

XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy

Part

ul. Francuska 38

io ?m/. 1 '

40-028 Katowice

60-70-495,493,,461, fax: 496

Sygn. akt I instancji: KIO 732/14

Sygn. akt: XIX Ga 406/14

Data: 16/09/2014 r.

Urząd Zamówień Publicznych
Departament Odwołań
ub Postępu (Adgar Płaza) 17a
02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy zwraca akta pomocnicze po rozpoznaniu skargi odwołującego

Załączone odpisy orzeczenia: 1

Odpis wyroku z dnia 21 lipca 2014r. wraz z uzasadnieniem wysłano na wniosek pełnomocnikom stron.

i Przewodniczący:

Przewodniczący
XIX Wydziału Gospodarczego Odwoławczego

S.S.O. Krystyna Fańciszevska-Rąba

 $\mathbb{Q}_p$

Sygn. akt XIX Ga 406/14 KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA

W-W

| 11 3. 09. 2014

) w -nyg-Ło

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 lipca 2014 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym;

Przewodniczący: SSO Jacek Gęsiak,

Sędziowie: SO Grażyn^h Jezjorowska

SR (del.) Jarema Czapla (spr.)

Protokolant: st. sekr. sądowy Anna Skrzypek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2014 r. w Katowicach

z odwołania Konsorcjum: LEK S.A. w Strykowie i Magellan S.A. w Łodzi

przeciwko Samodzielnemu Publicznemu Szpitalowi Klinicznemu Nr 6

Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiemu
Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II w Katowicach

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołujących

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie

z dnia 29 kwietnia 2014 r. sygn. akt KIO 732/14

1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że uwzględnia odwołanie i
nakazuje zamawiającemu:

- a. unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie
ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: LEK spółki
akcyjnej w Strykowie i Magellan spółki akcyjnej w Łodzi;
- b. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu
nr 22 i unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie

pakietów nr 13, 14, 20, 36 i 41 oraz dokonanie w tym zakresie ponownej
oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu oferty
odwołujących; J

oraz zasądza od zamawiającego na rzecz odwołujących się kwotę 15 000,00
zł (piętnaście tysięcy złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania
odwoławczego;

2. zasądza od zamawiającego na rzecz skarżących kwotę 78 634,00 zł (siedemdziesiąt osiem tysięcy sześćset trzydzieści cztery złote) tytułem zwrotu kosztów postępowania skargowego.

Na oryginale właści

ZGODNOŚĆ Z

slwieijd

n?1 .

' SEKRET

Starszy Sekr&rtart dl&Awy

podpisy
GINAŁEM

Anna Sklt^pelŁN

Sygn. akt XIX Ga 406/14

Uzasadnienie.

Wyrokiem z dnia 29 kwietnia 2014r. Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienww>?amach konsorcjum : LEK spółki akcyjnej w Strykowie i Magellan spółki akcyjnej w Łodzi, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „dostawa produktów leczniczych” (nr postępowania PN/2/14) prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiemu Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II w Katowicach oraz obciążła kosztami postępowania odwołujących.

Na uzasadnienie swego rozstrzygnięcia KIO przytoczyła następujące okoliczności: 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. póź. 907, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), 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 (), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (zwaną również dalej w skrócie „SIWZ” lub s.i.w.z.).

Dnia 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. Odwołujący wniósł w formie pisemnej odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od rozstrzygnięcia postępowania w częściach nr 22 i 36 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenia ustawy pzp:

- Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp - przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako

stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o

v-^*zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

- 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 -zmierającej do przelewu wierzytelności.
- 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.
- 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:

Powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 22.

Powtórne go 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. 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 pomimo przedłożenia do oferty umowy konsorcjum. 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.

Odwołujący się podkreślił, że 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 wymóg został dopełniony - w pełnomocnictwie stanowiącym załącznik nr 1 do umowy konsorcjum wskazano Lidera jako podmiot uprawniony do reprezentacji Konsorcjum.

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.

Zdaniem Odwołującego dopuszczalne jest 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.

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. 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 Szpitala, w szczególności monitorować dokonywanie w terminach wskazanych w w/w umowie płatności przez Szpitala. 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 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 też 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 posiadający 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 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.

Nie można więc zgodzić się z oceną Zamawiającego że oferta Odwołującego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i 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.

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 jest 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 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 chybia jest 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)

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 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 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.

Dnia 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.

7

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 wątpienia 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. Podkreślił on również, że 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 wprowadzenie 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.

Dla Zamawiającego podstawą do stwierdzenia, że oferta Odwołującego jest nieważna stanowi art. 83§1 k.c. 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 jedną ofertę, a jego oferta podlegała odrzuceniu.

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:

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonych 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 zawiązane 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

» i t ““”

zostało złożone dla ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. 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 ukrycia 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

mającą 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 miałoby 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. 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 uzyskania 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 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.

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 SA, na który mają być dokonywane zaległe płatności. Co charakterystyczne, z umowy nie wynika, aby choć część z odzyskanych pieniędzy miała kiedykolwiek trafiać 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 ciężących

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 Izba stwierdziła, że 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.

Stwierdzenie pozomości 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 pozomości 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. 3531 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 pozomości 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 SA, 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 pozomości 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 pozomość przed rozstrzygnięciem postępowania.

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 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, póź. 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.

Z treścią powyższego rozstrzygnięcia nie zgodzili się Odwołujący, którzy wnieśli skargę odnośnie całości wyroku. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 23 ust. 1 Pzp poprzez oddalenie odwołania Odwołującego z uwagi na przyjęcie w sposób bezpodstawny, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą Pzp,
- art. 89 ust. 1 pkt 8 pzp w zw. z art., 83 ust. 1 kc i art. 22 ust.1 pkt 4 poprzez oddalenie odwołania Odwołującego z uwagi na przyjęcie w sposób bezpodstawny, iż w/w oferta prowadzi do dokonania czynności o charakterze pozornym, która ma na celu ukrycie innej czynności prawnej -przelewu wierzytelności,
- art. 22 ust. 1 pkt 4 pzp poprzez uznanie, iż Wykonawca w mniejszym postępowaniu nie musiał spełniać żadnych warunków dotyczących sytuacji finansowej, gdy tymczasem z treści art. 22 ust.1 pkt 4 pzp wynika, iż takie warunki każdy wykonawca musi spełnić. Dodatkowo Zamawiający żądał od każdego z wykonawców oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym w zakresie zdolności finansowej,
- Art. 14 Pzp w zw. z art. 6 kodeksu cywilnego poprzez uznanie, że to Odwołujący nie udowodnił, iż umowa konsorcjum nie jest pozorna, gdy tymczasem zgodnie ze wskazanym przepisem ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Skoro więc Zamawiający twierdzi, że umowa konsorcjum jest pozorna to powinien tę okoliczność udowodnić co nie miało miejsca w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- Art. 14 Pzp w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez naruszenie zasady swobody umów i niedopuszczalną ingerencję przez osobę trzecią w podmiotowe uprawnienia wykonawców do łączenia się w konsorcja celem wzięcia udziału w postępowaniu i sumowania swoich potencjałów,
- Art. 14 Pzp w zw. z art. 367 k.c. poprzez błędną wykładnię sprowadzającą się do stwierdzenia, iż umowa konsorcjum oraz solidarność wierzycieli prowadzi do zmiany wierzyciela,
- art. 232 § 1 k.p.c. w związku z art. 83 § 1 k.c. poprzez uznanie z urzędu, że umowa konsorcjum była pozorna i miała na celu zmianę wierzyciela, chociaż Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu w tym zakresie, a pozorność jest okolicznością faktyczną podlegającą dowodzeniu przez stronę, która podnosi taki zarzut,
- art. 192 §2 Pzp oraz art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne ustalenie stanu faktycznego i nieuprawnione stwierdzenie, iż LEK S.A. nie potrzebował w żadnym zakresie Spółki Magellan w niniejszym postępowaniu gdy tymczasem kwestia zasadności współpracy z Magellan S.A. leży w wyłącznej gestii LEK S.A.

Mając na uwadze te zarzuty wnieśli o:

- zmianę orzeczenia w całości poprzez uwzględnienie odwołania,
- zasądzenie kosztów postępowania, w tym także kosztów związanych z rozpoznaniem odwołania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi skarżący przytoczyli stan faktyczny, istotę sporu i rozstrzygnięcie KIO

oraz obszerne stanowisko co do naruszenia wskazanych przepisów prawa procesowego i materialnego polemizując z ich wykładnią dokonaną przez KIO. Dodatkowo wskazał, iż Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji - gdyż pozostałe konsorcja zostały dopuszczone do postępowania i pomimo sprawdzenia umów konsorcjum innych wykonawców przed zawarciem umów Zamawiający postępowania nie unieważnił a pozostałe umowy konsorcjum sprowadzają się wyłącznie do czynności windykacyjnych i administracyjnych, które można wykonywać bez udziału w konsorcjum (przykładowo konsorcjum Asclepios S.A. i Nettle Kancelaria Prawno - Finansowa sp. z o.o.), a jedna umowa konsorcjum nie precyzuje w ogóle, który uczestnik konsorcjum jakie czynności wykonuje.

ti

<<r

Zamawiający wnosił o oddalenie skargi i zasądzenie kosztów postępowania, podtrzymując w całości swoje stanowisko reprezentowane w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Okręgowy ustalił i zważył co następuje:

Skarga podlega uwzględnieniu, czego skutkiem jest zmiana zaskarżonego wyroku w kierunku przez Skarżących wskazywanym.

Bezspornym pozostawało, że Skarżący tworzący konsorcjum biorą udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „dostawa produktów leczniczych” (nr postępowania PN/2/14) prowadzonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach Górnośląskiemu Centrum Zdrowia Dziecka im. Jana Pawła II w Katowicach, w toku którego Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Skarżących 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 unieważnił na podstawie art. 93 ust. 3 pkt 2 ustawy pzp postępowanie w częściach nr: 7, 22, 26, 38, 70 i 80, z uwagi na niezłożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Odwołanie a następnie skarga członków konsorcjum dotyczy odrzucenia ich oferty oraz unieważnienia postępowania odnośnie pakietu 22.

W uzasadnieniu swego wyroku Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż bezpodstawnie Zamawiający podjął decyzję dotyczącą oferty skarżących z powołaniem się na przepisy dotyczące nieuczciwej konkurencji - z czym Sąd Okręgowy w pełni się zgadza i wywody w tym zakresie poczynione przez KIO uznaje za własne.

W tym stanie rzeczy dla rozstrzygnięcia zasadności skargi pozostaje ustalenie, czy decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty skarżących oraz unieważnienia przetargu w zakresie pakietu 22 była uzasadniona a więc czy umowa konsorcjum zawarta przez wykonawców jest pozorna - a jeżeli tak to, czy ukryta pod nią czynność zmierza do zmiany wierzyciela w rozumieniu art. 54 ustawy o działalności leczniczej i jest z tego powodu nieważna (na podstawie art. 83 §1 kc).

Na wstępie stwierdzić należy, iż nieuzasadnione jest stanowisko podnoszone przez Zamawiającego a zaaprobowane przez KIO, iż wykonawcy w toku przedmiotowego postępowania nie mieli obowiązku spełniać wymogów związanych z ich sytuacją

ekonomiczną. Wymaganie takie, jak to słusznie wskazali Skarżący zawiera nie tylko ustawa o pzp ale i s.i.w.z. Co prawda wymogi te nie zostały precyzyjnie określone, niemniej jednak nieuzasadnione jest twierdzenie, że takiego wymogu w toku postępowania oferent nie miał spełniać. Ustalenie tego, czy sytuacja ekonomiczna oferenta pozwala mu na wzięcie udziału w przetargu dokonuje podmiot zamierzający wziąć w nim udział na podstawie kompleksowej analizy swej sytuacji. Zamawiający i Krajowa Izba Odwoławcza z uwagi na zakres danych jakimi dysponowali nie mieli podstaw, aby kwestionować ustalenia jakie leżały u źródeł decyzji o przystąpieniu do przetargu przez LEK SA w ramach konsorcjum z Magellan SA - stąd ustalenia poczynione w tym zakresie przez KIO uznać należy za dowolne (w szczególności te oparte o umowę o współpracy ramowej konsorcjantów, której treścią KIO nie dysponowało) i naruszające określoną w art. 353¹ kc zasadę swobody umów.

Sąd Okręgowy przeprowadził szczegółową analizę zapisów umowy konsorcjum zawartej przez Skarżących w kontekście stałej współpracy stron i nie doszukał się w jej treści żadnych elementów świadczących o pozomości tego porozumienia oraz ukrycia w jej regulacjach innej czynności zmierzającej do przeniesienia wierzytelności powstałej w wyniku zrealizowania umowy zawartej w wyniku udziału w przetargu na członka konsorcjum. Bezsprzecznie wykonawcy składając wspólnie ofertę spełnili warunki określone w art. 22 i 23 pzp a strony umowy konsorcjum precyzyjnie wskazały zakres wzajemnych praw i obowiązków LEK SA jako lidera oraz Magellan SA jako członka. Zgodnie z podziałem obowiązków między konsorcjantami oprócz zapewnienia wspomżenia potencjału finansowego lidera Magellan S.A. prowadzić miał nadzór nad realizacją umowy pod względem finansowym po upływie 30 dni od daty wymagalności wierzytelności. W ramach tego uprawnienia prowadzić miał monitoring dokonywania płatności, rozliczenia ze Szpitalem (§5 umowy konsorcjum) a także kontaktować się w tym zakresie z Zamawiającym. Należy w tym miejscu podkreślić, iż zamawiający nie zaprzeczył w toku postępowania skargowego twierdzeniu skarżących, iż treść ich umowy konsorcjum nie odbiega w tym zakresie od innych umów przedstawionych przez innych konsorcjantów biorących udział w omawianej procedurze przetargowej, które nie zostały odrzucone - w tym stanie rzeczy nie można więc przyjąć za zasadne stwierdzenia, że Magellan S.A. nie miał realnie uczestniczyć w realizacji umowy zawartej w wyniku przetargu.

W tym miejscu na marginesie wskazać należy, iż zdaniem Sądu Okręgowego Zamawiający był w pełni uprawniony do dokonania analizy umowy konsorcjum na etapie badania ofert, skoro oferent sam mu ją w ramach oferty przedstawił - z tego względu zarzuty kwestionujące

to uprawnienie podnoszone przez konsorcjantów uznać należy za pozbawione podstaw.

Zapisy analizowanej umowy nie dają również, w opinii Sądu Okręgowego, podstaw do stwierdzenia, iż w wyniku jej realizacji nastąpi przejęcie wierzytelności w stosunku do Zamawiającego przez członka konsorcjum. Na podkreślenie zasługuje, że ani Zamawiający ani Krajowa Izba Odwoławcza w swych twierdzeniach nie wskazują na konkretne regulacje tej umowy, które uzasadniają taką tezę - poza §4 ust. 1 umowy. W tym miejscu należy wskazać, że omawiany zapis umowny nie powoduje przejścia wierzytelności wynikającej z realizacji obowiązków umownych na członka konsorcjum, nie pozbawia ani zamawiającego ani LEK SA uprawnień określonych w art. 367 kc - ale stanowi jedynie wewnętrzne porozumienie konsorcjantów, którego naruszenie nie rodzi zresztą, w świetle umownej regulacji, żadnych konsekwencji dla lidera konsorcjum. Z tego względu rozważania zawarte w uzasadnieniu wyroku KIO odnośnie naruszenia zakazu wynikającego z treści art. 54 ustawy o działalności leczniczej i jej skutków, choć prawidłowe - nie znajdują zastosowania w rozpatrywanym przypadku.

Reasumując w pełni podzielić należy zarzuty Skarżących, iż Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie poczyniła ustalenia nie znajdujące odzwierciedlenia w ujawnionym materiale naruszając zasady rządzące postępowaniem dowodowym. Wynikiem tych nieprawidłowych ustaleń było błędne przyjęcie, iż umowa konsorcjum ukrywa w sobie czynność prawną ukierunkowaną na przejście wierzytelności powstałej w wyniku realizacji umowy zawartej z Zamawiającym na członka konsorcjum (Magellan SA) z naruszeniem

zakazu przewidzianego w art. 54 ustawy o działalności leczniczej - co powoduje, iż ta umowa i ukryta czynność uznana musi zostać za nieważną (art. 83 kc). W konsekwencji błędnie Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Skarżących złożone w związku z odrzuceniem ich oferty przez zamawiającego i unieważnieniem przetargu odnośnie pakietu 22.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i rozważania Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok orzekając co do istoty sprawy i uwzględniając skargę na podstawie art. 198 fust. 2 i 5 pzp w zw. z 192 ust. 3 pkt 1 pzp nakazał unieważnienie przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty skarżących, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie pakietu nr 22 (wobec odpadnięcia przesłanki braku oferty dotyczącej tego pakietu), unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów wskazanych w sentencji oraz dokonanie ponownej oceny ofert w tym zakresie przy uwzględnieniu oferty skarżących, orzekając również o kosztach postępowania odwoławczego i skargowego

zasądzając je od zamawiającego na rzecz skarżących.

Orzekając w przedmiocie kosztów postępowania odwoławczego uwzględniono wyłącznie wysokość uiszczonej przez Skarżących opłaty - wobec nie przedstawienia rachunku. Na wysokość kosztów postępowania skargowego zostały się wysokość opłaty od skargi oraz wynagrodzenie pełnomocników powiększone o uiszczone opłaty od pełnomocnictw.

Na oryginale 'wła&n-toe podpisy
ZGODNOŚĆ Z 97YGINAŁEM

stwi

SJEK/REiARZ

StarszAsekretin aSąekl
Anto Skays&k