odwołującego ważnej oferty, która była jedyną ofertą złożoną w tej części zamówienia, przez co naruszony został art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

24 kwietnia 2014 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie (pismo z 22 kwietnia 2014 r.), w której Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w następujący sposób odnosząc się do jego treści.

Zamawiający podtrzymał, że prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, gdyż zarówno z umowy konsorcjum, jak i z przedmiotu

działalności Członka Konsorcjum – Magellan S.A. ujawnionego w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że umowę wykonywać będzie jedynie Lider Konsorcjum – LEK S.A. Zamawiający podkreślił, że Magellan S.A. jest podmiotem zawodowo zajmującym się finansowaniem podmiotów, a jego rola jako wykonawcy sprowadza się wyłącznie do czynności mających na celu odzyskiwanie wierzytelności.

Natomiast celem art. 23 ustawy pzp jest wspólne działanie mające doprowadzić do wykonania zamówienia publicznego, które ze względu na swój rozmiar lub specyfikę przekracza możliwości wykonania go przez jednego wykonawcę. W takim przypadku posiadane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: doświadczenie i wiedza, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, a także ich sytuacja finansowa – umożliwia im uzyskanie zamówienia, którego ze względu na wielkość lub specyfikę nie byłoby w stanie uzyskać samodzielnie.

Zamawiający podniósł, że w odniesieniu do warunków przetargu na dostawę produktów leczniczych bezprzedmiotowy jest zapis umowy konsorcjum o udzieleniu finansowania przez Członka Konsorcjum Liderowi Konsorcjum związanego z przedmiotem zamówienia, celem spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Złożenie ważnej oferty w przetargu nie było bowiem uzależnione od spełnienia przez wykonawcę jakiegokolwiek warunku dotyczącego jego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Bez wątplenia umowa konsorcjum jest umową nienazwaną i dopuszczalność jej zawarcia wynika z ogólnej zasady swobody umów. Jednak treść umowy konsorcjum, zgodnie z art. 3531 k.c., nie może być sprzeczna z przepisami ustawy, Natomiast zawarta przez konsorcjantów umowa konsorcjum jest umową pozorną zawartą dla ukrycia innej czynności prawnej, a mianowicie przelewu wierzytelności (art. 509 k.c), ma zatem na celu zmianę wierzyciela Zamawiającego. Dlatego też na podstawie art. 83 § 1 k.c. umowa ta jest nieważna.

Według Zamawiającego oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu również z tego względu, iż jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Działanie Odwołującego było sprzeczne z prawem i naruszało interes Zamawiającego, gdyż umowa konsorcjum zmierza bowiem do przejęcia przez Konsorcjanta – Magellan S.A. wszystkich zobowiązań finansowych Zamawiającego, które wynikać będą z realizacji zamówienia będącego przedmiotem przetargu, skutkiem czego będzie on jedynym wierzycielem Zamawiającego. Wierzycielem tym natomiast nie będzie Lider Konsorcjum – LEK SA, choć to on w całości – jako podmiot posiadający stosowne zezwolenia – realizować będzie dostawy zgodnie z zapisami SIWZ i umowy zawartej z Zamawiającym.

Natomiast zgodnie z art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej każda czynność prawna podjęta w celu zmiany wierzyciela Zamawiającego wymaga zgody podmiotu tworzącego – w tym przypadku Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Celem ustawodawcy było ograniczenie handlu wierzytelnościami, poprzez konieczność uzyskania zgody przez podmiot, który utworzył publiczny zakład opieki zdrowotnej. Intencją ustawodawcy było objęcie tym ograniczeniem wszystkich czynności prawnych, które w efekcie doprowadziłyby do zmiany wierzyciela. Ustawodawca uznał także za konieczne m. in. ograniczenie wtórnego rynku obrotu wierzytelnościami, gdyż obrót ten wiąże się z dodatkowymi kosztami dla zakładów opieki zdrowotnej. Treść art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej ogranicza wprawdzie zasadę wolności działalności gospodarczej, jednakże mieści się w zakresie określonym w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis ten dopuszcza bowiem ograniczenie w zakresie konstytucyjnych wolności i praw gdy jest to konieczne m.in. dla ochrony zdrowia.

Wobec powyższego według Zamawiającego jego interes został naruszony, gdyż konsorcjant Magellan S.A. profesjonalnie zajmuje się obrotem wierzytelnościami, jest podmiotem, który działa przede wszystkim na rynku usług finansowych w sektorze publicznych zakładów opieki zdrowotnej – tj. w sektorze finansów publicznych. Zamawiający jest natomiast jednostką realizującą szczególnego rodzaju zadania publiczne polegające na udzielaniu świadczeń zdrowotnych ratujących życie i zdrowie. Działania windykacyjne prowadzone przez Magellan S.A. mogłyby natomiast doprowadzić do wstrzymania udzielania świadczeń zdrowotnych, a w konsekwencji do braku dostępu do tych świadczeń na terenie działania Zamawiającego.

Zamawiający dodał, że Odwołujący nie wykazał żadnymi dowodami, aby złożona przez niego oferta była bardziej korzystna niż oferta składana przez samą firmę LEK S.A. Zamawiający podniósł, że oferta Odwołującego w żaden sposób nie odbiega od ofert składanych wcześniej jedynie przez samą firmę LEK S.A. Dlatego też argument Odwołującego, że ubieganie się wspólne przez Wykonawców o udzielenie zamówienia przyczynia się do złożenia bardziej korzystnej oferty dla Zamawiającego jest nieprawdziwy.

Dla Zamawiającego podstawę do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest nieważna stanowi art. 83 § 1 kc. Zamawiający podkreślił, że przedstawiona umowa konsorcjum jest umową pozorną zawartą dla ukrycia innej czynności prawnej, a mianowicie umowy przelewu wierzytelności. Oferta jest również nieważna na podstawie art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej z tego względu, że narusza ona art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, zgodnie z którym każda czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej wymaga zgody podmiotu tworzącego.

Zamawiający podsumował, że z uwagi na powyższą argumentację czynności podjęte przez niego były prawidłowe. Oferta Odwołującego musiała podlegać odrzuceniu, a przetarg w zakresie pakietu nr 22 unieważnieniu, gdyż Odwołujący złożył jedyną ofertę, a jego oferta podlegała odrzuceniu.

Zamawiający oświadczył, że 14 kwietnia 2014 r. przekazał kopię odwołania pozostałym uczestnikom postępowania o udzielenie zamówienia.

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. W szczególności Izba uznała za niezasadny zgłoszony przez Zamawiającego wniosek o odrzucenie odwołania jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. W ocenie Izby, wbrew odmiennemu pogładowi Zamawiającego, z treści pełnomocnictwa załączonego do odwołania nie wynika, że mocodawcy udzielają pełnomocnictwa łącznego dwóm wymienionym w nich radcom prawnym. Z kolei bez znaczenia jest okoliczność, że każdy z członków Konsorcjum LEK-Magellan popisał się na odrębnym dokumencie.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Strony podtrzymały 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 w częściach nr 22 i 36, w których złożył ofertę z najniższą ceną {w pakiecie nr 22 była to jedyna oferta},

stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert. Jednocześnie odrzucenia oferty naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

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., oferty Odwołującego, w szczególności z załączonej do niej umowy konsorcjum.

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

W ocenie Izby czynność dokonana przez Zamawiającego była prawidłowa, gdyż miał on podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jako nieważnej na mocy art. 83 § 1 kc, z uwagi na złożenie przez konsorcjum, które zostało związane dla pozoru w celu ukrycia czynności mającej na celu zmianę wierzyciela, która z kolei jest nieważna na mocy art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej jako naruszająca wynikający z art. 54 ust. 5 tej ustawy obowiązek uzyskania na taką czynność zgody podmiotu tworzącego samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z kolei według art. 83 § 1 kodeksu cywilnego nieważne jest oświadczenie woli złożone drugiej stronie za jej zgodą dla pozoru. Jeżeli oświadczenie takie zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, że czynność prawna jest pozorna, gdy oświadczenie woli jest składane drugiej stronie tylko dla pozoru, a adresat oświadczenia zgadza się na pozorne dokonanie czynności prawnej (uchwała z 22 maja 2009 r., sygn. akt III CZP 21/09, OSNC 2010 nr 1, poz. 13 i uchwała z 9 grudnia 2011 r., sygn. akt III CZP 79/11, OSNC 2012 nr 6, poz. 74). Pozorność może być zwykła (bezwzględna) albo kwalifikowana (względna). W pierwszym wypadku strony nie mają zamiaru wywołać żadnych skutków prawnych, a oświadczenie woli jest nieważne. W drugim przypadku pod czynnością pozorną strony ukrywają inną, rzeczywistą czynność prawną, według której właściwości ocenia się ważność złożonego oświadczenia woli. W ocenie składu orzekającego Izby w okolicznościach

rozstrzyganej sprawy umowę konsorcjum zawartą pomiędzy LEK S.A. a Magellan S.A. należy uznać za umowę pozorną, zawartą dla ukrycie innej czynności prawnej, tj. czynności mającej na celu przejęcie przyszłej wierzytelności z tytułu dostawy leków przez podmiot profesjonalnie zajmujący się obrotem wierzytelnościami i pozasądową windykacją wierzytelności, która narusza ustawowy zakaz dokonania czynności prawnej mająca na celu zmianę wierzyciel samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej bez uprzedniego uzyskania zgody podmiotu, który utworzył Zamawiającego.

Izba zważyła, że odwołanie nie zawiera okoliczności podważających ustalony przez Zamawiającego na podstawie treści *Umowy Konsorcjum (Finansowanie)* z 26 lutego 2014 r. oraz okoliczności towarzyszących pozorny charakter zawiązanego przez LEK S.A. {określanego mianem „Lidera Konsorcjum”} i Magellan S.A. {określanego mianem „Członka Konsorcjum”} konsorcjum. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu całkowite pominięcie faktu, że według wspomnianej umowy Magellan S.A. zobowiązał się udzielić LEK S.A. finansowania związanego z przedmiotem zamówienia celem spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, czyli drugiego z obowiązków Członka Konsorcjum uregulowanego § 3 ust. 2 pkt 2.2. wspomnianej umowy. Na rozprawie okazało się jednak, że niesporna jest okoliczność niesprecyzowania przez Zamawiającego żadnego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Ponieważ w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie jest wymagane od wykonawców posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej w określonej wysokości, ani posiadanie na określoną sumę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, ani znajdowanie się w określonej sytuacji ekonomicznej – zobowiązanie do udzielenia przez Magellan S.A. wsparcia LEK S.A. w spełnieniu tego typu wymagań jest bezprzedmiotowe, a zatem ma charakter pozorny, iluzoryczny. Izba zważyła, że żadne inne postanowienie umowy nie precyzuje na czym konkretnie miałyby polegać finansowanie udzielone przez Magellan S.A. Z pewnością nie ma ono żadnego związku z dążeniem do spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, gdyż z uwagi na brak jakichkolwiek szczegółowych wymagań w tym zakresie LEK.S.A. nie potrzebował żadnego wsparcia, aby ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Potwierdza to również § 3 ust. 1 umowy konsorcjum, z którego wynika, że jako Lider Konsorcjum ma wyłączny obowiązek przygotować dokumenty niezbędne do złożenia oferty, a także dokonać tej czynności, następnie w razie wyboru oferty poinformować Członka Konsorcjum o podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wreszcie zrealizować na swój koszt i odpowiedzialność zamówienie na warunkach określonych w tej umowie. Z § 6 ust. 3 umowy



wynika, że każda z jej stron ma być zdolna do udziału w postępowaniu w zakresie określonym w umowie konsorcjum, która *de facto* nie przewiduje dla Magellan S.A. żadnych obowiązków związanych z ubieganiem się o udzielenie zamówienia i jego realizacją na podstawie umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył również, że Magellan S.A. i LEK S.A. łączy ramowa umowa o finansowanie. Na mocy tej umowy LEK S.A. jest uprawniony do wystąpienia z wnioskiem o udzielenie finansowania przez Magellan S.A. zarówno w związku z realizacją przedmiotu zamówienia, jak i brakiem płatności ze strony zamawiających za wykonane dostawy. Wiąże się to z tym, że Lek S.A. startuje w bardzo wielu przetargach i takie finansowanie jest mu niezbędne, aby być w stanie realizować wszystkie zamówienia, które zostaną mu udzielone. W zamian Magellan S.A. otrzymuje wynagrodzenie za udzielenie finansowania, administrowanie wymagalną należnością oraz dochodzeniem zapłaty w postępowaniach polubownych, jak i sądowych.

Izba zważyła, że powyższa okoliczność w żaden sposób nie tłumaczy konieczności ubiegania się przez LEK S.A. i Magellan S.A. wspólnie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Skoro odrębna umowa zapewnia LEK S.A. finansowanie związane z realizacją umów na dostawy leków, nie wymaga to wejścia z Magellan S.A. w konsorcjum. Chyba że finansowanie udzielane na mocy tej umowy w związku z brakiem płatności ze strony publicznych zakładów opieki zdrowotnej za dostarczone leki uzależnione jest od scedowania przez LEK S.A. przysługującej mu z tego tytułu wierzytelności na Magellan S.A. W takim przypadku uzasadniona jest ocena, że zawarcie umowy konsorcjum służy ukryciu przelewu przyszłej wierzytelności lub innej czynności prawnej mającej na celu zmianę wierzyciela pod pozorem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Jediną nasuwającą się przyczyną zawarcia takiej pozornej umowy konsorcjum są uregulowania ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U z 2013 r. poz. 217, z późn. zm.). Zgodnie z art. 54 ust. 5 tej ustawy czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący. Podmiot tworzący wydaje zgodę albo odmawia jej wydania, biorąc pod uwagę konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych oraz w oparciu o analizę sytuacji finansowej i wynik finansowy samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej za rok poprzedni. Zgodę wydaje się po zasięgnięciu opinii kierownika samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Natomiast na mocy art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej czynność prawna dokonana bez uzyskanie takiej zgody jest nieważna. 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. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że dzięki zawarciu umowy konsorcjum Magellan S.A. miał przejąć wierzytelność LEK S.A. względem Zamawiającego, bez uzyskania wymaganej z mocy prawa zgody Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach. Należy dodać, że również wzór umowy obowiązującej w przedmiotowym postępowaniu przewiduje w § 4 ust. 7, że czynność prawna dokonana przez wykonawcę, a mająca na celu zmianę wierzyciela Zamawiającego może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący – Śląski Uniwersytet Medyczny. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia pozwoliło na ukrycie czynności zmierzającej do zmiany wierzyciela Zamawiającego z LEK S.A. na Magellan S.A., która bez uzyskania wymaganej zgody podmiotu tworzącego byłaby nieważna również na podstawie zawartej umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby treść umowy konsorcjum potwierdza, że jej zawarcie służy wyłącznie ukryciu czynności prawnej mającej na celu zmianę wierzyciela Zamawiającego w sytuacji, w której będzie ona zalegał z płatnościami za dostarczane sukcesywnie produkty lecznicze. Należy zauważyć, że enigmatyczne obowiązki Członka Konsorcjum uregulowane w § 3 ust. 2 pkt 2.1 umowy konsorcjum związane są wyłącznie z etapem realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, w którym upłyne już termin płatności za dostarczone produkty lecznicze. Co prawda literalnie mowa jest o nadzorowaniu procesu odzyskiwania wierzytelności przysługującej Konsorcjum, jednak już w tym miejscu zaznaczono, że LEK S.A. upoważnia Magellan S.A. do poinformowania Zamawiającego o zmianie w tym zakresie. Jednak inne postanowienia umowy świadczą o tym, że *de facto* na tym etapie wierzytelność będzie już przysługiwała wyłącznie Magellan S.A. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy na tym etapie Członek Konsorcjum staje się jedynym podmiotem odpowiedzialnym za odzyskanie wierzytelności, a przede wszystkim jest wyłącznie uprawniony do wystąpienia z powództwem przeciwko Zamawiającemu. Dodatkowo na mocy § 4 ust. 1 LEK S.A. upoważnia Magellan S.A. do podjęcia wszelkich czynności związanych z odzyskaniem wierzytelności, a także do wskazania numeru bankowego Magellan S.A., na który mają być dokonywane zaległe płatności. Co charakterystyczne, z umowy nie wynika, aby choć część z odzyskanych pieniędzy miała kiedykolwiek trafić do LEK S.A. W umowie natomiast wyraźnie wskazano, że każdy z Konsorcjantów podejmuje ryzyko techniczne, ekonomiczne, finansowe, podatkowe i prawne dla swojego zakresu rzeczowego kontraktu (§ 6 ust. 1). W szczególności w przypadku gdyby Zamawiający obciążył Konsorcjum lub Członka Konsorcjum karami lub innymi kosztami powstałymi na skutek nieprawidłowego wykonania obowiązków ciążących na Liderze Konsorcjum, a wynikających z umowy w sprawie

zamówienia publicznego, Magellan S.A. ma w tym zakresie roszczenie regresowe w stosunku do LEK S.A., który ponosi także odpowiedzialność za prawidłowe i terminowe wystawienie i doręczenie faktury VAT (§ 6 ust. 2). LEK S.A. nie ma zatem żadnego wsparcia przy realizacji przedmiotu umowy, ponosi wyłączną odpowiedzialność za dostawy, a także za prawidłowe i terminowe wystawianie dowodów sprzedaży.

Reasumując, z zestawienia warunków przetargu, w tym treści wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, z treścią umowy konsorcjum wynika, że Magellan S.A. nie jest potrzebny LEK S.A. ani do ubiegania się o realizację przedmiotowego zamówienia, ani do realizacji przedmiotu zamówienia. Jedynym wytłumaczeniem udziału Magellan S.A. w konsorcjum jest przejęcie pełnej kontroli nad wierzytelnością z tytułu dostarczonych przez LEK S.A. produktów leczniczych, jeżeli Zamawiający będzie zalegał z płatnościami. W zamian LEK S.A. uzyskuje od Magellan S.A. finansowanie polegające *de facto* na spłacie należności Zamawiającego. Uprawniony jest zatem wniosek, że gdyby nie ustawowe ograniczenie możliwości obrotu wierzytelnościami Zamawiającego, do zawarcia umowy konsorcjum w związku z tym postępowaniem w ogóle by nie doszło, a LEK S.A. samodzielnie ubiegałby się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i niezależnie od tego zawarłby z Magellan S.A. umowę przelewu wierzytelności, która będzie mu przysługiwała z tytułu zrealizowanych dostaw leków.

Odnosząc się do przywołanego w odwołaniu wyroku Izby z 17 maja 2010 r. (sygn. akt: KIO/UZP 733/10, KIO/UZP), w pierwszej kolejności należy zauważyć, że w przytoczonym w odwołaniu fragmencie uzasadnienia tego orzeczenia celowo usunięto następujące zdanie, które powinno znaleźć się przed ostatnim z zacytowanych zdań: *Ustawodawca, dopuszczając możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przez kilku wykonawców dopuścił też, aby wykonawcy ci mogli wspólnie zagwarantować spełnianie określonych przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu. Pozwolił on też, aby ich potencjał podlegał sumowaniu w celu możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie, a następnie realizacji zamówienia publicznego.* W rzeczywistości Izba w tamtej sprawie oceniała pozornie ubiegania się przez wykonawców wspólnie o udzielenie zamówienia biorąc również pod uwagę, czy udział wykonawcy, którego udział w realizacji zamówienia miał być nikły lub żaden miał na celu umożliwienie spełnienia warunków udziału w postępowaniu: *Obowiązujące przepisy ustawy Pzp – a pod kątem zgodności czynności dokonywanych przez Zamawiającego z tymi właśnie przepisami dokonuje oceny Izba – nie dyskwalifikują sytuacji, w której wyłącznie jeden z wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie prezentuje referencje potwierdzające uzyskane przez ten podmiot doświadczenie, zaś drugi z konsorcjantów*

*faktycznie wykonuje zamówienie. Gwarancję prawidłowości realizacji zamówienia w takim przypadku przewiduje – jak podniesiono - wskazany przepis art. 141 ustawy Pzp. Jak widać stan faktyczny sprawy był zupełnie odmienny, gdyż niepodważalne było, że zawiązanie konsorcjum było niezbędne dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących wiedzy i doświadczenia. Przede wszystkim przywołana sprawa w ogóle nie dotyczyła pozorności umowy konsorcjum służącej ukryciu czynności mającej na celu zmianę wierzyciela zamawiającego w związku z ustawowym ograniczeniem możliwości dokonywania takich czynności.*

Stwierdzenie pozorności wspólnego ubiegania się przez LEK S.A. i Magellan S.A. udzielenie przedmiotowego zamówienia było wystarczającą podstawą do odrzucenia złożonej przez Konsorcjum LEK-Magellan oferty. Nie ma zatem znaczenia błędne uznanie przez Zamawiającego, że oferta ta podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 pzp jako sprzeczna z art. 23 ustawy pzp. Z przepisu tego wynika uprawnienie dla wykonawców do wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby odwołanie się do celu wspomnianej regulacji w uzasadnieniu odrzucenia okoliczności, stanowi kolejny element wykazywania pozorności wspólnego ubiegania się przez LEK S.A. z Magellan S.A. o udzielenie zamówienia, a nie odrębną podstawę prawną do odrzucenia oferty, gdyż bezpośrednio art. 23 ust. 1 pzp nie został naruszony. Natomiast Zamawiający trafnie zauważył w odpowiedzi na odwołanie, że zasada swobody umów z art. 353<sup>1</sup> kc wskazuje jako jedną z granic tej swobody sprzeczność treści lub celu umowy z ustawą. W ramach tej swobody nie mieści się zawarcie umowy konsorcjum, która według art. 83 § 1 kc ma charakter pozorny, a w konsekwencji jest nieważna.

Również okoliczności podciągnięte przez Zamawiającego pod art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp nie dowodzą, że złożenie oferty przez Konsorcjum LEK-Magellan stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zamawiający nie odwołał się ani w uzasadnieniu, ani w odpowiedzi na odwołanie do przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie precyzując jaki konkretnie czyn nieuczciwej konkurencji zarzuca Odwołującemu. Natomiast również w tym przypadku okoliczności przywołane przez Zamawiającego stanowią argumentację służącą wykazaniu pozorności ubiegania się przez Konsorcjum LEK-Magellan o udzielenie przedmiotowego zamówienia dla ukrycia czynności zmierzającej do tego, aby wierzycielem Zamawiającego w miejsce LEK S.A. uczynić Magellan S.A., bez uzyskiwania wymaganej na mocy ustawy o działalności leczniczej zgody podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby Odwołujący bezskutecznie usiłował wywieść w okolicznościach niniejszej sprawy, że Zamawiający nie mógł stwierdzić pozorności Konsorcjum

LEK-Magellan, gdyż zgodnie z art. 23 ust. 4 pzp Zamawiający mógłby zażądać przedstawienia umowy regulującej współpracę tych wykonawców dopiero w razie wyboru złożonej przez nich oferty. Zamawiający nie naruszył tego przepisu, gdyż Odwołujący z własnej inicjatywy załączył do oferty umowę konsorcjum, jednocześnie ukrywając jej treść przed innymi wykonawcami dzięki zastrzeżeniu tajemnicy przedsiębiorstwa {z czego Odwołujący wycofał się w toku postępowania odwoławczego załączając bez takiego zastrzeżenia umowę do odwołania, a następnie składając stosowne oświadczenie na rozprawie}. Przede wszystkim istotne znaczenie ma, czy umowa konsorcjum ma pozorny charakter, a nie kiedy Zamawiający miałby to stwierdzić. Skoro ustawodawca przewidział dla zamawiającego uprawnienie do zażądania przedstawienia umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zanim podpisze z nimi umowę w sprawie zamówienia publicznego, wydaje się oczywiste, że treść pierwszej z tych umów może mieć wpływ na to, czy dojdzie do podpisania drugiej. Dzięki dobrowolnemu załączeniu przez Konsorcjum LEK-Magellan umowy konsorcjum do oferty Zamawiający mógł stwierdzić jej pozorność przed rozstrzygnięciem postępowania.

Bezprzedmiotowa jest również argumentacja Odwołującego, że zawarta przez LEK S.A. i Magellan S.A. umowa konsorcjum nie wyłączała solidarnej odpowiedzialności, którą zgodnie z art. 141 ustawy pzp ponoszą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z uwagi na ustawowe źródło solidarności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie może być ona wyłączona na mocy postanowień umownych. Należy jednak zauważyć, że umowa konsorcjum skupia się na solidarności członków konsorcjum jako wierzycieli Zamawiającego, a *de facto* na wskazaniu Magellan S.A. jako jedyne podmiotu, któremu przysługuje wierzytelność po upływie określonego w umowie terminu. Natomiast konieczność respektowania ustawowo zastrzeżonej solidarności za wykonanie zamówienia spowodowała wprowadzenie do umowy roszczenia regresowego, które przysługuje, co charakterystyczne, wyłącznie Magellan S.A. w stosunku do LEK S.A., a nie odwrotnie. Przede wszystkim cechą charakterystyczną pozornych oświadczeń woli jest to, że składający je nie chce wprowadzić wywołania skutków prawnych, jednocześnie jednak dąży do wywołania pozorów rzeczywistego dokonania czynności prawnej w takiej postaci, na jaką wskazuje uzewnętrznione oświadczenie woli, w celu wywołanie u otoczenia przeświadczenia, że czynność prawna została rzeczywiście dokonana w takiej postaci, jaka wynika z treści złożonych oświadczeń woli.

Ponieważ zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum LEK-Magellan, oferta ta nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem bezzasadny jest zarzut

naruszenia art. 91 ust. 1 pzp. Z kolei ponieważ na pakiet nr 22 nie została złożona żadna inna oferta, Zamawiający prawidłowo unieważnił w tym zakresie postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp. Niezasadny jest również zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp. Ponieważ o udzielenie zamówienia w pakiecie nr 36 poza Odwołującym nie ubiegało się żadne inne konsorcjum wykonawców, bezprzedmiotowe jest wywodzenie, że Zamawiający nie badał umów regulujących współpracę w przypadku innych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Odwołanie nie dotyczy innych części zamówienia niż pakiety nr 22 i 36.

Mając powyższe na uwadze, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a ustawy pzp, a także na podstawie § 3 pkt 1 i 2 lit. a i § 5 ust. 3 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 Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, które zostały zasądzone w wysokości wynikającej z rachunku przedstawionego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....