

**WYROK**  
z dnia 14 marca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk**

**Protokolant: Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. I. L. w (...), N. P. S. Sp. z o.o. we (...) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego S. Publiczny C. S. K. w (...)

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. I. L. w (...), N. P. S. Sp. z o.o. we (...) i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia A. P. I. L. w (...), N. P. S. Sp. z o.o. we (...) tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aspen P. I. L. w (...), N. P. S. Sp. z o.o. we (...) na rzecz S. P. C. S. K. w (...) kwotę 3.600 zł 00 gr

1

---

(słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

2

**Uzasadnienie**

Zamawiający – S. P. C. S. K. w (...) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych - 37 pakietów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 28 października 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 209-37066. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W związku z przesłaniem przez zamawiającego informacji o wyniku postępowania wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A. P. I. L. w (...), N. P. Services Sp. z o.o. we (...) wnieśli odwołanie 24 lutego 2017 r.. Zachowany został termin ustawy i obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu, że przez odrzucenie oferty odwołującego oraz będące jego konsekwencją unieważnienie postępowania naruszył art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietów 2-7 oraz czynności polegającej na unieważnieniu postępowania, powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietów 2-7. Odwołujący żądał również obciążenia

zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

W informacji o odrzuceniu oferty odwołującego z 16 lutego 2016 r. (kopia w aktach sprawy) zamawiający oświadczył, że oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy jako nieważna na podstawie odrębnych przepisów, gdyż została złożona przez wykonawców nie ubiegających się wspólnie o realizację zamówienia, lecz w celu uzyskania przez jednego z nich uprawnień do wierzitelności 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

3

---

jako podjęte bez zgody tego organu dotknięte zostają wadą nieważności z mocy art. 54 ust. 6 tej ustawy. Zamawiający wskazał, że mając na uwadze doświadczenia w zakresie naruszania przez wykonawców ograniczeń wynikających z powołanego art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie dotyczące treści złożonej przez nie oferty, jakie czynności w świetle zawartej pomiędzy stronami umowy konsorcjum w zakresie przedmiotu zamówienia będzie wykonywała na rzecz zamawiającego N. P. S. Sp. z o.o., mając na uwadze, że przedmiot zamówienia to „dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych” oraz że koncesję/zezwolenie na obrót produktami leczniczymi posiada wyłącznie A. P. I. Li. Zamawiający opisał, że pismem z dnia 9 lutego 2017 r. lider konsorcjum A. P. I. L. wyjaśnił, że to on będzie wykonywał zamówienie w zakresie dostarczania produktów leczniczych, natomiast pozostałe obowiązki nie wymagające stosownych zezwoleń, w tym przyjmowanie zamówień, wystawianie faktur, not księgowych i innych dokumentów pozostawać będą w gestii uczestnika konsorcjum N. P. S. Sp. z o.o. Ponadto lider konsorcjum przedstawił umowę konsorcjum z dnia 1 grudnia 2016 r., z której wynika, że uczestnik konsorcjum nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, a wyłącznie dokonywał czynności obsługowych w istocie na rzecz lidera konsorcjum, w tym administrowania należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz zamawiającego oraz windykacji należności od zamawiającego. W dalszym ciągu pisma zamawiający wywodził, że w świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2016 r. w sprawie sygn. akt I CSK 486/15 cyt.: „Nie jest dopuszczalne zawarcie umowy konsorcjum nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy podstawowej, tylko w celu uzyskania uprawnień do wierzitelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy wyłącznie przez jednego z uczestników konsorcjum. Prowadzi to do faktycznego obrotu wierzitelnościami 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.”

Zamawiający wskazał, że umowa konsorcjum zawarta w takich okolicznościach, a więc i występujących w postępowaniu 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.

Na podstawie wyjaśnień udzielonych przez odwołującego (kopia w aktach sprawy) Izba ustaliła, że zamawiający prawidłowo powołał zarówno treść swego wezwania, jak i wyjaśnienia odwołującego.

Przywołany w uzasadnieniu odwołania § 3 umowy konsorcjum stanowi:

4

- 
1. Lider konsorcjum jest zobowiązany do należytego wykonania umowy z Zamawiającym (Umowa przetargowa) w zakresie wykonania zamówień na dostawy składanych przez Zamawiającego, a także do wszelkich innych czynności niewymienionych w ust. 2
  2. Uczestnik konsorcjum jest zobowiązany do:

- a) wniesienia wadium w formie uzgodnionej przez Konsorcjum;
- b) doradztwa prawnego w zakresie zgodności oferty Konsorcjum z przepisami;
- c) zorganizowania i prowadzenia centrum przyjmowania zamówień od Zamawiającego;
- d) nadzoru nad procesem przewozu i wydawania przedmiotu zamówienia Zamawiającemu przez Centrum Dystrybucyjne;
- e) przygotowywanie i przekazywanie informacji niezbędnych do sporządzania faktur dla Zamawiającego;
- f) bieżące techniczne księgowanie sprzedaży wykonanej na rzecz Zamawiającego;
- g) administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz Zamawiającego oraz windykacji należności od Zamawiającego”.

Izba ustaliła ponadto, że § 2 tej umowy stanowi w ust. 3, że uczestnik konsorcjum jest uprawniony do występowania w imieniu konsorcjum do zamawiającego w sprawach związanych z wykonaniem zobowiązań finansowych zamawiającego, w szczególności do rozliczania wpłat 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. Ustalono również, że do umowy konsorcjum zostały dołączone dwa pełnomocnictwa z 1 grudnia 2016 r. (kopie w aktach sprawy). W pierwszym z nich N. P. S. Sp. z o.o. we (...) upoważnia A. P. I. L. w związku z ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego w badanym postępowaniu w szczególności do:

1. reprezentowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;
2. podpisania, parafowania i złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej lub oferty, wraz z załącznikami, poświadczania wszelkich dokumentów i oświadczeń za zgodność z oryginałem,
3. prowadzenia negocjacji z zamawiającym w imieniu uczestnika konsorcjum jak i całego Konsorcjum,
4. składania i przyjmowania wszelkich oświadczeń i dokumentów, w tym zadawania pytań i udzielania wszelkich wyjaśnień, w szczególności dotyczących wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej, lub treści oferty, innych dokumentów, oświadczeń lub załączników, uzupełniania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty wstępnej lub oferty na wezwanie zamawiającego w zakresie złożonych oświadczeń lub dokumentów,

5

5. wniesienia wadium w imieniu uczestnika konsorcjum jak i całego konsorcjum, przedłużenia ważności tego wadium lub wniesienia nowego wadium, a także zabezpieczenia należytego wykonania umowy,
6. złożenia oświadczenia w przedmiocie przedłużenia terminu związania ofertą,
7. wnoszenia i popierania środków ochrony prawnej w imieniu uczestnika konsorcjum jak i całego konsorcjum, przysługujących wykonawcy zgodnie z przepisami Pzp, w szczególności do wnoszenia odwołań do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, opozycji przeciw przystąpieniu innego wykonawcy, a także skargi do Sądu Okręgowego,
8. wnoszenia i popierania w imieniu uczestnika konsorcjum jak i całego konsorcjum przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz zgłoszenia sprzeciwu względem uwzględnienia przez zamawiającego odwołania,
9. reprezentowania na posiedzeniu i rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą jak i przed Sądem Okręgowym rozpoznającym skargę,
10. uiszczania wpisów od wnoszonych środków ochrony prawnej,
11. zawarcia umowy na realizację zamówienia, a także jej zmianę lub zawarcie umowy w sprawie zamówienia uzupełniającego lub dodatkowego,
12. reprezentowania przed i dokonywania rozliczeń z zamawiającym, a w szczególności do wystawiania faktur i przyjmowania płatności.

Pełnomocnictwo upoważnia pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw według własnego uznania. Ustala, że pełnomocnik może być również drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy, może również reprezentować inną stronę w trakcie dokonywania czynności prawnej w imieniu mocodawcy.

Natomiast pełnomocnictwo udzielone N. P. S. Sp. z o.o. przez A. P. I. L. w zakresie reprezentowania przed i dokonywania rozliczeń z zamawiającym, a w szczególności do wystawiania ewidencjonowania faktur i przyjmowania płatności. Również i to pełnomocnictwo

upoważnia pełnomocnika do udzielania dalszych pełnomocnictw według własnego uznania i wskazuje, że pełnomocnik może być również drugą stroną czynności prawnej, której dokonuje w imieniu mocodawcy, może również reprezentować inną stronę w trakcie dokonywania czynności prawnej w imieniu mocodawcy.

Na podstawie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, dalej jako „JEDZ” (kopia w aktach sprawy) Izba ustaliła również, że konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w postępowaniu na podstawie zasobów A. P. I. L.

### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwolujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia.

6

---

Unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego da mu możliwość uzyskania zamówienia. Oferta odwołującego była bowiem jedyną ofertą złożoną w częściach 2-7 postępowania.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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 (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 25 sierpnia 2015 r. w sprawie XXIII Ga 1072/15). Tym bardziej więc oferta złożona przez wykonawców, których wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalne, dotknięta jest sankcją nieważności bezwzględnej (art. 58 § 1 k.c.), gdyż sanowanie podmiotowej niedopuszczalności kontraktowania w tej sytuacji nie jest możliwe.

Konsorcjum stanowi niestypizowaną umowę cywilnoprawną. Powszechnie przyjmuje się, że celem ubiegania się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum jest rozszerzenie konkurencji – ustawodawca dał wykonawcom możliwość łączenia potencjałów, dzięki czemu zamówienie mogą uzyskać i zrealizować wspólnie podmioty, które pojedynczo nie mogłyby tego dokonać. Pomimo tego, że przepisy Pzp i kodeksu cywilnego nie kształtują w żaden sposób warunków porozumienia konsorcjalnego, to jednak możliwość zawiązywania i układania stosunków wewnątrz konsorcjum nie została pozostawiona całkowitej dowolności wykonawców.

Art. 353 § 1 k.c. stanowi, że strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Związanie konsorcjum nie może nie może zatem naruszać przepisów prawa.

W wyroku z 8 czerwca 2016 r. w sprawie VI ACa 651/15 Sąd Apelacyjny w Warszawie uznał zawarcie umowy konsorcjum za niedozwolone na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów porozumienie mające na celu wyłączenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, gdy zawiązali je wykonawcy z których każdy mógłby samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Tym samym uznano, że zawiązanie konsorcjum ze względu na jego skład podmiotowy narusza ustawę.

Ustawowe ograniczenie zawierania umów konsorcjalnych wynika również z ustawy o działalności leczniczej. Art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej 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

7

---

finansowy samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej za rok poprzedni. Zgodę wydaje się po zasięgnięciu opinii kierownika samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Zgodnie z art. 54 ust. 6 ustawy o działalności leczniczej czynność prawna dokonana z naruszeniem ust. 2-5 jest nieważna.

W orzecznictwie sądów powszechnych w ślad za wykładnią tych norm dokonanych przez Sąd Najwyższy w wyroku z 2 czerwca 2016 r. w sprawie CSK 486/15 (LEX nr 2076679) ukształtował się pogląd, że przepis art. 54 ust. 5 nie jest ograniczony przedmiotowo do tych

czynności prawnych, których istotą jest cel bezpośredni 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).

Izba dokonała zatem oceny postanowień umowy odwołującego się konsorcjum z kontekście możliwości zmiany wierzyciela z uwzględnieniem całokształtu okoliczności możliwych do ustalenia w postępowaniu. Wymagało to zbadania umowy konsorcjum, załączonych do niej pełnomocnictw oraz JEDZ odwołującego na zasadzie (z urzędu) a nie wyłącznie oceny § 3 umowy konsorcjum powołanej przez odwołującego.

Zawarcie umowy konsorcjum przez odwołujących się wykonawców oraz złożenie przez nich wspólnej oferty Izba uznała 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.

Po pierwsze, Izba uznała, że o zamówienie A. P. I. L. mógł ubiegać się samodzielnie. Z lektury JEDZ znajdującego się w aktach sprawy wynika, że to na podstawie zasobów tego podmiotu konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Nie sposób też uznać przypisanie N. P. S. Sp. z o.o. obowiązku wniesienia wadium za wsparcie finansowe podmiotu, który sam nie może ubiegać się o zamówienie, gdyż łączna wartość wadium w częściach 2-7 postępowania wynosi 545 zł. Dostrzec przy tym trzeba, że już w treści pełnomocnictwa z 1 grudnia 2016 r. obowiązek wniesienia wadium ciąży na A. P. I. L.. Możliwość samodzielnego uzyskania i wykonania zamówienia przez A. P. I. L. potwierdził sam pełnomocnik odwołującego, który na rozprawie oświadczył, że konsekwencją oddalenia odwołania będzie udzielenie zamówienia na rzecz A. P. I. L. z wolnej ręki

Po drugie, przedmiot umowy tj. sukcesywną dostawę leków zrealizuje A. P. I. L. Nie wykazano zostało, aby N. P. S. Sp. z o.o. podjął działania dla organizacji centrum przyjmowania zamówień od zamawiającego oraz posiadał zasoby wymagane do nadzoru nad procesem przewozu i wydawania przedmiotu zamówienia przez C. D. Nie też można pominąć, że do tych działań nie upoważnia pełnomocnictwo z 1 grudnia 2016 r. N. P. S. Sp. z o.o. nie zostało umocowane również do doradztwa prawnego w zakresie zgodności oferty konsorcjum z przepisami. Przygotowanie i przekazywanie informacji niezbędnych do sporządzania faktur

8

---

przez zamawiającego oraz bieżące techniczne księgowanie sprzedaży wykonanej na rzecz zamawiającego, które to czynności zostały przypisane temu podmiotowi w § 3 umowy konsorcjum to rutynowe działania, które podmioty gospodarcze wykonują samodzielnie lub nabywają jako usługi powszechnie dostępne na rynku.

Twierdzenie odwołującego sprowadzające się do tego, że A. P. I. L. jako podmiot zagraniczny nie znający polskiego prawodawstwa i realiów rynku polskiego wymaga wsparcia doświadczonego partnera upada w świetle treści pełnomocnictw z 1 grudnia 2016 r., z których wynika, że wszystkie czynności związane z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zawarciem umowy z zamawiającym (dla których znajomość prawa polskiego jest niezbędna) przypisane zostały podmiotowi zagranicznemu.

Po pominięciu omówionych czynności jedynym obowiązkiem N. P. S. Sp. z o.o. wskazanym w § 3 ust. 2 umowy konsorcjum jest administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz zamawiającego oraz windykacja należności od zamawiającego. Ponadto z treści pełnomocnictwa z 1 grudnia 2016 r., na mocy którego N. P. S. Sp. z o.o. jako pełnomocnik konsorcjum może zawrzeć z N. P. S. Sp. z o.o. umowę.

W ocenie Izby powołane okoliczności wskazują, 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. Celem tym było natomiast stworzenie możliwości uzyskania przez N. Pharma S. Sp. z o.o. wierzytelności wynikającej z wykonania umowy przez A. P. I. L., a temu sprzeciwia się art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej.

Przekonanie o pozorności umowy konsorcjum wzmacniają stanowiska pełnomocników stron na rozprawie. Pełnomocnik zamawiającego oświadczył, że firmy tworzące konsorcjum zawarły ze sobą umowę ramową, na mocy której w sytuacji braku zapłaty przez zamawiającego należności z tytułu dostawy leków w określonej kwocie, A. P. I. L. uzyska zapłatę od N. P. S. Sp. z o.o., która w konsekwencji uzyska prawo do dochodzenia wierzytelności od zamawiającego. Wskazał, że zawarcie takiej umowy potwierdziły zeznania świadka złożone przed Sądem Okręgowym w Warszawie w sprawie o sygn. akt IV C 479/16 .

Pełnomocnik odwołującego nie zaprzeczył temu twierdzeniu, choć mógł to uczynić, gdyż złożenia oświadczenia wyraźnie żądał zamawiający. Jakkolwiek oświadczenie pełnomocnika zamawiającego nastąpiło po wyrażeniu przez odwołującego stanowiska końcowego w sprawie, to żaden przepis nie sprzeciwia się takiej możliwości i pełnomocnik odwołującego mógł oświadczyć przeciwnie aż do zamknięcia rozprawy.

W tej sytuacji Izba uznała stanowisko odwołującego za przyznanie okoliczności faktycznych, które w świetle treści pozostałych ustaleń, nie budzą wątpliwości, co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy (art. 190 ust. 5 Pzp) i nie występowała do Sądu

9

---

Okręgowego w Warszawie o przesłanie kopii protokołu z rozprawy w sprawie IV C 479/16. W ocenie Izby doprowadziłoby to do przewlekłości postępowania.

Jeśli czynności już w momencie swego „rodzenia się” miały na celu obejście ustawy, są nieważne (wyrok SN z 5 kwietnia 2007 r. w sprawie II CSK 533/06). Skoro zawarcie umowy konsorcjum, jak i złożenie oferty przez odwołujących się wykonawców miały na celu obejście zakazu zawartego w art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej, Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp a unieważniając postępowanie nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba nie oceniała czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: F. S.A. oraz F. I - Logistyka sp. z o.o., której zdaniem odwołującego zamawiający dokonał z obrazą art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut ten został wprawdzie podniesiony w odwołaniu, lecz dotyczył części 32 postępowania. Tymczasem odwołujący złożył ofertę w częściach 2-7, co powoduje brak spełnienia przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp i uzasadnia oddalenie odwołania w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący: .....**

10