

Sygn. akt XXIII Ga 634/17

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 14 lipca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący:	SSO Alicja Dziekańska (spr.)
Sędziowie:	SO Paweł Kieta SO Monika Skalska
Protokolant:	st. sekr. sądowy Karolina Podjaska

po rozpoznaniu w dniu 6 lipca 2017 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego

z udziałem zamawiającego : (...) **Szpitala (...) w W.**

odwołujących wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) **w D. (Irlandia), (...) sp. z o.o. we W.**

na skutek skargi wniesionej przez odwołujących wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w W.

z dnia 14 marca 2017 r., sygn. akt KIO (...)

1. oddala skargę;

2. zasądza na rzecz (...) Szpitala (...) w W. od (...) w D. (Irlandia) oraz (...) sp. z o.o. we W. 8100zł (osiem tysięcy sto) tytułem kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu skargowym.

SSO Paweł Kieta SSO Alicja Dziekańska SSO Monika Skalska

XXIII Ga 634/17

UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia z dnia 14 marca 2017 r. Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia : (...) w D. (Irlandia) oraz (...) Sp. z o.o. we W., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego : (...) Szpital (...) w W. oddaliła odwołanie (pkt 1 sentencji), kosztami postępowania obciążyła wykonawców i zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez wykonawców tytułem wpisu od odwołania (pkt 2.1 sentencji) oraz zasądziła od wykonawców na rzecz zamawiającego 3.600 zł z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (pkt 2.2 sentencji).

Powyższe rozstrzygnięcie KIO oparła na następujących ustaleniach faktycznych :

Zamawiający - (...) Szpital (...) w W. prowadził w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem była dostawa produktów leczniczych i wyrobów medycznych - 37 pakietów. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało 28 października 2016r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem (...).

W przetargu tym swój udział zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia : (...) w D. (Irlandia) oraz (...) Sp. z o.o. we W. - oferta ta została przez zamawiającego odrzucona. We wniesionym przez tych wykonawców odwołaniu zarzucono zamawiającemu, że przez odrzucenie oferty oraz będące konsekwencją tego odrzucenia - unieważnienie postępowania, zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 8 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Wykonawcy wniesli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego w zakresie pakietów 2-7 oraz czynności polegającej na unieważnieniu postępowania i powtórzenie czynności oceny ofert w zakresie pakietów 2-7. Odwołujący żądał również obciążenia zamawiającego kosztami postępowania.

Rozpoznając to odwołanie KIO miała na uwadze stanowisko zamawiającego, który w odrzucając ofertę oświadczył, że oferta ta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p., 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 wierzytelności powstałej z tytułu wykonania świadczeń objętych zamówieniem.

KIO wskazała, 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), stąd zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p. zamawiający tym bardziej winien odrzucić ofertę, która jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Oceniając umowę zawartą przez wykonawców KIO wskazała następnie, że konsorcjum stanowi niestypizowaną umowę cywilnoprawną, a jej zasadniczym celem jest skorzystanie z możliwości łączenia potencjałów, dzięki czemu zamówienie mogą uzyskać i zrealizować wspólnie podmioty, które pojedynczo nie mogłyby tego dokonać.

Mając to na uwadze KIO zbadała zawiązana przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie umowę konsorcjum w świetle przesłanek art. 353¹ k.c., który 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. KIO powołała tu też uzasadnienie wyroku z 8 czerwca 2016 r. wydanego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie w sprawie VI ACa 651/15, który uznał, że zawarcie umowy konsorcjum jest niedozwolone na gruncie art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeśli porozumienie mające na celu wyłączenie konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczy sytuacji, w której wykonawcy zawiązali je, mimo każdy z nich mógłby samodzielnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.

KIO miała też na uwadze, że ustawowe ograniczenie zawierania umów konsorcjalnych wynika również z ustawy o działalności leczniczej, a art. 54 ust. 5 ustawy o działalności leczniczej (dalej: u.d.l.) stanowi natomiast, że czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący, zaś zgodnie z art. 54 ust. 6 u.d.l. - czynność prawna dokonana z naruszeniem tego przepisu jest nieważna.

W świetle powyższego KIO dokonała oceny postanowień umowy konsorcjum w kontekście możliwości zmiany wierzyciela z uwzględnieniem całokształtu okoliczności możliwych do ustalenia w postępowaniu i doszła do przekonania, że zawarcie umowy konsorcjum przez odwołujących się wykonawców oraz złożenie przez nich wspólnej oferty powziąć należało za czynność mającą na celu obejście prawa w celu uzyskania przez konsorcjanta prawa do wierzytelności z naruszeniem art. 54 ust. 5 u.d.l. Izba uznała bowiem, że o zamówienie (...) mógł ubiegać się samodzielnie, z lektury zaoferowanych dowodów wynikało bowiem, że to na podstawie zasobów tego podmiotu konsorcjum wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie KIO nie sposób było też przypisać (...) 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 wynosiła jedynie 545 zł. Jak zauważyła też Izba - już w treści pełnomocnictwa z 1 grudnia 2016 r. obowiązek wniesienia wadium ciążył na (...). Co więcej - możliwość samodzielnego uzyskania i wykonania zamówienia przez (...) potwierdził sam pełnomocnik odwołującego, który na rozprawie oświadczył, że konsekwencją oddalenia odwołania będzie udzielenie zamówienia na rzecz (...) z wolnej ręki.

Niezależnie od powyższego, KIO dodatkowo wskazała, że przedmiot umowy tj. sukcesywną dostawę leków miał realizować (...), przy czym nie zostało wykazane, aby (...) Sp. z o.o. podjął działania dla organizacji centrum przyjmowania zamówień od zamawiającego oraz aby posiadał zasoby wymagane do nadzoru nad procesem przewozu i wydawania przedmiotu zamówienia przez Centrum Dystrybucyjne. Izba zauważyła przy tym, że do tych działań nie upoważniało pełnomocnictwo z 1 grudnia 2016 r., co oznaczało, że (...) Sp. z o.o. tych czynności nie mógł wykonać. (...) Sp. z o.o. nie zostało umocowane również do doradztwa prawnego w zakresie zgodności oferty konsorcjum z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Jednocześnie KIO uznała, że przygotowanie i przekazywanie informacji niezbędnych do sporządzania faktur 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.

KIO odniosła się również do twierdzenia, że (...) jako podmiot zagraniczny nie znający polskiego prawodawstwa i realiów rynku polskiego wymagał wsparcia doświadczonego partnera. Zdaniem KIO to twierdzenie upadło już w świetle treści pełnomocnictw z 1 grudnia 2016 r. z których wynikało, 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.

Zdaniem Izby, jedynym faktycznym obowiązkiem (...) Sp. z o.o. wskazanym w § 3 ust. 2 umowy konsorcjum było zatem administrowanie należnościami z tytułu dostaw zrealizowanych na rzecz zamawiającego oraz windykacja należności od zamawiającego. Z tych względów, w ocenie Izby, powołane okoliczności wskazywały, 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. Izba stanęła na stanowisku, że celem tym było stworzenie możliwości uzyskania przez (...) Sp. z o.o. wierzytelności wynikającej z wykonania umowy przez (...), a tak określone celowi sprzeciwia się art. 54 ust. 5 u.d.l.

Powyższe okoliczności wzbudziły w Izbie przekonanie o pozorności umowy konsorcjum, które było wzmocnione stanowiskami pełnomocników stron na rozprawie. Pełnomocnik zamawiającego oświadczył bowiem, 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, (...) uzyska zapłatę od (...) 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. KIO wskazała, iż pełnomocnik odwołującego nie zaprzeczył temu twierdzeniu, choć mógł to uczynić, gdyż złożenia oświadczenia wyraźnie żądał zamawiający. 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 p.z.p.) i już nawet nie występowała do Sądu Okręgowego w Warszawie o przesłanie kopii protokołu z rozprawy w sprawie IV C 479/16.

Z tych wszystkich względów Izba doszła do wniosku, że zawarcie umowy konsorcjum, jak i złożenie oferty przez odwołujących się wykonawców miały na celu obejście zakazu zawartego w art. 54 ust. 5 u.d.l., dlatego też uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 p.z.p., a unieważniając postępowanie nie naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 p.z.p. Izba nie oceniała przy tym czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (...) S.A. oraz (...) - Logistyka sp. z

o.o., gdyż zarzut ten dotyczył części 32 postępowania, a odwołujący złożył ofertę dotyczącą części 2-7, co w ocenie Izby powodowało brak spełnienia przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 p.z.p. i uzasadniało oddalenie odwołania w tym zakresie.

Z treścią tego rozstrzygnięcia nie zgodzili się wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - (...) w D. (Irlandia) oraz (...) Sp. z o.o. we W. i złożoną skargą zaskarżyli przedmiotowy wyrok KIO w całości. Zaskarżonemu wyrokowi zarzucili naruszenie:

1. art. 54 ust. 5 oraz art. 54 ust. 6 u.d.l. poprzez ich błędne zastosowanie w sprawie poprzez przyjęcie, iż zawarta przez skarżące spółki umowa konsorcjum narusza zakaz zawarty w przepisie art. 54 ust. 5 powołanej ustawy i tym samym jest nieważna,
2. art. 22 w zw. z art. 31 Konstytucji RP oraz art. 353¹ k.c. i art. 23 ustawy p.z.p. poprzez niezastosowanie tych przepisów w sprawie i uznanie, iż niedozwolone jest zawarcie umowy konsorcjum w takiej treści jak zrobiły to skarżące spółki, jak i przyjęcie, iż skarżące spółki nie były uprawnione do wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego,
3. art. 89 ust. 1 pkt. 8 ustawy p.z.p. poprzez oddalenie odwołania skarżących spółek oraz uznanie, że zamawiający był uprawniony do odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w związku z jej nieważnością,
4. art. 93 ust. 1 ustawy p.z.p. poprzez przyjęcie, iż w zakresie pakietów 2-7 zamawiający był uprawniony do unieważnienia postępowania,
5. art. 7 ustawy p.z.p. poprzez uznanie, iż w ramach spornego postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego nie doszło do nierównego traktowania wykonawców,
6. art. 6 k.c. w związku z art. 14 ustawy p.z.p. poprzez przyjęcie, iż zamawiający wykazał, że umowa konsorcjum łącząca skarżące spółki została zawarta jedynie w celu obejścia prawa.

Dodatkowo skarżący podnieśli, że w ich ocenie KIO wydając wyrok w niniejszej sprawie nie rozpoznała istoty sprawy, to jest nie zbadała zasadności ekonomicznej zawarcia umowy konsorcjum w kontekście podniesionego przez zamawiającego zarzutu nieważności tej umowy jako zawartej w celu obejścia prawa oraz dokonała oceny materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie w sposób dowolny i sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego myślenia.

Powołując powyższe zarzuty skarżący wnieśli o zmianę zaskarżonego orzeczenia KIO w całości poprzez unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności w postaci odrzucenia oferty skarżących spółek w zakresie pakietów 2-7; o unieważnienie dokonanej przez zamawiającego czynności polegającej na unieważnieniu postępowania w zakresie pakietów 2-7; o nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert w zakresie pakietów 2-7 oraz o obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa procesowego, zarówno toczącego się przed KIO jak i postępowania przed sądem, wg norm przepisanych.

W toku procesu zamawiający wniósł o oddalenie skargi w całości oraz o zasądzenie kosztów postępowania na swoją rzecz.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Na wstępie wskazać należało, iż Krajowa Izba Odwoławcza prawidłowo ustaliła stan faktyczny w niniejszej sprawie, które to ustalenia Sąd Okręgowy akceptuje i uznaje za własne. Na aprobatę zasługuje również ocena prawna dokonana przez KIO.

Następnie wskazać należało, iż główna teza skargi sprowadza się do twierdzenia, że zawarta przez skarżące spółki umowa konsorcjum nie narusza zakazu zawartego w przepisie art. 54 ust. 5 u.d.l., a podzielenie zasadności tej tezy otwierałoby drogę do zmiany treści zaskarżonego rozstrzygnięcia.

Zgodnie z art. 54 ust. 5 u.d.l. czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej może nastąpić po wyrażeniu zgody przez podmiot tworzący. Podmiot tworzący wydaje natomiast 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. Zgoda wydawana jest też po zasięgnięciu opinii kierownika samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej. Dalej przepis art. 54 ust. 6 u.d.l. wskazuje, iż skutkiem dokonania czynności prawnej z naruszeniem art. 54 ust. 5 u.d.l. jest nieważność takiej czynności prawnej. Na tym tle Sąd Najwyższy w sposób konsekwentny i jednolity wyrażał natomiast pogląd, zgodnie z którym czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela w sytuacji braku zgody organu założycielskiego jest nieważna i może przybrać różną postać (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 czerwca 2014 r. I CSK 428/13, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 listopada 2014 r. II CSK 9/14, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 stycznia 2015 r. V CSK 111/14 odnośnie umowy poręczenia). Dla oceny naruszenia spornego zakazu odnieść się bowiem należy do celu i charakteru regulacji prawnej ujętej w art. 54 ust. 5 i 6 u.d.l. W judykaturze (vide w/w orzeczenia SN) przyjmuje się, że wskazane przepisy zawierają nie tylko zakaz dokonywania czynności prawnych prowadzących do zmiany wierzyciela zakładu opieki zdrowotnej (dalej: ZOZ), ale wręcz stanowią szczególną reglamentację prawną obrotu wierzycielnościami „szpitalnymi” i to w interesie ogólnym, a nie tylko w interesie samej jednostki leczniczej. Świadczą o tym wskazane w ustawie przesłanki udzielenia (odmowy) wyrażenia zgody (konieczność zapewnienia ciągłości udzielania świadczeń zdrowotnych, analiza finansowa i wynik finansowy ZOZ za rok poprzedni), czas udzielenia zgody (ex ante, nie ex post), procedura jej udzielania (opinia kierownika ZOZ, tym samym też możliwość selekcji ewentualnych wierzycieli), a także przyznanie legitymacji czynnej organowi założycielskiemu w procesie o stwierdzenie nieważności czynności prowadzącej do zmiany wierzyciela. Zgoda organu założycielskiego stanowi wyraz wstępnej kontroli finansowej ZOZ i możliwości sprawnego wykonywania usług medycznych przez te podmioty, a nie tylko zwykłą, formalno-prawną przesłankę skuteczności czynności prawnej wierzyciela ZOZ.

Sąd Najwyższy nadto wskazał, że brak jest podstaw do twierdzenia, że w art. 54 ust. 5 u.d.l. doszło do wyczerpującego określenia katalogu typowych czynności prawnych, których musiałaby dotyczyć zgoda organu założycielskiego, zamierzeniem ustawodawcy było tu bowiem wprowadzenie kryterium ogólnego, w ramach którego można byłoby pomieścić te czynności, które w łańcuchu zdarzeń prawnych doprowadzą do zmiany wierzyciela - niezależnie od ich dogmatyczno-prawnej konstrukcji oraz typowej dla nich funkcji. Na tak szerokie rozumienie omawianej reglamentacji wskazuje również cel ustanowienia omawianego przepisu, którym niewątpliwie jest zapobieganie narastaniu zadłużenia poszczególnych ZOZ, co stanowi z reguły efekt komercyjnego obrotu wierzycielnościami niezależnie od przyjętej formuły prawnej takiego obrotu i etapu uzyskiwania wspomnianego efektu (bezpośrednio – np. po dokonaniu przelewu wierzycielności lub tylko pośrednio – np. w wyniku zawarcia umowy poręczenia). Wynika to stąd, że ZOZ mają do spełnienia funkcje lecznicze w interesie ogólnym, a ich uczestniczenie w obrocie prawnym (zawieranie umów dostawy, sprzedaży sprzętu medycznego, korzystania z usług innych podmiotów) powinno sprzyjać niezakłóconemu wypełnianiu tych funkcji, stąd też sankcją za naruszenie zakazu „obrotu” wierzycielnościami, jest nieważność czynności prawnej, która prowadzi do zmiany wierzyciela.

Mając to na uwadze, w okolicznościach przedmiotowej sprawy należało zbadać, czy zapisy umowy konsorcjum (...) (...) w D. (Irlandia) i (...) Sp. z o.o. we W. pozwalały na zmianę wierzyciela bez zgody ZOZ.

Na tej płaszczyźnie w pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na fakt, że umowa konsorcjum nie tworzy nowego bytu prawnego. W skład konsorcjum wchodzi bowiem wskazane tam podmioty, które zachowują swoją odrębność prawną. Oznacza to, że konsorcjum nie może być traktowane jako jeden wierzyciel dłużnika, a wierzycielem jest zawsze konkretna spółka, która to konsorcjum współtworzy.

Na tym tle ocenie podlegały stosunki prawne wykreowane przez wykonawców. Jak wynika z przytoczonego stanowiska judykatury, na zagadnienie prowadzące do możliwości naruszenia art. 54 ust. 5 u.d.l. należy patrzeć też w możliwie szerokim ujęciu, tak by uchwycić łańcuch zdarzeń lub czynności prawnych, które mogą prowadzić do zmiany

wierzyciela. Z tych względów rozważania Izby, Sąd Okręgowy rozszerzył o załączone i dopuszczone jako dowód w sprawie dokumenty (postanowienie, k. 202), albowiem ukazują one mechanizm działania skarżących spółek.

Należy tu zatem zwrócić szczególną uwagę na relewantne dla kończącego rozstrzygnięcia zapisy umów, które sygnowały skarżące spółki, mianowicie:

Strony wyrażają wolę współpracy w zakresie prowadzenia sprzedaży Produktów do Zamawiającego (§12.1 umowy konsorcjum).

(...) oraz Spółka (...) zobowiązują się do wspólnego przygotowywania ofert sprzedaży Produktów do Publicznych Przetargów oraz do wspólnego przystępowania do Przetargów w sposób przewidziany w art. 23 ustawy Prawo Zamówień Publicznych (tzn. jako konsorcjum). W tym celu (...) oraz Spółka (...) zobowiązują się do zawarcia odrębnej umowy w zakresie wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego („Umowa Ramowa o Współpracy”) - 12.2 umowy.

Na potrzeby postępowań przetargowych (...) wyznaczy odrębną spółkę ((...) (...)), która następnie utworzy z (...) Konsorcjum ds. Przetargów.

Z powyższych zapisów wynika, że (...) (...) stanowi spółkę celową, przeznaczoną do tego, by wspólnie ze spółką (...) ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Rola tej spółki w konsorcjum jest jednak daleka od celu umowy konsorcjum, o czym świadczą zapisy ramowej umowy o współpracy :

Celem wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówień publicznych przez Strony oraz ich spółki powiązane na zasadzie wyłączności, Strony postanawiają, że w przypadku wszelkich zamówień, których przedmiotem są jakiegokolwiek dostawy produktów leczniczych (...), Lider konsorcjum oraz Spółka (...) będą ubiegać się o udzielenie zamówienia jedynie wspólnie albo Lider konsorcjum samodzielnie, z zastrzeżeniem poniższych zgodnych ustaleń. (§1.1 umowy)

Umowa Konsorcjum zawierana będzie przez Strony każdorazowo przed złożeniem Zamawiającemu wspólnej oferty w konkretnym postępowaniu, w szczególności celem załączenia jej do wspólnej oferty Konsorcjantów albo przedłożenia Zamawiającemu na jego żądanie po wyborze oferty Konsorcjantów jako najkorzystniejszej, ale przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia. (§3.2)

Jeżeli Zamawiający nie dokona zapłaty za dostarczony towar w ramach realizacji zawartej Umowy przetargowej z Konsorcjantami w okresie do 60 dni po terminie płatności wskazanym na fakturze wystawionej przez Lidera Konsorcjum, Uczestnik Konsorcjum, na podstawie pisemnego wniosku o zapłatę przesłanego przez Lidera Konsorcjum, zrealizuje zapłatę na rzecz Lidera Konsorcjum, w terminie do dwóch dni roboczych od dnia otrzymania wniosku, w kwocie odpowiadającej wymagalnej należności głównej chyba, że suma takich zapłat przekroczy łącznie kwotę 1.000.000 zł (jeden milion złotych). Lider Konsorcjum zachowuje prawo do powiadomienia Uczestnika Konsorcjum o swojej woli podwyższenia powyższej kwoty, a Uczestnik Konsorcjum będzie negocjował z Liderem Konsorcjum w dobrej wierze takie podwyższenie w przypadku, gdy wartość przetargu będzie wyższa niż 1.000.000 (jeden milion złotych) lub w przypadku, gdy nowe produkty zostaną włączone do niniejszej Umowy. (§6.6)

W przypadku, w którym Uczestnik konsorcjum dokonał zapłaty na rzecz Lidera konsorcjum na podstawie § 8 ust. 6 powyżej, Lider konsorcjum zobowiązuje się w przypadku otrzymania jakiegokolwiek płatności od Zamawiającego z tytułu zapłaty należności sfinansowanych przez Uczestnika konsorcjum, przelać otrzymane od Zamawiającego środki pieniężne na rzecz Uczestnika konsorcjum w terminie 2 dni roboczych od dnia ich otrzymania lub innym ustalonym przez strony. Termin zwrotu uważa się za zachowany w dniu obciążenia rachunku bankowego Lidera konsorcjum. W przypadku opóźnienia Lidera konsorcjum w dokonaniu zwrotu środków pieniężnych, zapłaci on Uczestnikowi konsorcjum odsetki ustawowe według prawa polskiego za każdy dzień opóźnienia w płatności. (§6.7)

W przypadku opóźnienia Uczestnika konsorcjum w dokonaniu zapłaty kwot zadłużenia Zamawiającego, na podstawie § 6 ust. 5 powyżej, zapłaci on Liderowi konsorcjum odsetki ustawowe według prawa polskiego za każdy dzień opóźnienia w płatności. (§6.8)

Uczestnik Konsorcjum jest wyłącznie uprawniony do pobierania odsetek za zwłokę w realizacji zapłaty ceny przez Zamawiającego za dostarczone mu produkty. Uczestnik Konsorcjum jest uprawniony do dochodzenia od Zamawiającego zapłaty za dostarczone produkty wraz z należnościami ubocznymi w drodze postępowania sądowego. Lider Konsorcjum jest uprawniony do dochodzenia od Zamawiającego w drodze postępowania sądowego wszelkich pozostałych roszczeń wynikłych z Umowy przetargowej z Zamawiającym, za wyjątkiem roszczeń wskazanych w ust. 9 i ust 10, a zastrzeżonych dla Uczestnika Konsorcjum. (§6.9-11)

Uczestnikowi Konsorcjum przysługuje od Lidera Konsorcjum wynagrodzenie prowizyjne określone w Załączniku nr 5 do Umowy Wynagrodzenia za Usługi. (§6.13)

Lider Konsorcjum ponosi odpowiedzialność za zwłokę w dostawie oraz niezgodność przedmiotu dostaw z przedmiotem zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy zwłoka w dostawach jest spowodowana przez Uczestnika konsorcjum. (§8.2)

Jak z powyższych zapisów wynika, obowiązki zagranicznego konsorcjanta sprowadzają się w zasadniczej mierze do zagwarantowania liderowi konsorcjum płynności finansowej i w ocenie Sądu Okręgowego, wyeksponowane wyżej zapisy umowy o współpracy w swojej funkcji podobne są bardziej do umowy faktoringu, dalece odbiegając od zasadniczego celu umowy konsorcjum, polegającego w zasadzie na połączeniu zasobów (wiedzy, pracowników, know-how itp.) dla realizacji celu, którego osiągnięcie bez połączenia tych zasobów nie byłoby realne.

Przypomnieć tu należy, że próba obejścia zakazu „handlu wierzytelnościami” może przybrać wielorakie postacie – może być to np. umowa cesji, poręczenia, faktoringu, ale również i umowa konsorcjum, na co wskazał już SN w swoim najnowszym orzecznictwie. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 2 czerwca 2016 r. (I CSK 486/15, LEX nr 2076679), Sąd ten explicite wskazał: 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 do faktycznego obrotu wierzytelnościami pod „przykryciem” umowy konsorcjalnej i narusza obowiązek określony w art. 54 ust. 5 ustawy z 2011 r. o działalności leczniczej. W ocenie Sądu Okręgowego właśnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Zdaniem Sądu, słusznie wskazała KIO, że uczestnik konsorcjum nie uzupełniał zasobów lidera, a jego rola sprowadzała się w zasadzie do gwarancji finansowych. Z powyższej przytoczonych zapisów ramowej umowy o współpracy wynika, że to na spółce (...) ciążyła odpowiedzialność za prawidłowość wykonania zamówienia, z wyjątkiem sytuacji, gdy zwłoka w dostawach jest spowodowana przez Spółkę (...). Tymczasem rzeczą spółki (...) nie była organizacja dostaw, a co za tym idzie – taka wyjątkowa sytuacja o jakiej mowa w w/w zapisie, w ogóle (nawet teoretycznie) nie mogłaby zaistnieć. Oznacza to, że w praktyce wyłączną odpowiedzialność za realizację zamówień ponosiła spółka (...), co nie koresponduje też z naturą umowy konsorcjum. Rola (...) sprowadzała się natomiast wyłącznie do wykonywania czynności technicznych (jak np. księgowanie, wystawianie faktur), a Sąd podzielił zajęte w tym przedmiocie stanowisko KIO – te obowiązki w żaden sposób nie uzasadniają powołania konsorcjum, podobnie jak nie uzasadniają powołania konsorcjum rzekoma niezajomość przepisów czy bariera językowa. W ocenie Sądu Okręgowego wywodzenie spełnienia warunków istoty umowy konsorcjum z powołaniem tego typu twierdzeń, stanowiło jedynie uzasadnienie dla przyjętej taktyki na potrzeby niniejszego postępowania.

Odnosząc się wprost do zarzutów skargi podnieść należy, że zdaniem Sądu Okręgowego z uzasadnienia skarżącego rozstrzygnięcia nie wynika, że KIO uznała, że sporna umowa konsorcjum została zawarta w celu obejścia prawa ale, że w swoim skutku prowadzi do obejścia prawa. Ogólne sformułowanie ustawodawcy "czynności prawne mające na celu zmianę wierzyciela" (art. 54 ust. 5 u.d.l.) należy bowiem rozumieć szerzej, w ten sposób, że w zakres desygnatów tych czynności prawnych wchodzi wszelkie czynności prawne dotyczące zobowiązań samodzielnego publicznego ZOZ, które skutkują zmianą wierzyciela. Treść art. 54 ust. 5 u.d.l. nie daje podstaw do ograniczania

zakresu stosowania tego przepisu tylko 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. Jak wynika też z treści przepisu art. 54 u.d.l. zamierzeniem ustawodawcy nie było stworzenie zamkniętego katalogu czynności prawnych, w których zmiana wierzyciela stanowiłaby niezbędny element konstrukcyjny danej czynności. Celem ustawodawcy natomiast było wyeliminowanie sytuacji, w której w wyniku dokonania określonej czynności prawnej pojawi się nowy wierzyciel ZOZ dochodzący należności wynikającej z pierwotnie zawartej umowy.

W tym stanie rzeczy główna teza skargi upadła, albowiem z umów zawartych między wykonawcami wynika, że spółka (...) ma zapewnione finansowanie przez spółkę (...) do kwoty miliona złotych; spółka (...) za swoje „usługi” pobierze prowizję (są to zapisy typowe dla firm świadczące usługi finansowe); nadto spółki uregulowały między sobą zasady dochodzenia roszczeń od zamawiającego i tak : spółka (...) jest wyłącznie uprawniona do pobierania odsetek za zwłokę w realizacji zapłaty ceny przez zamawiającego za dostarczone mu produkty oraz do dochodzenia od zamawiającego zapłaty za dostarczone produkty wraz z należnościami ubocznymi w drodze postępowania sądowego, z kolei spółka (...) jest uprawniona do dochodzenia od zamawiającego w drodze postępowania sądowego wszelkich pozostałych roszczeń wynikłych z Umowy przetargowej z zamawiającym (§6.9-11 ramowej umowy o współpracy).

Zdaniem Sądu nie budzi tu zatem żadnych wątpliwości, że tak sformułowane „zasady” rozliczania umowy konsorcjum stoją w sprzeczności z zakazem zmiany podmiotowej wierzyciela ZOZ. Zakaz ten nie może być uchylony przez zasadę swobody umów o której stanowi art. 353¹ k.c., albowiem zakaz ten ma charakter bezwzględny, gdyż celem ustawodawcy było niedopuszczenie do zmiany podmiotowej po stronie wierzyciela na skutek czynności prawnej, a w wyniku realizacji zawartej umowy konsorcjum taki właśnie skutek został przez strony zamierzony, a co najmniej dopuszczony. Samo natomiast badanie ewentualnego złego, tj. wbrew uregulowaniu przepisu art. 54 u.d.l. zamiaru (celu) nie jest ważnym dla rozpoznania tej sprawy, dla której istotnym jest sama możliwość osiągnięcia skutku prawnego stojącego w sprzeczności z tym przepisem. Zważyć tu też należy, iż skarżący nie udowodnił, ani nie twierdził, iż spełniony został warunek uzyskania zgody o której stanowi art. 54 ust. 5 u.d.l.

Z tych względów, w oparciu o celowościową wykładnię przyjąć należało, że przedmiotowa umowa jest nieważna (art. 54 ust. 6 u.d.l.). Powyższe odbiera możliwość uznania któregośkolwiek z zarzutów skargi, gdyż główna teza skargi, opisana w pierwszym zarzucie skargi – upadła, a dalsze zarzuty miały charakter wtórny, tj. dotyczyły konsekwencji uznania naruszenia art. 54 ust. u.d.l. Zasadniczą zaś konsekwencją procesową dla skarżących jest tu oddalenie skargi, o czym Sąd Okręgowy orzekł w punkcie 1 sentencji swojego wyroku.

O kosztach postępowania skargowego Sąd Okręgowy orzekł na zasadzie art. 98 k.p.c., zgodnie z zasadą odpowiedzialności finansowej za wynik sprawy. Zamawiający przedmiotową sprawę wygrał w całości, a zatem skarżący winni zwrócić mu wszelkie poniesione przezeń koszty. Na koszty te złożyły się koszty zastępstwa prawnego jako krotność stawki minimalnej w wysokości 8100zł, o czym Sąd orzekł w punkcie 2 sentencji wyroku, na podstawie przepisów § 2 i § 10.1 pkt 1 rozporządzenia Min. Sprawiedliwości z 22.10.2015r. z późn. zm. w sprawie opłat za czynności adwokackie .

SSO Paweł Kieta SSO Alicja Dziekańska SSO Monika Skalska