

WYROK

z dnia 9 maja 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Marek Koleśnikow

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **4 maja 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **18 kwietnia 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMGEN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Nettle S.A. z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zakup i dostawa produktów farmaceutycznych I* (nr postępowania ZP/2/2017)

prowadzonym przez zamawiającego **Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AMGEN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Nettle S.A. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższego **odwołującego** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Szpital Miejski Specjalistyczny im. Gabriela Narutowicza w Krakowie, prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm) {dalej również: „ustawa pzp” lub „pzp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup i dostawa produktów farmaceutycznych I* (nr postępowania ZP/2/2017) .

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25 stycznia 2017 r. pod nr 2017/S_017-027295.

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

6 kwietnia 2017 r. Zamawiający przesłał Odwołującemu – AMGEN sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „Amgen”}, Nettle S.A. z siedzibą we Wrocławiu {dalej również: „Nettle”}, wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum Amgen-Nettle” lub „Konsorcjum”} – zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania w poszczególnych częściach zamówienia {zwanych również „pakietami”}, w tym o unieważnieniu postępowania w części nr 20 w związku z odrzuceniem jedynej złożonej oferty Odwołującego.

18 kwietnia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od rozstrzygnięcia postępowania w części nr 20 i 36 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 1 w zw. z art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz.U. z 2016 poz.1638 ze zm.) {dalej również: „ustawa o działalności leczniczej” lub „udl”} – przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co miało wpływ na wynik postępowania, w tym na zakres skorzystania przez Odwołującego ze środka ochrony prawnej.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej – przez ich zastosowanie, pomimo braku podstaw faktycznych i prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego oraz do uznania, że czynności Odwołującego są nieważne.
3. Art. 23 ust. 1, 3 i 6 w zw. z art. 2 pkt 11 – przez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie ubiega się wspólnie o realizację zamówienia.
4. Art. 7 ust. 3 – przez niezasadne unieważnienie wyboru oferty Odwołującego,

a w konsekwencji zaniechanie udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy pzp.

5. Art. 93 ust. 1 pkt 1 – przez bezzasadne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy nie zaistniały ku temu przesłanki, gdyż oferta Odwołującego jest prawidłowa i nie powinna zostać odrzucona.
6. Art. 7 ust. 1 – przez nierówne traktowanie wykonawców oraz naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części nr 20 zamówienia {żądania}:

1. Unieważnienia czynności: unieważnienia wyboru oferty Odwołującego, odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienia postępowania.
2. Ewentualnie – badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

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

W pierwszej kolejności Odwołujący opisał następujący przebieg postępowania prowadzonego przez Zamawiającego:

- 27 marca 2017 r. Zamawiający powiadomił o wyborze oferty Odwołującego;
- 29 marca 2017 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przesłanie umowy konsorcjum, co Odwołujący uczynił;
- 6 kwietnia 2017 r. Zamawiający powiadomił o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego, odrzuceniu jego oferty oraz unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 20.

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp, gdyż: *Oferta została złożona przez Wykonawców nie ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia, ale w celu uzyskania przez jednego z nich uprawnień do wierzycelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem. Czynności te z mocy art. 54 ust 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.) wymagają uzyskania zgody organu tworzącego zamawiającego; a jako podjęte bez zgody tego organu dotknięte zostają wadą nieważności z mocy art 54 ust 6 tej ustawy.*

Odwołujący zarzucił, że w powyższym uzasadnieniu Zamawiający wskazał jedynie podstawę prawną czynności, bez uzasadnienia faktycznego i prawnego, przedstawiając jednym zdaniem jedynie wniosek końcowy, a nie powody i motywy, które legły u jego podstaw.

Dla Odwołującego niewiadomym pozostaje w szczególności w oparciu o jakie okoliczności faktyczne i prawne (przykładowo, które postanowienia umowy) Zamawiający uznał, że:

- oferta została złożona przez wykonawców nieubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia;
- celem konsorcjum jest uzyskanie przez jednego z członków konsorcjum uprawnień do wiarytelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem.

Ponadto zdaniem Odwołującego z powyższego uzasadnienia w ogóle nie wynika, by Zamawiający dokonał rzeczowej i rzetelnej analizy otrzymanej umowy konsorcjum.

W konsekwencji według Odwołującego nie wiadomo, na czym Zamawiający oparł swoje twierdzenie o nieważności umowy konsorcjum, a finalnie o odrzuceniu oferty.

Odwołujący podniósł, że został w istocie postawiony przed koniecznością domyślania się przyczyn i podstaw decyzji Zamawiającego, co stanowi to uchybienie mające wpływ na wynik postępowania. Zaś w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za utrwalone należy uznać stanowisko, że naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp nie jest naruszeniem tylko formalnym, gdyż sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust 2 pzp.

Odwołujący skonstatował, że Zamawiający nie wykluczył konstrukcji konsorcjum, co byłoby niedopuszczalne na gruncie art. 23 ust. 1 pzp. Odwołujący zwrócił uwagę na art. 23 ust. 6 pzp, zgodnie z którym zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Odwołujący wywiódł, że skoro Zamawiający nie skorzystał z tego uprawnienia, a ustawa pzp nie narzuca sposobu, w jaki konsorcjanci mogą podzielić się realizacją zamówienia, nie ma podstaw, aby wyciągać wobec niego negatywne konsekwencje z uwagi przyjęty w umowie konsorcjum podział obowiązków.

Odwołujący ponadto zwrócił uwagę na pkt 6.3.SIWZ, w którym Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy są uprawnieni do sprzedaży produktów leczniczych, jednocześnie zastrzegając, że w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek musi spełniać ten spośród wykonawców, który będzie sprzedawał produkty lecznicze.

Odwołujący wywiódł, że choć powyższe dotyczy warunków udziału w postępowaniu, przekłada się również na dopuszczenie przez Zamawiającego takiego sposobu realizacji zamówienia. A *contrario*, Zamawiający nie zabronił takiego podziału zadań pomiędzy

członkami konsorcjum, że jeden z nich realizuje *essentialia negotii* umowy (dostawę produktów leczniczych), zaś drugi wykonuje inne czynności, przykładowo związane z przebiegiem zamówienia, w tym z rozliczeniem dostaw.

Odwołujący stwierdził, że sama możliwość samodzielnej realizacji zamówienia nie oznacza nieważności umowy konsorcjum, w tym nie przesądza o jej pozorności, gdyż jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 8 października 2015 r. (sygn. akt IV C 450/15) *zwykle motywem utworzenia konsorcjum jest duży rozmiar i wysokie koszty przedsięwzięcia gospodarczego, nie oznacza to jednak warunku, aby żadna ze stron konsorcjum nie była w stanie samodzielnie zrealizować danego przedsięwzięcia (...) Istotnie, bywa tak niejednokrotnie, czasem jednak wystarczającym motywem utworzenia konsorcjum jest chęć rozłożenia ryzyka związanego z danym przedsięwzięciem gospodarczym.*

Odwołujący podniósł, że współpraca Amgen i Nettle nie ma charakteru jednorazowego na potrzeby tego zamówienia.

Odnosnie treści zawartej przez nich umowy konsorcjum Odwołujący wskazał, że w § 1 strony zastrzegły, że „współpraca obejmuje wspólne złożenie oferty przetargowej i – w przypadku wygrania przetargu – realizację zamówienia przez Konsorcjantów”. Odwołujący wyjaśnił, że użyty zwrot „wspólnie” odnosi się zarówno do złożenia oferty, jak i realizacji zamówienia.

Następnie Odwołujący podał, że w § 3 przewidziano, że lider konsorcjum (Amgen) jest zobowiązany do należytego wykonania umowy z Zamawiającym „w zakresie dostaw przedmiotu zamówienia”. Zdaniem Odwołującego, choć dostawa przedmiotu zamówienia jest kluczowa dla realizacji umowy, skoro lider konsorcjum jest odpowiedzialny pewien zakres realizacji zamówienia, nie było intencją stron umowy wykonywanie zamówienia w całości tylko przez jednego wykonawcę.

Odwołujący podał, że § 3 ust. 3 umowy konsorcjum określony został zakres obowiązków członka konsorcjum. Zdaniem Odwołującego rodzaj tych czynności ma istotne znaczenie zarówno dla uzyskania zamówienia, jak i dla sprawnej realizacji przedmiotu umowy. I tak:

- pomoc przy sporządzeniu oferty, interpretacji SIWZ, opiniowanie wzoru umów – realnie przekłada się na szanse wygrania przetargu, w tym na zidentyfikowanie ryzyk, jakie wykonawcy musieli uwzględnić przy szacowaniu oferty;
- prawidłowe wniesienie wadium – decyduje o całej ofercie (art. 89 ust. 1 pkt 7b pzp)
- przyjmowanie zamówień od Zamawiającego i przekazywanie ich do lidera – jest obowiązkiem ściśle związanym z zapewnieniem sprawnej realizacji przedmiotu zamówienia;

– obsługa księgową sprzedaży oraz administrowanie należnościami z tytułu zrealizowanych dostaw i dochodzeniem zapłaty tych należności – podobnie mają znaczenie dla realizacji całej umowy.

Z kolei zgodnie z § 3 ust. 4 umowy w sytuacji, gdy Zamawiający opóźnia się z zapłatą należności wynikających z umowy dostawy, w sytuacji gdy będzie istniała potrzeba „uregulowania należności związanych z realizacją zamówienia to jest zapłaty dostawcom, spedytorom, przewoźnikom, producentom, dystrybutorom”, uczestnik konsorcjum zobowiązany jest sfinansować zamówienie, to jest przekazać liderowi kwotę równą wartości zamówień. Jednocześnie w § 3 ust 5 umowy strony zastrzegły, że sfinansowanie zamówienia „nie stanowi zwolnienia Zamawiającego z zapłaty należności na rzecz Konsorcjantów”. W ocenie Odwołującego ten instrument finansowy nie ma na celu zmiany wierzyciela, ale jedynie stworzenie gwarancji, że zamówienie zostanie wykonane prawidłowo i w terminie, co jest działaniem na korzyść Zamawiającego.

Wreszcie według Odwołującego istotne jest, że w treści umowy każdorazowo wskazane zostało, że należności za realizację dostawy, w tym ich dochodzenie od Zamawiającego, będzie wykonywane „na rzecz Konsorcjantów”, a nie na rzecz jednego podmiotu. W § 4: „wobec Zamawiającego ich roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z tytułu realizacji zawartej umowy z Zamawiającym ma charakter solidarny” (ust 1) oraz, że będą „wspólnie dochodzić zaległości na drodze postępowania sądowego” (ust. 2). W związku z tym Odwołujący zacytował art. 367 § 1 i 2 Kodeksu cywilnego {dalej: „k.c.”} dotyczący solidarności wierzycieli, a także art. 195 § 1 Kodeksu postępowania cywilnego {dalej: „kpc”}, podnosząc, że w przypadku wytoczenia powództwa przez jednego z konsorcjantów w sprawie zachodziłby przypadek współuczestnictwa koniecznego. Zdaniem Odwołującego obala to tezę, że umowa konsorcjum miała na celu uzyskanie przez jednego konsorcjanta uprawnień do wierzytelności Zamawiającego.

W opinii Odwołującego powszechnie wiadomym jest, że realia, w jakich funkcjonują szpitale, narażają przedsiębiorców na nieterminową zapłatę wynagrodzenia. Nie sposób zatem czynić Wykonawcom zarzutu, że podejmują działania mające na celu wyeliminowanie tego ryzyka. Jest to działanie podyktowane racjonalną i odpowiedzialną gospodarką, a jednocześnie nie jest sprzeczne z prawem czy zasadami współżycia społecznego, zwłaszcza że ma na celu m.in. umożliwienie wypełnienia zobowiązań zaciągniętych względem Zamawiającego, a co najmniej wyeliminowanie ryzyka zapłaty kar umownych, czy zapłaty odsetek za nieterminową płatność należną innym podmiotom. Odwołujący podał, że Zamawiający w § 12 ust. 2 wzoru umowy przewiduje kary umowne za każdy dzień zwłoki w dostarczeniu partii produktu.

Odwołujący przytoczył § 10 wzoru umowy obowiązującej w postępowaniu:

1. *Wykonawca nie może przenieść na osobę trzecią jakichkolwiek swoich wierzytelności wynikających z niniejszej umowy (zakaz cesji), chyba że na powyższe wyrazi zgodę Zamawiający w formie pisemnej pod rygorem nieważności, z zastrzeżeniem art. 54 ust 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. 2016 r. poz. 618 z późn. zm.).*
2. *Wyklucza się stosowanie przez strony umowy konstrukcji prawnej, o której mowa w art. 518 Kodeksu Cywilnego (w szczególności Wykonawca nie może zawrzeć umowy poręczenia z podmiotem trzecim) oraz wszelkich innych konstrukcji prawnych skutkujących zmianą podmiotową po stronie wierzyciela.*
3. *Naruszenie zakazu określonego w ust. 2., skutkować będzie dla Wykonawcy obowiązkiem zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości spełnionego przez osobę trzecią świadczenia.*

Odwołujący wywiódł, że nie sposób *a priori* przyjmować, by w tej sprawie mogło dojść do naruszenia tych zakazów na etapie złożenia oferty, tylko ze względu na ubieganie się o zamówienie w formie konsorcjum.

Niezależnie od tego Odwołujący podniósł, że nie istnieje zasada prawna, która stanowiłaby o tym, że konsorcjum jest niedopuszczalną konstrukcją prawną prowadzącą zawsze do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej. Sąd Najwyższy każdorazowo podkreśla bowiem, że postawienie takiego wniosku wymaga, zbadania indywidualnych okoliczności danej sprawy.

Odwołujący stwierdził, że nie znajduje żadnych przesłanek, które uprawniałyby Zamawiającego do postawienia tezy, że celem umowy konsorcjum nie była wspólna realizacja zamówienia. W konsekwencji zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 65 kc w zw. z art. 54 ust 5 ustawy o działalności leczniczej w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy pzp,

Odwołujący powołał się również na rozstrzygnięcia, potwierdzające jego zdaniem możliwość stosowania konsorcjum także w przetargach organizowanych przez szpitale publiczne, uwzględniające jego powództwa o zapłatę, w których to sprawach sądy uwzględniały powództwa o zapłatę, nie dopatrując się w umowie konsorcjum niezgodności z art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej (wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie wydane: 8 października 2015 r. w sprawie IV C 450/15, 30 listopada 2016 r. w sprawie IV C 1076/16, 6 maja 2016 r. w sprawie IV C 163/16).

Powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1 lipca 2014 r. (sygn.

akt XIX Ga 406/14), zmieniający zaskarżony wyrok Krajowej Izby Odwoławczej i nakazujący zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców, którzy w tamtym postępowaniu wspólnie ubiegali się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący podał, że Zamawiający do realizacji kilku pakietów wybrał ofertę konsorcjum: Farmacol S.A. oraz Farmacol-Logistyka sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w tym przypadku nie dopatrywał się nieważności umowy konsorcjum, jak również nie miał wątpliwości, że wykonawcy tworzący to konsorcjum będą wspólnie realizowali zamówienie.

26 kwietnia 2017 r. wpłynęła do Izby odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wniósł o jego oddalenie oraz przedstawił następujące okoliczności faktyczne i prawne dla uzasadnienia swojego stanowiska.

Zamawiający zrelacjonował, że w zawiadomieniu z 6 kwietnia 2017 r. o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej ofert i unieważnieniu postępowania w zakresie pakietu nr 20 poinformował również Odwołującego, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została złożona przez wykonawców nieubiegających się wspólnie o realizację zamówienia, lecz w celu uzyskania przez jednego z nich uprawnień do wierzytelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem. Czynności te z mocy art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1638 ze zm.) wymagają uzyskania zgody organu tworzącego Zamawiającego, a jako podjęte bez zgody tego organu dotknięte zostają wadą nieważności z mocy art. 54 ust. 6 tej ustawy.

Zamawiający dodał, że aby rozstrzygnąć kwestię, czy w ramach przedmiotowego postępowania doszło do naruszania przez Wykonawców ograniczeń wynikających z powołanego art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, przeprowadził gruntowną analizę zawartą między nimi umowę konsorcjum z 28.02.2017 r. Między innymi w celu ustalenia, jakie czynności w zakresie przedmiotu zamówienia będzie wykonywała na rzecz Zamawiającego Nettle, mając na uwadze, że przedmiotem zamówienia jest dostawa produktów farmaceutycznych, a zezwolenie na obrót produktami leczniczymi posiada wyłącznie Amgen.

Zamawiający przytoczył następujące postanowienia zawarte w § 3 umowy konsorcjum:

7. Lider konsorcjum upoważniony jest do:

- a) reprezentowania strony niniejszej Umowy przed Zamawiającym we wszystkich sprawach dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przy czym reprezentacja ta odbywa się w sposób właściwy dla Lidera konsorcjum i zgodna z jego wewnętrznymi ustaleniami odnośnie reprezentacji i udzielania pełnomocnictw,*
- b) podpisywania dokumentów, w tym oferty przetargowej i umowy o realizacji zamówienia publicznego,*
- c) podpisywania wszelkich pism będących korespondencją pomiędzy Konsorcjum a Zamawiającym, w tym odwołań wnoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Lider Konsorcjum poinformuje o tym fakcie Uczestnika konsorcjum,*
- d) innych czynności wymienionych w dokumencie pełnomocnictwa załączonym do niniejszej umowy.*

2. Dodatkowo Lider konsorcjum jest zobowiązany do należytego wykonania umowy z Zamawiającym w zakresie dostaw przedmiotu zamówienia.

3. Uczestnik konsorcjum upoważniony jest do:

- a) na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia: udzielania porad przy sporządzaniu ofert, interpretacji zapisów SIWZ, opiniowania wzorów umów, wniesienia wadium w terminie, w żądanej wysokości oraz prawidłowej formie,*
- b) przyjmowania zamówień od Zamawiającego i przekazywania ich następnie do Lidera konsorcjum w celu ich realizacji,*
- c) przygotowywania i przekazywania informacji niezbędnych do sporządzania faktur dla Zamawiającego oraz przyjmowania reklamacji Zamawiającego w zakresie wystawionych faktur VAT,*
- d) bieżącego technicznego księgowania sprzedaży wykonanej na rzecz Zamawiającego;*
- e) administrowania należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego oraz dochodzenia zapłaty za należności od Zamawiającego na rzecz Konsorcjantów, w tym również na drodze sądowej.*

Zamawiający zacytował również § 2 ust. 6 tej umowy: *Uczestnik konsorcjum jest uprawniony do występowania w imieniu Konsorcjum wobec Zamawiającego w sprawach związanych z wykonaniem zobowiązań finansowych Zamawiającego, w szczególności do rozliczania wpłat Zamawiającego, potwierdzania sald, naliczania odsetek za opóźnienie w zapłacie, kierowania wezwań, upomnień i zawiadomień związanych z roszczeniami pieniężnymi Konsorcjum wobec Zamawiającego, a także do negocjowania i zawierania ugód i porozumień związanych z tymi roszczeniami.*

Odwołujący podał również, że zgodnie z załączonym do oferty pełnomocnictwem z 28 lutego 2017 r. Nettle upoważniła Amgen w związku z ubieganiem się o udzielenie

zamówienia publicznego w przedmiotowym postępowaniu w szczególności do:

- reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
- składania i podpisywania ofert przetargowych oraz dokumentów wymaganych SIWZ;
- potwierdzania dokumentów za zgodność z oryginałem;
- składania i podpisywania zapytań, wyjaśnień, informacji w trybie art. 181 ustawy pzp, przystąpień do postępowania odwoławczego, a także odwołań;
- podpisywania umów będących wynikiem postępowań przetargowych, dokonywania wszelkich innych czynności prawnych bądź faktycznych oraz składania wszelkich oświadczeń woli, wiedzy oraz wniosków, jakie w zakresie niniejszego pełnomocnictwa okażą się konieczne;
- udzielania dalszych pełnomocnictw według własnego uznania.

Wreszcie Zamawiający podał, że z jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, {dalej również: „jednolity dokument” lub „JEDZ” wynika, że Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie zasobów Amgen.

Zamawiający wskazał, że po przeprowadzeniu analizy powyższych okoliczności doszedł do następujących wniosków:

- Uczestnik konsorcjum (Nettle) nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a wyłącznie dokonywał czynności obsługowych na rzecz lidera konsorcjum (Amgen), w tym administrowania należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego oraz windykacji należności od Zamawiającego.
- Amgen mógł się ubiegać samodzielnie o zamówienie, gdyż samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu. Nie sposób też uznać przypisanie Nettle obowiązku wniesienia wadium za wsparcie finansowe podmiotu, który sam nie może ubiegać się o zamówienie, gdyż łączna wartość wadium w pakiecie nr 20 wynosi 2.950 zł.
- Przedmiot umowy tj. sukcesywna dostawa leków zrealizowana byłaby przez Amgen, zaś takie czynności Nettle, jak przygotowanie i przekazywanie informacji niezbędnych do sporządzania faktur przez Zamawiającego oraz bieżące techniczne księgowanie sprzedaży wykonanej na rzecz Zamawiającego (§ 3 umowy konsorcjum), to rutynowe działania, które podmioty gospodarcze wykonują samodzielnie lub nabywają jako usługi powszechnie dostępne na rynku.
- Po pominięciu powyższych czynności jedynym realnym obowiązkiem Nettle (wynikającym z § 3 umowy konsorcjum) jest administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego oraz windykacja należności od Zamawiającego.
- Powyższe okoliczności wskazują, że rzeczywistym celem umowy konsorcjum nie było ułożenie stosunków między Wykonawcami w związku z ubieganiem się o udzielenie

zamówienia. Celem tym było natomiast stworzenie możliwości uzyskania przez Nettle wiarytelności wynikającej z wykonania umowy przez Amgen, a temu sprzeciwia się art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej.

– Przekonanie o pozorności umowy konsorcjum wzmacnia § 3 ust. 4 umowy konsorcjum, który stanowi, że *w sytuacji, w której Zamawiający opóźnia się zapłatą należności wynikających z umowy dostawy, Uczestnik konsorcjum zobowiązany jest sfinansować zamówienie, to jest przekazać Liderowi konsorcjum, na wskazane przez niego konto, kwotę równą wartości zamówień w celu umożliwienia uregulowania należności związanych z realizacją zamówienia, co zdaniem Zamawiającego w praktyce oznaczałoby, że Uczestnik konsorcjum uzyska prawo do dochodzenia wiarytelności od Zamawiającego.*

– Umowa konsorcjum zawarta w takich okolicznościach, nie może być uznana za ważną, z powodu braku zgody na dokonanie czynności mającej na celu zmianę wierzyciela przez organ tworzący Zamawiającego. W związku z tym również oferty konsorcjum nie można uznać za ważną, skoro została złożona na podstawie nieważnej umowy konsorcjum.

Zamawiający zacytował za istotnym jego zdaniem dla praktyki orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej wyrokiem Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2016 r. w sprawie o sygn. akt I CSK 486/15: *Nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu uzyskania uprawnień do wiarytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum. Prowadzi to do faktycznego obrotu wiarytelnościami pod „przykryciem” umowy konsorcjalnej i narusza obowiązek określony w art. 54 ust. 5 ustawy z 2011 r. o działalności leczniczej. Umowa konsorcjum może prowadzić do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, wymagającej zgody organu tworzącego publiczny zakład opieki zdrowotnej.*

W opinii Zamawiającego Sąd Najwyższy słusznie zauważył, że: *nie można się godzić na wykorzystywanie sytuacji przez firmy windykacyjne, które uczyniły sobie źródło zarobku z procedury skupowania wiarytelności przedsiębiorców wykonujących określone świadczenia na rzecz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, wchodząc następnie w miejsce zaspokojonego wierzyciela i próbując egzekwować należności od dotychczasowych dłużników. Chcąc temu zapobiec ustawodawca w art. 54 ust. 5 Ustawy o działalności leczniczej postanowił, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący ten zakład. Ominięciu tego zakazu towarzyszy nieważność dokonanej czynności prawnej.*

Zamawiający dodał, że art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie

oferty, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Orzecznictwo wskazuje, że wadliwość reprezentacji wykonawcy przy złożeniu oferty powoduje nieważność samej oferty (tak wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r. w sprawie XXIII Ga 1072/15). Według Zamawiającego tym bardziej oferta złożona przez wykonawców, których wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalne, dotknięta jest sankcją nieważności bezwzględnej (art. 58 § 1 kc), gdyż sanowanie podmiotowej niedopuszczalności kontraktowania w tej sytuacji nie jest możliwe.

Ponadto Zamawiający wywiódł, że zawarcie umowy konsorcjum, w której chodzi jedynie o zabezpieczenie płatności Zamawiającego na rzecz Amgen zdaje się przeczyć istocie konsorcjum i wykraczać poza swobodę umów wynikającą z art. 353¹ k.c.

Zamawiający zestawiał następujące tezy przywołanego powyżej orzeczenia Sądu najwyższego ze swoimi ustaleniami w tym postępowaniu:

1. *Jest wiadome, że konstrukcja prawna konsorcjum nie jest uregulowana prawnie, a umowa konsorcjum należy do umów nienazwanych przedsiębiorców o charakterze konsolidacyjnym. Jest ona zawierana z różnych przyczyn i dlatego występują różne rodzaje konsorcjum. Łączy je wszakże wspólna przesłanka, jaką jest potrzeba współdziałania uczestników w celu zrealizowania wspólnego celu (...). W każdej z tych sytuacji występuje współpraca (współdziałanie) uczestników konsorcjum, którzy wspólnie realizują umowę podstawową, która stała się przyczyną zawierania umowy konsorcjalnej (...)*

Zdaniem Zamawiającego tak rozumianego elementu współpracy również zabrakło w przeanalizowanej przez niego umowie. Skoro podmiotem realizującym umowę główną miał być Amgen, do tego, aby otrzymał od Zamawiającego wynagrodzenie należne za dostawę produktów farmaceutycznych nie potrzeba w ogóle zawierać umowy konsorcjum. *nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej (...), tylko w celu uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum.* Powyższe stanowisko Zamawiający w pełni podziela.

Według Zamawiającego w niniejszej sprawie (postępowanie o udzielenie zamówienia na zakup i dostawę produktów farmaceutycznych 1), analiza umowy konsorcjum Odwołujących nie pozostawiła żadnych wątpliwości co do rzeczywistego celu, dla którego została zawarta. Oczywistym dla Zamawiającego było, iż Umowa konsorcjum została zawarta nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum.

W ocenie Zamawiającego Spółka Amgen Sp. z o.o. świadomie przystąpiła do konsorcjum, obawiając się nie spełnienia należycie świadczenia Zamawiającego wobec niej. Według własnego wyboru przystąpiła do przetargu z Nettle S.A., a nie zadbała o rzeczywiste i zgodne z prawem zabezpieczenie zapłaty należnego jej wynagrodzenia po wykonaniu własnego świadczenia.

2. *Należy zaznaczyć, z powołaniem się na liczne orzeczenia Sądu Najwyższego, że (...) zmiana wierzyciela według art. 54 ust. 5 u.d.z.l. jest ujmowana szeroko. Chodzi o wszelkie sytuacje, w których do takiej zmiany może dojść, bezpośrednio i pośrednio. Odwołując się do (...) wyroku Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2015 r., V CSK 111/14, w art. 54 ust. 5 u.d.z.l. chodzi o wyraźną intencję ustawodawcy objęcia tym przepisem wielu przypadków zmiany wierzyciela, jeżeli ma zostać osiągnięty cel przepisu (także według art. 53 ust. 6 ustawy o ZOZ). W uzasadnieniu powołanego wyroku wskazuje się na typowe przypadki zmiany wierzyciela i te rzadsze, ale dość oczywiste, jak w razie (...) czynności prowadzących do faktycznej zmiany wierzyciela, jak też w wypadku zaspokojenia dłużnika przez podmiot trzeci, wymieniając wyraźnie umowę konsorcjum (...) Sąd Najwyższy uznał umowę konsorcjum zawartą między wierzycielem z umowy o wykonanie określonego świadczenia a podmiotem niewspółrealizującym to świadczenie, a tylko uzyskującym prawo do wynagrodzenia z tamtej umowy ze strony publicznego zakładu opieki zdrowotnej, w kręgu czynności prawnych, z których może wynikać zmiana wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 u.d.z.l. Zamawiający oświadczył, że w świetle tak jednoznacznego stanowiska judykatury oczywiste dla niego było uznanie umowy konsorcjum zawartej przez odwołujących się Wykonawców oraz złożenie przez nich wspólnej oferty za czynność mającą na celu obejście prawa w celu uzyskania przez konsorcjanta prawa do wierzytelności z naruszeniem art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, a co za tym idzie, koniecznym było podjęcie decyzji o odrzuceniu oferty Konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.*

Zamawiający podkreślił również, że w orzecznictwie sądów powszechnych, w ślad za wykładnią tych norm dokonanej przez Sąd Najwyższy w powyższym wyroku, ukształtował się pogląd, że art. 54 ust. 5 nie jest ograniczony przedmiotowo do tych czynności prawnych, których istotą jest cel bezpośrednio istniejący w chwili dokonywania czynności, z wyłączeniem tych czynności, których dalszym, ale nie bezpośrednim skutkiem może być zmiana wierzyciela (przykładowo wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 czerwca 2016 r. w sprawie VI ACa 556/16 LEX 2081567). Zamawiający powołał się również na utrwalone jego zdaniem w orzecznictwie stanowisko, że jeśli czynności już w momencie swego „rodzenia się” miały na celu obejście ustawy, są nieważne (tak: wyrok SN z 5 kwietnia 2007 r.

w sprawie 11 CSK 533/06).

Zamawiający stwierdził, że skoro zawarcie umowy konsorcjum, jak i złożenie oferty miały na celu obejście zakazu zawartego w art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, musiał odrzucić ofertę Odwołujących na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp.

Wreszcie zdaniem Zamawiającego swoją decyzję uzewnętrznił prawidłowo, podając jej uzasadnienie faktyczne i prawne.

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 toku posiedzenia z udziałem stron nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Zuwagi 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 i dalszym piśmie złożonym na rozprawie, 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, gdyż w części 20 złożył jako jedyny wykonawca ofertę. W konsekwencji odrzucenie oferty naraża Odwołującego na szkodę, gdyż uniemożliwia mu uzyskanie odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba stwierdziła, że przytoczone w odwołaniu lub odpowiedzi na odwołanie postanowienia umowy konsorcjum, a także opisane w odpowiedzi na odwołanie okoliczności co do zawartości JEDZ Konsorcjum odpowiadają rzeczywistości, stąd nie ma potrzeby ich ponownego powtarzania w całości.

W odwołaniu adekwatnie przytoczono również treść uzasadnienia decyzji

o odrzuceniu oferty Konsorcjum Amgen-Nettle.

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 pierwszej kolejności Izba stwierdza, że 6-punktowa lista zarzutów ze wstępu odwołania przekłada się w jego uzasadnieniu na dwa zarzuty dotyczące odrzucenia oferty Konsorcjum, które w uproszczeniu można sprowadzić do: pierwszy – zakwestionowania podanego uzasadnienia decyzji jako zbyt lakonicznego, drugi – zakwestionowania co do meritum czynności podjętej przez Zamawiającego. Trzeci zarzut dotyczy prowadzenia postępowania w sposób niezapewniający równego traktowania Odwołującego w porównaniu do konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w innej części zamówienia.

{rozstrzygnięcie pierwszego zarzutu}

Z art. 92 ust. 1 pkt 3 pzp wynika, że zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz o powodach odrzucenia oferty – podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył powyższego przepisu, gdyż podał wystarczające uzasadnienie prawne i faktyczne decyzji o odrzuceniu Konsorcjum Amgen-Nettle. Lapidarne uzasadnienie wskazuje zarówno przepisy, na których została oparta, jak i okoliczności faktyczne, które były powodem jej podjęcia. Odwołujący został wystarczająco poinformowany o powodach odrzucenia jego oferty, na co wskazuje również treść odwołania składająca się na zarzut kwestionujący merytoryczną zasadność czynności odrzucenia.

{rozstrzygnięcie drugiego zarzutu}

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U z 2013 r. poz. 217, z późn. zm.) stanowi, że 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. Przy czym na mocy art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej czynność prawna dokonana bez uzyskania takiej zgody jest nieważna.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Konsorcjum Amgen-Nettle na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp jako nieważnej na mocy art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej, gdyż w okolicznościach sprawy umowa konsorcjum stanowi czynność mającą na celu zmianę wierzyciela, z naruszeniem wynikającego z art. 54 ust. 5 tej ustawy obowiązku uzyskania na taką czynność zgody podmiotu tworzącego samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, a zatem jest nieważna.

Na wstępie Izba zaznacza, że w pełni podziela stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 2 czerwca 2016 r. (sygn. akt I CSK 486/15), że umowa konsorcjum może prowadzić do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 ustawy z dnia 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej, wymagającej zgody organu tworzącego publiczny zakład opieki zdrowotnej.

Sąd Najwyższy dostrzegł, że z uwagi na zasadę dotrzymywania zobowiązań nie można aprobować nagminnego zjawiska niewykonywania przez publiczne zakłady opieki zdrowotnej świadczeń pieniężnych za dostawy lub usługi świadczone przez kontrahentów, mimo że zakłady te nie otrzymują wystarczających środków budżetowych na swoją działalność i tym tłumaczą swoje zadłużenie. Jednocześnie nie można się godzić na wykorzystywanie tej sytuacji przez firmy windykacyjne, które uczyniły sobie źródło zarobku z procederu skupowania wierzytelności przedsiębiorców wykonujących określone świadczenia na rzecz publicznych zakładów opieki zdrowotnej, wchodząc następnie w miejsce zaspokojonego wierzyciela i próbując egzekwować należności od dotychczasowych dłużników. Aby temu zapobiec ustawodawca w art. 54 ust. 5 udl postanowił, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący ten zakład, a ominięcie tego zakazu powoduje nieważność dokonanej czynności prawnej.

Wydając powyższy wyrok Sąd Najwyższy wziął pod rozwagę, że jest kolejna z ponad dwudziestu rozpoznawanych spraw z powództwa firmy windykacyjnej przeciwko publicznemu zakładowi opieki zdrowotnej, w których zasadą było oddalenie powództwa, ale w większości z nich chodziło o próbę obejścia zakazu wynikającego z powyższych przepisów przez zastosowanie poręczenia, a w kilku - przez zastosowanie gwarancji zapłaty. Sąd Najwyższy dostrzegł, że nie uzyskując oczekiwanego przez siebie rozstrzygnięcia powód sięgnął po kolejny środek prawny – umowę konsorcjum zawartą z wykonawcą ubiegającym

się o udzielenie zamówienia publicznego.

Sąd Najwyższy zakwestionował w stanowisko sądów niższych instancji, że nie doszło do żadnej z sytuacji, którą można zakwalifikować jako zmianę wierzyciela, przez co nie zostały spełnione przesłanki konieczne do zastosowania art. 54 ust. 5 udl i skutków jego naruszenia, gdyż nie było ani poręczenia, ani standardowego przelewu. Sąd Najwyższy dostrzegł, że sądy niższej instancji zaniechały zbadania, czym była i jakie skutki wywarła umowa konsorcjum zawarta pomiędzy firmą windykacyjną a wykonawcą zamówienia.

Punktem wyjścia rozważań Sądu Najwyższego była konstatacja, że konstrukcja prawna konsorcjum nie jest uregulowana prawnie, a umowa konsorcjum należy do umów nienazwanych przedsiębiorców o charakterze konsolidacyjnym. Jak zauważył Sąd Najwyższy, choć umowa konsorcjum zawierana jest z różnych przyczyn (dlatego występują różne rodzaje konsorcjum), łączy je wszakże wspólna przesłanka, jaką jest potrzeba współdziałania uczestników w celu zrealizowania wspólnego celu. Prawnie spotkać można umowę o utworzeniu konsorcjum bankowego (art. 73 ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe), której celem jest wspólne udzielenie kredytu. Potrzeba konsorcjum (finansowego) wynika z takiej wysokości kredytu, że nie może go udzielić jeden bank ze względu na obowiązujące go przepisy ostrożnościowe i wówczas potrzeba współdziałania dwóch lub więcej banków. Podobnie jest w wypadku konsorcjum (finansowego) inwestycyjnego, gdy kilku przedsiębiorców wspólnie składa się na sfinansowanie danej inwestycji, często później przez nich wspólnie wykorzystywanej. Znane są też konsorcja inwestycyjne budowlane (wykonawcze), w których uczestniczy wielu wykonawców ze względu na rozmiary inwestycji budowlanej, np. w wypadku budowy autostrad i innych przedsięwzięć drogowych, które wymagają w ograniczonym czasie wybudowania długiego odcinka drogi, a żaden z wykonawców nie dysponuje takimi możliwościami technicznymi i osobowymi, aby mógł to wykonać sam. W każdej z tych sytuacji występuje współpraca (współdziałanie) uczestników konsorcjum wspólnie realizujących umowę podstawową, która stała się przyczyną zawierania umowy konsorcjalnej.

Sąd Najwyższy nie dostrzegł tego elementu w umowie konsorcjum, która nie była potrzebna dla otrzymania przez wykonawcę zamówienia publicznego wynagrodzenia od zakładu opieki zdrowotnej. Natomiast stwierdził, że zawarcie umowy konsorcjum, w której treści chodzi jedynie o zabezpieczenie płatności zakładu opieki zdrowotnej na rzecz wykonawcy zamówienia i ze wskazaniem jako jedyne wierzyciela firmy windykacyjnej zdaje się przeczyć istocie konsorcjum i wykraczać poza przesłanki swobody umów wynikające z art. 353¹ kc

Sąd Najwyższy orzekł, że nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu

uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum. Prowadzi to bowiem do faktycznego obrotu wierzytelnościami pod przykryciem umowy konsorcjalnej i narusza obowiązek określony w art. 54 ust. 5 udl. Sąd ocenił, że wykonawca zamówienia świadomie przystąpił do konsorcjum, obawiając się niespełnienia należycie wobec niego świadczenia przez publiczny zakład opieki zdrowotnej. A następnie według własnego wyboru przystąpił do przetargu wraz z firmą windykacyjną, znając jej cel, a nie zadbał o rzeczywiste i zgodne z prawem zabezpieczenie zapłaty należnego mu wynagrodzenia po wykonaniu własnego świadczenia.

Sąd Najwyższy zauważył również, z powołaniem się na liczne uprzednio wydane orzeczenia, że zmiana wierzyciela według art. 54 ust. 5 udl jest ujmowana szeroko. Chodzi o wszelkie sytuacje, w których do takiej zmiany może dojść, bezpośrednio i pośrednio. W szczególności odwołując się wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt V CSK 111/14), wskazał, że w art. 54 ust. 5 udl chodzi o wyraźną intencję ustawodawcy objęcia tym przepisem wielu przypadków zmiany wierzyciela, jeżeli ma zostać osiągnięty cel przepisu (także według art. 53 ust. 6 ustawy o ZOZ). W uzasadnieniu tego powołanego wyroku wskazano na typowe przypadki zmiany wierzyciela i te rzadsze, ale dość oczywiste, jak w razie powiernictwa, indosu wekslowego, różnych form faktoringu, czynności prowadzących do faktycznej zmiany wierzyciela, jak też w wypadku zaspokojenia dłużnika przez podmiot trzeci, wymieniając wyraźnie umowę konsorcjum. Natomiast w wyroku z 13 stycznia 2016 r., (sygn. akt II CSK 186/15) wskazano także na powyższe czynności, dodając za innymi orzeczeniami jeszcze gwarancję oraz subrogację umowną i odwołując się do kilkunastu innych wyroków Sądu Najwyższego. Według Sądu Najwyższego w zgodzie z tymi poglądami jest także zaliczenie także umowy konsorcjum zawartej między wierzycielem z umowy o wykonanie określonego świadczenia a podmiotem niewspółrealizującym tego świadczenia, a tylko uzyskującym prawo do wynagrodzenia z tamtej umowy ze strony publicznego zakładu opieki zdrowotnej, do kręgu czynności prawnych, z których może wynikać zmiana wierzyciela w rozumieniu art. 54 ust. 5 udl.

W ocenie Izby w tej sprawie Odwołujący nie podważył adekwatności stwierdzenia przez Zamawiającego na podstawie treści umowy konsorcjum oraz okoliczności związanych ze złożeniem oferty, że służy ona wyłącznie uzyskaniu przez Nettle uprawnień do wierzytelności należnej Amgen jako dostawcy produktów farmaceutycznych. Niesporne było, że Amgen samodzielnie spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym dysponuje uprawnieniami do obrotu produktami leczniczymi, a także ma być faktycznym dostawcą produktów farmaceutycznych, czyli jest zdolny do spełnienia świadczenia

wykonawcy jako strony umowy w sprawie tego zamówienia publicznego. Znajduje to również potwierdzenie w preambule umowy konsorcjum, w której wskazano, że to Amgen prowadzi działalność polegającą na dostawie środków farmaceutycznych, w szczególności szpitali. Prowadzi to do wniosku, że celem zawiązania konsorcjum nie było wspólne ubieganie się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, gdyż Amgen mógł samodzielnie zarówno przystąpić do przetargu, jak i następnie wykonać przedmiot zamówienia. Dla rozpatrywanej sprawy nie ma znaczenia, że Nettle 7 marca 2017 r. zostało wpisane do rejestru pośredników w obrocie produktami leczniczymi prowadzonego przez Główny Inspektorat Farmaceutyczny, gdyż ani umowa konsorcjum, ani oferta złożona Zamawiającemu do tego nie nawiązują.

Zdaniem Izby jedyną nasuwającą się przyczyną zawarcia analizowanej umowy konsorcjum są uregulowania wynikające z przywołanych art. 54 ust. 5 i 6 ustawy o działalności leczniczej, ograniczające możliwość swobodnego obrotu wierzytelnościami publicznych zakładów opieki zdrowotnej. Użycie 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 dalszym, choć niebezpośrednim skutkiem może być taka zmiana. Takie stanowisko przykładowo wynika z wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 czerwca 2016 r. (sygn. akt VI ACa 556/16, LEX 2081567). Izba podziela zatem stanowisko Zamawiającego, że dzięki zawarciu umowy konsorcjum Nettle miał przejąć wierzytelność Amgen względem Zamawiającego, bez uzyskania wymaganej z mocy prawa zgody organu założycielskiego.

Nie umknęło uwadze Izby, że według w umowy konsorcjum Nettle ma również pewne obowiązki na etapie ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, takie jak udzielanie porad przy sporządzeniu oferty, interpretacji postanowień specyfikacji, czy opiniowanie wzorów umów (§ 3 ust. 3 lit. a). Zostały one jednak określone ogólnikowo lub enigmatycznie. Określenie „udzielanie porad” jest pojemne, a jednocześnie niekonkretne. Z kolei do interpretacji postanowień specyfikacji, w tym wzoru umowy, z mocy art. 38 pzp uprawniony i obowiązany jest Zamawiający jako prowadzący postępowanie o udzielenie zamówienia. Przy czym według pełnomocnictwa z 28 lutego 2017 r. załączonego do oferty do składania i podpisywania zapytań uprawniony jest Amgen jako lider konsorcjum. Nie sposób też uznać przypisania Nettle obowiązku wniesienia wadium za przejaw niezbędnego wsparcia finansowego podmiotu, który sam nie byłby w stanie temu podołać, gdyż kwota wadium w pakiecie nr 20 wynosi niespełna 3 tys. zł. W ocenie Izby tego typu postanowienia nie nakładają na Nettle żadnych istotnych zobowiązań względem Amgen, a przede wszystkim nie uzasadniają zawarcia konsorcjum w celu wspólnego ubiegania się o przedmiotowe zamówienie.

Podobnie Izba ocenia większość wyszczególnionych w umowie konsorcjum, tj. w § 3 ust. 3 lit. b)-d), obowiązków Nettle na etapie realizacji umowy. Pośredniczenie w przyjmowaniu zamówień od Zamawiającego wydaje się zupełnie zbędne. Podobnie jak pośredniczenie w przekazywaniu informacji niezbędnych do sporządzania faktur oraz przyjmowaniu reklamacji odnośnie wystawionych faktur VAT ze strony Zamawiającego. Również bieżące techniczne księgowanie sprzedaży związanej z realizacją umowy dostawy produktów farmaceutycznych nie wymaga wchodzenia w konsorcjum. Powyższe obowiązki dotyczą standardowych czynności związanych z obsługą księgową sprzedaży i jeżeli rzeczywiście Amgen nie chce z jakichś powodów ich wykonywać, wystarczający byłby ich outsourcing.

Zdaniem Izby mnożenie tego typu niewiele znaczących zobowiązań członka konsorcjum służy jedynie usilnemu wykazaniu, że rozpatrywana w tej sprawie umowa konsorcjum różni się od tych, które zostały już negatywnie zweryfikowane w orzecznictwie sądowym lub Izby. Wskazuje na to również argumentacja zawarta w odwołaniu i prezentowana na rozprawie. Jednakże w ocenie Izby pomimo tych modyfikacji w stosunku do tych umów również w tej sprawie adekwatna jest ocena, że zawiązanie konsorcjum nie było podyktowane koniecznością współpracy przy wykonywaniu tych czynności w związku z realizacją umowy podstawowej.

W konsekwencji jedynym istotnym obowiązkiem Nettle wskazanym w § 3 ust. 3 lit. e) umowy konsorcjum jest tzw. administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego oraz windykacja należności od zamawiającego, która została tu określona jako dochodzenie „zapłaty za należności” od Zamawiającego na rzecz konsorcjantów, w tym na drodze sądowej. Zostało to skorelowane ze zobowiązaniem się Nettle do sfinansowania zamówienia, w sytuacji gdy Zamawiający opóźni się z zapłatą należności za wykonane dostawy, o czym mowa w § 3 ust. 4 umowy konsorcjum. Jednocześnie na mocy § 3 ust. 6 wyłącznie Nettle jest uprawnione do występowania do Zamawiającego w sprawach związanych z wykonaniem jego zobowiązań finansowych, w szczególności rozliczania wpłat, potwierdzania sald, naliczania odsetek za opóźnienie w zapłacie, kierowania wezwań, upomnień i zawiadomień związanych z roszczeniami pieniężnymi wobec Zamawiającego, a także do negocjowania i zawierania ugód i porozumień związanych z tymi roszczeniami.

W ocenie Izby powyższe postanowienia umowy konsorcjum, a także wskazania w jej preambule jako jeden z powodów jej zawarcia okoliczności, że Amgen prowadzi działalność polegającą na dostawie środków farmaceutycznych do publicznych jednostek służby zdrowia, które regulują swoje zobowiązania ze znacznym opóźnieniem (przekraczającym 120 dni), uzasadniają wniosek, do którego doszedł Zamawiający, że rzeczywistym celem

umowy konsorcjum nie było ułożenie stosunków między wykonawcami w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia oraz w czasie wspólnego wykonania umowy przez odwołujących się Wykonawców, ale stworzenie możliwości uzyskania przez Nettle wierzytelności wynikającej z wykonania umowy przez Amgen, czemu sprzeciwia się art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej.

Adekwatności tej oceny nie zmienia wskazanie w § 3 ust. 5 umowy, że sfinansowanie zamówienia, o którym mowa w ustępie poprzedzającym, nie stanowi zwolnienia Zamawiającego z zapłaty na rzecz Konsorcjum (a nie tylko na rzecz Nettle). Zdaniem Izby również ustalenie w § 4, że roszczenie o zapłatę wynagrodzenia z tytułu realizacji dostaw ma charakter solidarny (ust. 1), a w przypadku opóźnienia po stronie Zamawiającego Nettle i Amgen zobowiązują się wspólnie dochodzić należności na drodze postępowania sądowego (ust. 2). Jak to wynika z powyżej przywołanego postanowienia § 3 ust. 3 lit. e) umowy konsorcjum, do dochodzenia tych należności upoważniona jest jednak tylko Nettle. Również dopisanie, że będzie czynić to w imieniu Konsorcjum, którego obaj członkowie są wierzycielami solidarnymi Zamawiającego, nie zmienia sytuacji, że zasądzone w tej drodze wynagrodzenie wraz z odsetkami za opóźnienie, nawet jeżeli formalnie zostanie zasądzone na rzecz Konsorcjum, ostatecznie uzyska tylko Nettle, które uprzednio przełało na konto Amgen kwoty odpowiadające wartości zrealizowanych na rzecz Zamawiającego dostaw.

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

Za trafne należy uznać również stanowisko, że zasada swobody umów z art. 353¹ kc wskazuje jako jedną z granic tej swobody sprzeczność treści lub celu umowy z ustawą. W ramach tej swobody nie mieści się zatem zawarcie umowy konsorcjum, która służy uzyskaniu przez konsorcjanta prawa do wierzytelności z naruszeniem art. 54 ust. 5 ustawy o

działalności leczniczej.

Izba nie wzięła pod uwagę złożonej na rozprawie „Opinii prawnej o zgodności z art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej umów konsorcjów zawieranych przez spółkę Nettle S.A. w celu wspólnego ubiegania się o uzyskanie i wspólnego wykonywania zamówienia publicznego. Abstrahując od perswazyjnego tytułu, to niedatowane pismo mogło zostać poczytane jedynie za pisemne stanowisko Odwołującego, które trudno odnieść do okoliczności tej sprawy, skoro jego wnioski zasadzają się m.in. na istnieniu „Umowy Ramowej Konsorcjum” oraz „Umowy Wykonawczej Konsorcjum”, a nie na umowie konsorcjum, którą uprzednio Konsorcjum złożyło Zamawiającemu.

Izba uznała również, że złożone na rozprawie przez Odwołującego referencje uzyskane przez konsorcjum Amgen-Nettle nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu zawisłego w tej sprawie, gdyż nie świadczą o tym, że tym postępowaniu Amgen samodzielnie nie byłby zdolny do należytego wykonania dostawy leków.

Izba zauważa również, że wszystkie wyroki sądów okręgowych, na które powołał się Odwołujący zostały wydane przed przywołanym powyżej orzeczeniem Sądu Najwyższego z 2 czerwca 2016 r., a zatem nie mogą być uznane za obrazujące aktualną linię orzeczniczą sądów powszechnych. Warto przy tym odnotować, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko zbieżne z poglądami Sądu Najwyższego wyrażono już w wyroku z 29 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 732/14), a ostatnio w wyroku z 14 marca 2017 r. (sygn. akt KIO 353/17).

Ponieważ zaistniały podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Amgen-Nettle, oferta ta nie mogła zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a zatem nie doszło do naruszenia art. 7 ust. 3 pzp. W konsekwencji, ponieważ na pakiet nr 20 nie została złożona żadna inna oferta, Zamawiający prawidłowo unieważnił w tym zakresie postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 pzp.

{rozstrzygnięcie trzeciego zarzutu}

Niezasadny jest również zawarty w odwołaniu zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 pzp. Ponieważ o udzielenie zamówienia w pakiecie nr 20 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 pakiet nr 20. Niezależnie od tego Odwołujący nie był w stanie udowodnić, że Zamawiający inaczej ocenił analogiczną umowę konsorcjum Farmacol, gdyż złożył na rozprawie kopię umowy bez załącznika określającego szczegółowy zakres obowiązków stron tej umowy.

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 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. Nie zasądzono natomiast od Odwołującego wnioskowanych przez Zamawiającego kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie Izby, z uwagi na niezłożenie do zamknięcia rozprawy stosownych rachunków, co jest wymagane na mocy § 3 pkt 2 lit. a przywołanego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

.....