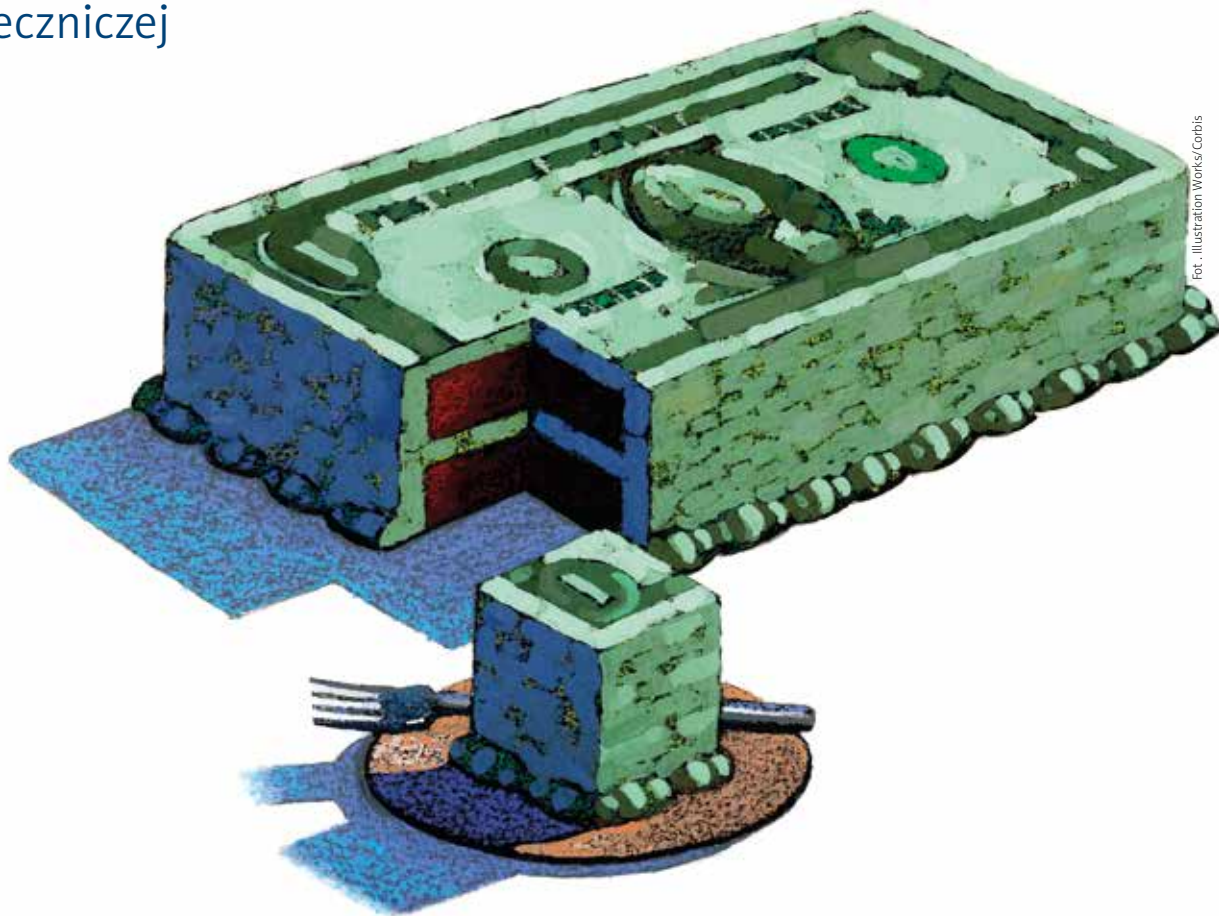


Konsorcjum wykonawców w świetle ustawy o działalności leczniczej



Konsorcjum jednak nie przegrało

W ostatnim czasie zdarza się, że szpital, oceniając konieczność istnienia konsorcjum dostawcy szpitalnego i instytucji finansowej, stwierdza, że dostawca nie potrzebował do realizacji zamówienia instytucji finansowej, a konsorcjum zostało zawarte dla pozorów.

Problematyka ta została poruszona w „Menedżerze Zdrowia” nr 7/2014 w artykule „Porażka konsorcjum”. Autorka tego opracowania zastrzegła, że sprawa nie została ostatecznie rozstrzygnięta. Obecnie możemy już przedstawić stan prawny, jaki zaistniał po rozpoznaniu skargi złożonej przez Konsorcjum LEK SA i Magellan SA od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej.

Spór

Do przedstawienia całokształtu zagadnienia konieczne jest przypomnienie podstawowego problemu,

z którym przyszło się zmierzyć organom orzekającym w tej sprawie. Przewidziana przez Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP) instytucja konsorcjum, czyli wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, jest powszechnie stosowanym rozwiązaniem na rynku wykonawców w sektorze publicznym. Ma ona na celu połączenie sił, by zapewnić kompletność oferty składanej zamawiającemu. Oczywiście bowiem jest, że z powodu coraz bardziej rozbudowanych zamówień jedna firma często nie byłaby w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego. Tak też było w wypad-

ku oferty złożonej przez konsorcjum LEK – Magellan (dalej: konsorcjum) w postępowaniu ogłoszonym przez Samodzielny Publiczny Szpital Kliniczny nr 6 Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach (dalej: zamawiający). Uczestnicy konsorcjum określili w umowie zakres swoich zadań, ustalając, że za dostawę leków odpowiedzialna będzie firma LEK, a aspektami finansowymi wynikającymi z dostawy leków zajmie się Magellan. Oferta złożona przez konsorcjum została odrzucona przez zamawiającego, który zarzucił, że umowa konsorcjum została zawarta dla pozorów, by ukryć przelew wierzytelności. Zamawiający powiązał swoją decyzję z zapisami ustawy o działalności leczniczej wprowadzającymi tzw. zakaz cesji wierzytelności przysługujących SP ZOZ-om.

Ważne zastrzeżenia

Należy też zauważyć, że konsorcja zgłoszone przez innych wykonawców, które konstrukcją niczym się nie różniły, nie zostały w tym konkretnym postępowaniu przez zamawiającego odrzucone. Jest to zagadnienie niezwykle istotne, gdyż zarzut ten stanowił jeden z argumentów podczas postępowania odwoławczego i skargowego. Konsorcjum złożyło odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu błędy proceduralne i merytoryczne. Po rozpoznaniu sprawy KIO oddaliła to odwołanie, przyjmując, że umowa, na podstawie której utworzono konsorcjum, jest nieważna, gdyż rzeczywistym zamiarem stron był przelew wierzytelności. Ponadto KIO zastosowała niespotykany w orzecznictwie argument, polegający na ocenie zasadności przystąpienia przez oba podmioty do konsorcjum (KIO 732/14). W uzasadnieniu można przeczytać, że w ocenie KIO jeden podmiot nie jest potrzebny drugiemu (wyrok KIO, str. 19, pierwszy akapit). Orzeczenie to zostało zaskarżone przez konsorcjum do sądu powszechnego. W skardze podniesiono, że ze względu na specyfikę rynku medycznego tylko wspólne ubieganie się o zamówienie było możliwe z punktu widzenia konsorcjantów, a zachowanie zamawiającego i stanowisko KIO jest próbą niedozwolonej ingerencji w swobodę umów i kształtowania relacji gospodarczych. Stanowisko to zyskało aprobatę Sądu Okręgowego w Katowicach (sygn. akt XIX Ga 406/14), który zmienił wyrok KIO i uwzględnił w całości odwołanie konsorcjum.

Niedozwolona ingerencja

Sąd stwierdził, że zarówno zamawiający, jak i KIO nie są uprawnieni do kwestionowania założeń, które leżały u podstaw decyzji o zawarciu konsorcjum (wyrok SO Katowice, str. 18, pierwszy akapit). Ani zamawiający, ani KIO nie dysponują wystarczającą liczbą danych, by arbitralnie rozstrzygać o zasadności działań podejmowanych przez konsorcjantów. Tym samym nie mogą kwestionować ustaleń, które legły u podstaw decyzji o przystąpieniu do przetargu w ramach konsor-

„Przewidziana przez Prawo zamówień publicznych instytucja konsorcjum, czyli wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, jest powszechnie stosowanym rozwiązaniem na rynku wykonawców”

cjum. Mając to na uwadze, sąd stwierdził, że na skutek nieuprawnionych działań zamawiającego i wobec orzeczenia KIO doszło do naruszenia zasady swobody umów. Należy pozytywnie ocenić to rozstrzygnięcie, gdyż jest ono przejawem ochrony jednej z podstawowych zasad obowiązujących w prawie zobowiązań – swobody (wolności) umów. Sąd okręgowy potwierdził dotychczasową linię orzeczniczą, zgodnie z którą uczestnicy konsorcjów mogą swobodnie kształtować swoje zadania w ramach konsorcjów. Może to być poddane badaniu przez zamawiającego, ale jednocześnie zamawiający nie może ingerować w wewnętrzne relacje konsorcjantów.

„Konsorcjum wykonawców nie jest pozorne, jeśli konsorcjanci wykonują swoje obowiązki”

Konsorcjum nie jest pozorne

Konsorcjum wykonawców nie jest pozorne, jeśli konsorcjanci wykonują swoje obowiązki. Sąd okręgowy stwierdził także, że *nie doszukał się w jej treści żadnych elementów świadczących o pozorności 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*. Tym samym przychylił się do stanowiska, które konsekwentnie prezentowało konsorcjum, że w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o jakiegokolwiek pozorności. Oba podmioty przystąpiły do realizacji założeń określonych umową konsorcjum, podejmując działania, które zostały im przypisane na podstawie tego porozumienia. W takiej sytuacji, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem sądów powszechnych, nie może być mowy o pozorności czynności prawnej.

„Oczywiste jest, że z powodu coraz bardziej rozbudowanych zamówień jedna firma często nie byłaby w stanie sprostać oczekiwaniom zamawiającego”



Fot. iStockphoto.com

Zakaz cesji

Ponadto sąd okręgowy po analizie umowy konsorcjum stwierdził, że żaden z jej elementów nie świadczy o pozorności tej umowy ani nie wskazuje, iż zawarto ją, by ukryć w ten sposób czynność zmierzającą do przeniesienia wierzytelności. Tym samym nie doszło do naruszenia tzw. zakazu cesji w rozumieniu art. 54 ustawy o działalności leczniczej. Konkluzja ta jest oczywista, gdy dokona się wnikliwej analizy przywołanego przepisu art. 54 ustawy w kontekście celu zawarcia konsorcjum. Trudno bowiem zgodzić się z zamawiającym czy też KIO, że przystąpienie do konsorcjum miało być stanowić czynność mającą na celu zmianę wierzyciela. Oznaczałoby to bowiem, że sam ustawodawca wprowadził do systemu dwie instytucje, które wzajemnie się wykluczają. Ponadto nie można zapominać o kluczowym zagadnieniu – w wypadku konsorcjum mamy do czynienia z tzw. solidarnością wierzycieli. Oznacza to, że podmioty uczestniczące w konsorcjum są tak samo uprawnione do wierzytelności, jaka powstaje po zawarciu umowy z zamawiającym. Tym samym na żadnym etapie trwania konsorcjum nie dochodzi do przelewu wierzytelności.

Równość wykonawców?

W ramach postępowania zostało potwierdzone, że zamawiający stosował różne kryteria oceny wobec wy-

konawców. Ustalono bowiem, że w tym samym postępowaniu przetargowym uczestniczyły także inne konsorcja, w ramach których konsorcjanci mieli taki sam podział obowiązków jak firmy LEK i Magellan, jednakże tych ofert zamawiający w pierwszym etapie postępowania przetargowego nie odrzucił. Pozostaje więc pytanie, czy zamawiający posłużył się kryterium merytorycznym, podejmując decyzję o odrzuceniu oferty konsorcjum, czy zadziałał aspekt podmiotowy.

Ile kosztuje błędna interpretacja

Trudno nie odnieść wrażenia, że jest grupa szpitali podejmujących działania oparte na emocjach, a nie merytoryce. Nie wpływa to pozytywnie na jakość podejmowanych decyzji. Nie można też zapominać o ekonomii takich postępowań. Zryczałtowana opłata od odwołania do KIO wynosi 15 000 zł. Ale opłata sądowa to 5 proc. wartości zamówienia (nie więcej niż 100 000 zł). Przy wartości zamówienia np. 2 mln zł łączny koszt dla zamawiającego to 115 000 zł. To realne pieniądze za decyzje, które jeśli tylko byłyby podejmowane na podstawie racjonalnych argumentów, nie stanowiłyby obciążenia dla i tak niewystarczających budżetów szpitalnych.

*Rafał Karnowski
Autor jest radcą prawnym
w Kancelarii Prawniczej Karnowski i Wspólnik sp.k.*