

Możliwości obrotu wierzytelnościami zamawiającego



Porażka konsorcjum

Przedmiotem niniejszego artykułu jest omówienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej (dalej KIO) z 29 kwietnia 2014 r., sygn. akt KIO 732/14. Wyrok ten zasługuje na uwagę szczególnie z punktu widzenia działalności podmiotów leczniczych i ich sytuacji ekonomicznej. Daje szpitalom silny oręż podczas negocjacji warunków spłaty zadłużenia, mocno ogranicza możliwość windykacji należności czy przejęcia aktywów.

Sytuacja, gdy szpital nie ma żadnego wpływu na to, co się dzieje z jego długami, jest co najmniej niepożądana. Niekorzystne zjawiska, takie jak wykupywanie długów czy obrót ich wierzytelnościami, prowadzą do destabilizacji finansowej i zagrażają egzystencji szpitali. Pozasądową windykacją najczęściej zajmują się wyspecjalizowane firmy, których działalność może w osta-

teczności prowadzić nawet do wstrzymania udzielania świadczeń zdrowotnych.

Dodatkowe koszty

Należy zaznaczyć, że obrót wierzytelnościami powoduje dodatkowe koszty dla zakładów opieki zdrowotnej. Zagrożenie dostrzegł ustawodawca i od

22 grudnia 2010 r. wprowadził do ustawy z 30 sierpnia 1991 r. o zakładach opieki zdrowotnej zakaz dokonywania czynności prawnych mających na celu zmianę wierzyciela SP ZOZ bez zgody podmiotu, który utworzył zakład. Obecnie, na podstawie obowiązującej od 1 lipca 2011 r. ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (Dz. U. z 2011 r. Nr 112 poz. 654 z późn. zm.), zgodnie z art. 54 ust. 5, by czynność prawna mająca na celu zmianę wierzyciela SP ZOZ była ważna, wymagana jest zgoda podmiotu tworzącego SP ZOZ.

Przepisy ustawy o działalności leczniczej ograniczają swobodny obrót wierzytelnościami szpitali publicznych, chroniąc je przed handlem długami, którego efekt mógłby być dla nich niekorzystny. Organ założycielski szpitala może nie wyrazić zgody na cesję wierzytelności. W takim wypadku przedsiębiorcy pozostaje jedynie droga sądowa.

Po stronie słabszego

W obecnej sytuacji rynkowej większość podmiotów leczniczych nie ma płynności finansowej, co wpływa na wzrost zadłużenia wobec kontrahentów. Zrozumiałe jest również, że przedsiębiorcy, którzy wykonali prawidłowo zobowiązanie główne, próbują odzyskać swoje pieniądze różnymi sposobami. Jednak sposób, który wybrał przedsiębiorca w omawianej sprawie, konstruując konsorcjum z firmą zajmującą się odzyskiwaniem wierzytelności, akurat w postępowaniu prowadzonym przez samodzielny publiczny zespół opieki zdrowotnej okazał się, zdaniem KIO, bezprawny. Ukrycie czynności prawnej mającej na celu zmianę wierzyciela miało spowodować obejście przepisu wymagającego zgody organu założycielskiego na taką czynność.

Sytuacja, jaka zaistniała w przedstawionym poniżej postępowaniu przetargowym prowadzonym przez SP ZOZ, może wystąpić u każdego zamawiającego będącego podmiotem leczniczym. Czy rzeczywiście mamy do czynienia z nową możliwością przejmowania długów szpitali? Czy będzie to furtka do obejścia przepisów ustawy o działalności leczniczej?

Magellan i Lek

Omawiana sprawa dotyczy odrzucenia przez zamawiającego oferty konsorcjum firm: Lek SA (nazywanego liderem konsorcjum) i Magellan SA (określanego jako członek konsorcjum) ze względu na pozorny charakter zawiązanego konsorcjum.

Na wstępie należy zaznaczyć, że ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm., zwana dalej Pzp) jednoznacznie przesądza o możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Sytuacja taka występuje najczęściej, gdy zamawiający postawi warunki podmiotowe na podstawie art. 22 ust. 1 Pzp, które nie mogą być spełnione przez jednego wykonawcę. Taki

„Pozasądową windykacją długów zajmują się wyspecjalizowane firmy, których działalność może w ostateczności prowadzić nawet do wstrzymania udzielania świadczeń zdrowotnych przez szpital”

wykonawca musi więc podjąć decyzję, czy zrezygnować z postępowania, czy zawiązać konsorcjum z innym wykonawcą.

Potwierdzeniem powyższego jest wyrok KIO z 7 marca 2013 r., sygn. akt KIO 412/13, w którym izba orzekła, że istotą tworzenia konsorcjum jest połączenie potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów technicznych etc. w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego i realizacji danego przedsięwzięcia. Celem zawiązania konsorcjum jest najczęściej wspólne działanie podmiotów, których możliwości finansowe, kadrowe czy sprzętowe nie pozwalają na samodzielny udział w postępowaniu i realizację zamówienia. W wypadku składania oferty wspólnej wszystkie podmioty – członkowie konsorcjum – są traktowane jako jeden wykonawca w rozumieniu art. 2 pkt 11 Pzp. Członkowie konsorcjum z chwilą wyboru ich oferty i zawarcia umowy ponoszą solidarną odpowiedzialność za jej właściwe wykonanie, co oznacza pełną odpowiedzialność każdego z członków za wykonanie całej umowy niezależnie od ustalonego między nimi podziału zadań.

Brak definicji

Pojęcie konsorcjum nie jest zdefiniowane w prawie polskim. Według ogólnie przyjętej definicji jest to forma dobrowolnej współpracy kilku podmiotów gospodarczych w określonym czasie w celu osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. W wypadku zamówień publicznych tym celem jest uzyskanie zamówienia publicznego i jego realizacja. Konsorcjum nie podlega też żadnemu obowiązkowi rejestrowemu, a jedynym dokumentem potwierdzającym fakt jego istnienia jest umowa cywilnoprawna podpisana przez uczestników konsorcjum.

W omawianym stanie faktycznym przedmiotem postępowania jest dostawa produktów leczniczych. Do postępowania przystąpiło konsorcjum firm Lek SA i Magellan SA. Umowa konsorcjum została zawarta w celu



Fot. iStockphoto.com

„Przepisy ustawy o działalności leczniczej ograniczają swobodny obrót wierzytelnościami szpitali publicznych, chroniąc placówki publiczne przed handlem długami, którego efekt mógłby być dla nich niekorzystny”

realizacji konkretnego zamówienia publicznego i precyzyjnie określa zakres praw i obowiązków lidera oraz konsorcjanta. Podmioty rozgraniczyły zakresy swoich praw i obowiązków wedle własnych zdolności i preferencji, oznaczając jednocześnie wspólny cel gospodarczy tej umowy, który ma zostać zrealizowany przez lidera oraz konsorcjanta. Zgodnie z § 3 ust. 1 umowy konsorcjum lider, czyli firma Lek SA, zobowiązuje się:

- przygotować dokumenty i opisy techniczne niezbędne do przygotowania oferty w zakresie odpowiadającym swoim obowiązkom wynikającym z umowy konsorcjum zgodnie z SIWZ oraz ewentualnie złożyć ofertę;

- w wypadku wyboru przez szpital oferty zrealizować na swój koszt i odpowiedzialność zamówienie w terminie i na warunkach określonych w umowie konsorcjum, w umowie zawartej pomiędzy konsorcjum a szpitalem oraz w SIWZ;

- informować każdorazowo członka konsorcjum o podpisaniu umowy z zamawiającym w terminie 7 dni od jej zawarcia.

Zgodnie z § 3 ust. 2 umowy konsorcjum członek konsorcjum, tj. Magellan SA, zobowiązuje się:

- nadzorować wykonanie umowy zawartej pomiędzy konsorcjum a zamawiającym pod względem finansowym po upływie 30 dni od daty wymagalności wierzytelności przysługującej konsorcjum względem szpitali, w szczególności monitorować dokonywanie w terminach wskazanych w umowie płatności przez szpitale. 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 w celu spełnienia warunków dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Postępowanie zamawiającego

Zamawiający w trakcie badania ofert odrzucił ofertę konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż zarówno z umowy konsorcjum, jak i z przedmiotu działalności członka konsorcjum – Magellan SA – ujawnionego w Krajowym Rejestrze Sądowym wynika, że umowę wykonywać będzie jedynie lider – Lek SA. Zamawiający, uzasadniając czynność odrzucenia oferty, podkreślił, że Magellan SA jest podmiotem zawodowo zajmującym się finansowaniem podmiotów, a jego rola jako wykonawcy sprowadza się do czynności mających na celu odzyskiwanie wierzytelności.

W ocenie izby czynność dokonana przez zamawiającego była prawidłowa, gdyż miał podstawy do odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp jako nieważnej na mocy art. 83 § 1 Kodeksu cywilnego, z uwagi na złożenie przez konsorcjum, które zostało związane dla pozoru w celu ukrycia czynności mającej na celu zmianę wierzyciela. Należy zaznaczyć, że czynność mająca na celu zmianę wierzyciela 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 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 zostało złożone w celu ukrycia innej czynności prawnej, ważność oświadczenia ocenia się według właściwości tej czynności. Konsorcjum firm z kolei złożyło od tej czynności zamawiającego odwołanie do KIO.

Umowa pozorna

W ocenie składu orzekającego izby w okolicznościach rozstrzyganej sprawy umowę konsorcjum zawartą pomiędzy Lek SA a Magellan SA należy uznać za pozorną, zawartą w celu ukrycia innej czynności prawnej, tj. 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 mającej na celu zmianę wierzyciela samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej bez uprzedniego uzyskania zgody podmiotu, który utworzył zamawiającego.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu całkowite pominięcie faktu, że według umowy konsorcjum Magellan zobowiązał się udzielić Lek SA finansowania związanego z przedmiotem zamówienia w celu spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, czyli drugiego z obowiązków członka konsorcjum uregulowanego § 3 ust. 2 pkt 2.2 wspomnianej umowy. Ponieważ w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego nie jest wymagane od wykonawców posiadanie funduszy 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 SA wsparcia Lek SA w spełnieniu tego typu wymagań jest bezprzedmiotowe, a zatem ma charakter pozorny, iluzoryczny.

Dlaczego razem, a nie osobno

Izba zważyła, że powyższa okoliczność w żaden sposób nie tłumaczy konieczności ubiegania się przez firmy Lek i Magellan wspólnie o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Dodatkowo odrębna umowa zapewnia Lek SA finansowanie związane z realizacją umów na dostawę leków. Jeżeli jednak 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 SA przysługującej mu z tego tytułu wierzytelności na Magellana, 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.

Jedną nasuwającą się przyczyną zawarcia takiej pozornej umowy są uregulowania ustawy z 15 kwietnia 2011 r. o działalności leczniczej (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 217 z 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 na podstawie analizy sytuacji finansowej i wyniku finansowego 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.

Ograniczenie handlu długami

Celem ustawodawcy było ograniczenie handlu wierzytelnościami poprzez konieczność uzyskania zgody podmiotu, 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.

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 miał przejąć wierzytelność Lek SA względem zamawiającego bez uzyskania wymaganej z mocy prawa zgody organu założycielskiego.

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 on zalegał z płatnościami za dostarczane sukcesywnie produkty lecznicze. Jedynym wytłumaczeniem udziału firmy Magellan w konsorcjum jest przejęcie pełnej kontroli nad wierzytelnością z tytułu dostarczonych przez Lek SA produktów leczniczych, jeżeli zamawiający będzie zalegał z płatnościami. W zamian Lek uzyskuje od Magellana 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 SA samodzielnie ubiegałby się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Stanowisko KIO nie jest w tej sprawie ostateczne. Wykonawcy przysługuje skarga do sądu na orzeczenie KIO, z której konsorcjum Lek SA i Magellan SA skorzystało. Trudno ocenić, jaki będzie dalszy los tej sprawy.

*Anna Wojtczyk
Autorka jest specjalistką Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Śląskiego.*