

Sygn. akt: KIO/KD 24/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 marca 2014 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 26 marca 2014 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Samodzielny Publiczny Szpital Miejski w Sosnowcu** dotyczących wyniku kontroli doraźnej w zakresie prawidłowości niezastosowania ustawy Prawo zamówień publicznych wszczętej dnia 28 sierpnia 2013 roku, w postępowaniu dotyczącym **przeprowadzenia restrukturyzacji zadłużenia Szpitala**, wskazujących na naruszenie przez zamawiającego art. 7 ust. 3 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Renata Tubisz

Wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu
Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie**

UZASADNIENIE

W dniu 28 sierpnia 2013 roku, działając z upoważnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy Pzp wszczęte zostało postępowanie wyjaśniające w sprawie przeprowadzonego postępowania na restrukturyzację zadłużenia Szpitala, gdzie zamawiający nie zastosował przepisów ustawy Pzp.

W toku kontroli ustalono, że w dniach 31 stycznia 2011 r. oraz 31 marca 2011 r. pomiędzy Zamawiającym a Spółką M.W. Trade S.A. zawarto Porozumienia, na mocy których

ustalono wysokość wierzytelności obciążających Zamawiającego, zasady nabywania tych wierzytelności przez Spółkę M.W. Trade S.A. oraz warunki ich spłaty przez Zamawiającego (§ 1 ust. 1 Porozumień). Pismami z dnia 9 września 2013 r. i z dnia 8 listopada 2013 r., Zamawiający udzielił wyjaśnień, w których wskazał, iż przeprowadzona procedura restrukturyzacji Szpitala nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe twierdzenie Zamawiający uzasadnił treścią opinii prawnej UZP, przekazanej pismem z dnia 2 czerwca 2008 r., znak UZP/DP/O-RJE/124414/11693/08, oraz faktem, iż Najwyższa Izba Kontroli nie wniosła uwag w powyższym zakresie w Wystąpieniu Pokontrolnym z dnia 18 stycznia 2013 r., znak LKA-4112-07-01/2012/S/12/010 pkt 5. Pismem z dnia 6 lutego 2014 r. Zamawiający przekazał Urzędowi Zamówień Publicznych kopie powyższych dokumentów.

W § 1 ust. 2 Porozumienia z dnia 31 stycznia 2011 roku, wskazano, że objęto nim następujące wierzytelności w łącznej wysokości 1.957.962,65 zł:

- kwotę główną w wysokości 1.864.229,35 zł,
- odsetki ustawowe w wysokości 73.902,21 zł,
- noty odsetkowe w łącznej wysokości 5.897,09 zł,
- koszty procesowe w łącznej wysokości 13.934,00 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 3 Porozumienia, powyższe wierzytelności zostały nabyte przez Spółkę M.W. Trade S.A. na podstawie umów przelewu wierzytelności zawartych pomiędzy Spółką M.W. Trade S.A. a Spółką MIP Pharma Polska Sp. z o.o., Spółką PGF Urtica Sp. z o.o., Spółką Hand-Prod Sp. z o.o., Spółką Balton Sp. z o.o., Spółką AIR PRODUCTS Sp. z o.o., Spółką Johnson&Johnson Poland Sp. z o.o., Spółką Centrum Zaopatrzenia Medycznego „Cezal” S.A., Spółką Olympus Polska Sp. z o.o., Spółką Salus International Sp. z o.o., Spółką Siemens Healthcare Diagnostics Sp. z o.o., Spółką Stryker Polska Sp. z o.o., Spółką Toruńskie Zakłady Materiałów Opatrunkowych S.A., Spółką Vector S.A., Spółką Aesculap-Chifa Sp. z o.o., Spółką BIOMET Polska Sp. z o.o., Spółką Fresenius Kabi Polska Sp. z o.o., Regionalnym Centrum Krwiodawstwa i Krwiolecznictwa w Katowicach, Spółką Farmacol S.A.

W § 2 ust. 5 Porozumienia Zamawiający wyraził zgodę na spłatę należności Zamawiającego wobec wierzycieli przez Spółkę M.W. Trade S.A. w celu wstąpienia przez Spółkę M.W. Trade S.A. w prawa pierwotnych wierzycieli Zamawiającego.

Zgodnie z § 3 Porozumienia, kwota główna w wysokości 1.864.229,35 zł podlegać miała od dnia 1 lutego 2011 r. oprocentowaniu w stosunku rocznym według stałej stawki 9,99% - odsetki umowne wyniosą łącznie kwotę 205.687,44 zł. Strony Porozumienia oświadczyły, że

w zamian za zgodę Spółki M.W. Trade S.A. na spłatę kwoty zobowiązania w ratach Zamawiający zapłaci Spółce M.W. Trade S.A. prowizję w wysokości 1,61% wartości finansowanej kwoty (1.957.962,65 zł), tj. w wysokości 31.523,20 zł. Jednocześnie w § 5 ust. 3 Porozumienia wskazano, że prowizja wynosi 31.298,86 zł. Ponadto w § 3 ust. 1 Porozumienia ustalono, że Spółka M.W. Trade S.A. nie będzie naliczała odsetek ustawowych od ww. kwoty głównej, jeżeli Zamawiający będzie terminowo dokonywał spłat określonych niniejszym Porozumieniem rat w wysokości ustalonej przez strony Porozumienia.

W § 6 ust. 1 Porozumienia zawarto zapis, że w przypadku niedotrzymania przez Zamawiającego terminów płatności rat określonych w § 3 Porozumienia, Zamawiający zapłaci od niespłaconej w terminie kwoty głównej, odsetki w wysokości 1,5 razy stopa odsetek ustawowych. W celu zabezpieczenia spłaty wierzytelności należnych, Zamawiający udzielił prawnego zabezpieczenia w postaci umowy cesji wierzytelności przysługującej Zamawiającemu od Śląskiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach z kontraktu na usługi medyczne za rok 2011 nr 125/111151/03/1/2011.

Natomiast w treści Porozumienia z dnia 31 marca 2011 r. wskazano, w § 1 ust. 2, że Porozumieniem objęto następujące wierzytelności w łącznej wysokości 1.996.397,81 zł:

- kwotę główną w wysokości 1.829.163,57 zł,
- odsetki ustawowe w wysokości 108.739,43 zł,
- noty odsetkowe w łącznej wysokości 51.619,81 zł,
- koszty procesowe w łącznej wysokości 6.875,00 zł.

Zgodnie z § 2 ust. 1 w zw. z § 1 ust. 3 drugiego Porozumienia, powyższe wierzytelności zostały nabyte przez Spółkę M.W. Trade S.A. na podstawie umów przelewu wierzytelności zawartych pomiędzy Spółką M.W. Trade S.A. a Mediolan. Zakład Techniki Medycznej. Dystrybucja aparatury medycznej Meditrade, Spółką Linvatec Polska Sp. z o.o., Spółką Lek S.A., Spółką Vector S.A., Spółką Beckman Coulter Polska Sp. z o.o., Spółką Heraeus Kulzer Poland Sp. z o.o., Zakładami Mięsnymi „Hemax”, Spółką Servier Polska Services Sp. z o.o., Spółką NZOZ MAWO-MED Sp. z o.o., Spółką Farmedica Sp. z o.o., Spółką Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej S.A., Spółką Polskie Górnictwo Naftowe i Gazowe S.A., Spółką Biomaxima S.A., Spółką Covidien Polska Sp. z o.o., Stamar Polska.

W § 2 ust. 5 drugiego Porozumienia Zamawiający wyraził zgodę na spłatę należności Zamawiającego wobec ww. wierzycieli przez Spółkę M.W. Trade S.A. w celu wstąpienia przez Spółkę M.W. Trade S.A. w prawa pierwotnych wierzycieli Zamawiającego.

Zgodnie z § 3 drugiego Porozumienia, kwota główna w wysokości 1.829.163,57 zł podlegać miała od dnia 1 kwietnia 2011 r. oprocentowaniu w stosunku rocznym według stałej stawki 9,99% - odsetki umowne wyniosą łącznie kwotę 148.043,25 zł. Strony Porozumienia oświadczyły, że w zamian za zgodę Spółki M.W. Trade S.A. na spłatę kwoty zobowiązania w ratach Zamawiający zapłaci Spółce M.W. Trade S.A. prowizję w wysokości 2,54% wartości finansowanej kwoty (1.996.397,81 zł), tj. w wysokości 50.708,51 zł. Ponadto w § 3 ust. 1 Porozumienia ustalono, że Spółka M.W. Trade S.A. nie będzie naliczała odsetek ustawowych od ww. kwoty głównej, jeżeli Zamawiający będzie terminowo dokonywał spłat określonych niniejszym Porozumieniem rat w wysokości ustalonej przez strony Porozumienia.

W § 6 ust. 1 Porozumienia zawarto zapis, że w przypadku niedotrzymania przez Zamawiającego terminów płatności rat, Zamawiający zapłaci od niespłaconej w terminie kwoty głównej, odsetki w wysokości 1,5 razy stopa odsetek ustawowych. W celu zabezpieczenia spłaty wierzytelności należnych Spółce M.W. Trade S.A. wynikających z niniejszego porozumienia, Zamawiający udzielił prawnego zabezpieczenia w postaci umowy cesji wierzytelności przysługującej Zamawiającemu od Śląskiego Narodowego Funduszu Zdrowia w Katowicach z kontraktu na usługi medyczne za rok 2011 nr 125/111151/03/1/2011.

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, w opinii prawnej UZP, przekazanej pismem z dnia 2 czerwca 2008 r., znak UZP/DP/O-RJE/124414/11693/08, Departament Prawny UZP wskazał, że zakłady opieki zdrowotnej, wierzyciele oraz nabywcy wierzytelności nie są zobowiązani do stosowania ustawy Pzp przy dokonywaniu czynności cywilnoprawnych w postaci zawarcia ugody, przejęcia długu, cesji wierzytelności oraz zawarcia porozumienia o spłacie długu (restrukturyzacji zadłużenia), dlatego też nie zastosował on ustawy Pzp. Ponadto Zamawiający zaznaczył, iż Najwyższa Izba Kontroli nie wniosła uwag w powyższym zakresie w Wystąpieniu Pokontrolnym z dnia 18 stycznia 2013 r., znak LKA-4112-07-01/2012/S/12/010 pkt 5.

W dniu 25 lutego 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poinformował Zamawiającego o wyniku kontroli. W ramach tej informacji powiadomił Zamawiającego, że stwierdził następujące naruszenia ustawy art. 7 ust. 3 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W protokole z kontroli zauważono, że czynności związane z restrukturyzacją zadłużenia podmiotu leczniczego, w tym przypadku samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej – szpitala miejskiego, mają na celu zmianę struktury zobowiązania pod względem ilości, okresu i sposobu spłaty oraz wysokości oprocentowania, w celu obniżenia kosztów realnego

zadłużenia. Zatem, jeżeli wybór podmiotu trzeciego przejmującego wymagane wierzytelności samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej – szpitala miejskiego na podstawie art. 518 § 1 pkt 3 kc łączy się z ponoszeniem przez ten podmiot opłat i prowizji na rzecz wybranego finansującego, mamy do czynienia z odpłatnym charakterem świadczenia. Wobec powyższego, należy wskazać, iż w niniejszej sprawie Zamawiający zawarł porozumienia, na mocy których Spółka M.W. Trade S.A. uzyskała zamówienie na usługę finansową związaną z transakcją mającą na celu uzyskanie dla Zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału.

Jednocześnie przywołano opinię prawną Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 2 czerwca 2008 r., znak UZP/DP/O-RJE/124414/11693/08, w której wskazano, że *czynności cywilnoprawne dokonywane przez zakłady opieki zdrowotnej, Skarb Państwa, wierzycieli oraz nabywców wierzytelności dotyczące wymagalnych wierzytelności przysługujących wykonawcy zamówienia publicznego względem zamawiającego z tytułu jego realizacji nie polegają na zawarciu odpłatnej umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia na świadczenie usług, dostaw lub robót budowlanych, zatem ww. instytucje nie będą zobowiązane do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych przy dokonywaniu czynności cywilnoprawnych w postaci zawarcia ugody, przejęcia długu, cesji wierzytelności oraz zawarcia porozumienia o spłacie długu (restrukturyzacji zadłużenia).*

Zgodnie z art. 34 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. W związku z powyższym, jeżeli Zamawiający zawarł umowę odpłatną na restrukturyzację zadłużenia, to wyżej powołana opinia prawna UZP z dnia 2 czerwca 2008 r. nie znajduje zastosowania w niniejszym przypadku, gdyż dotyczyła sytuacji niepolegającej na zawarciu odpłatnej umowy w przedmiocie udzielenia zamówienia na świadczenie usług, dostaw lub robót budowlanych. Natomiast, podkreślono, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 4 pkt 8 ustawy Pzp, jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych są zobowiązane do stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych, których szacunkowa wartość została ustalona na kwotę wyższą niż równowartość w złotych kwoty 14.000,00 euro.

Ze względu na fakt, iż łączna wartość zamówienia obejmująca opłaty, prowizje i odsetki ujęte w Porozumieniu z dnia 31 stycznia 2011 r. wyniosła 237.210,64 zł brutto, co stanowiło równoważność 61.789,70 euro, zaś w Porozumieniu z dnia 31 marca 2011 r. – 198.751,76 zł brutto, co stanowiło równoważność 51.771,75 euro, należy wskazać, iż przy wyborze podmiotu trzeciego przejmującego wymagane wierzytelności szpitala, Samodzielny Publiczny Szpital

Miejski w Sosnowcu był zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 34 ust. 4 oraz art. 4 pkt 8 ustawy Pzp.

Odnosząc się do przywołanego przez Zamawiającego w wyjaśnieniach faktu, iż Najwyższa Izba Kontroli nie wniosła uwag do objętego kontrolą legalności postępowania skutkującego zawarciem pomiędzy Samodzielnym Publicznym Szpitalem Miejskim w Sosnowcu a M.W. Trade S.A. porozumień w przedmiocie świadczenia usługi finansowej związanej z restrukturyzacją zadłużenia szpitala w Wystąpieniu Pokontrolnym z dnia 18 stycznia 2013 r., znak LKA-4112-07-01/2012/S/12/010 pkt 5, Kontrolujący zauważył, iż z treści powyższego Wystąpienia Pokontrolnego wynika, iż przeprowadzono kontrolę w zakresie działalności Szpitala w latach 2009-2012 w wybranych obszarach gospodarki finansowej, a działania Szpitala w zakresie spraw objętych kontrolą zostały ocenione negatywnie. Natomiast, w zakresie umowy cesji wierzytelności Szpitala, w pkt 5 Wystąpienia Pokontrolnego wskazano jedynie, iż *Najwyższa Izba Kontroli, nie kwestionując legalności podjętych przez Dyrektora Szpitala działań, zwraca uwagę, że zawarcie tych transakcji nie rozwiązywało w istocie problemów Szpitala, a w szczególności nie poprawiało jego płynności finansowej, oddalając jedynie w czasie spłatę zaciągniętych zobowiązań.*

Z powyższego, zdaniem Kontrolującego, jednoznacznie nie wynika, czy kontrola Najwyższej Izby Kontroli obejmowała analizę zawartych porozumień w kontekście obowiązku lub braku obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp. Niezależnie jednak od powyższego należy wskazać, iż wykonując uprawnienia kontrolne Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie jest związany wynikami kontroli innych organów.

Jednocześnie podkreślono, iż zgodnie z treścią art. 10 ust. 1 ustawy Pzp, podstawowymi trybami udzielania zamówień publicznych są przetarg nieograniczony i przetarg ograniczony. Zamówienia udzielane w tych trybach, wymagają obowiązkowego ogłoszenia w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie zamawiającego, na stronie internetowej zamawiającego oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Reasumując stwierdzono, że przedstawione przez Zamawiającego argumenty oraz okoliczności faktyczne nie wskazują, iż w przedmiotowej sprawie w chwili nie zachodziły przesłanki pozwalające Zamawiającemu odstąpić od stosowania ustawy Pzp. Tym samym, Zamawiający poprzez nieuprawnione odstąpienie od stosowania trybów podstawowych naruszył art. 7 ust. 3 oraz art. 40 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

W dniu 10 marca 2014 roku Zamawiający wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji.

Zamawiający w zastrzeżeniach od wyniku kontroli podtrzymał swoje stanowisko, że uzasadnieniem niezastosowania ustawy Pzp jest opinia Urzędu Zamówień Publicznych, w której stwierdzono, że zawarcie i wykonanie umowy, na mocy której dokonano ustalenia wysokości wierzytelności obciążających Szpital, zasad ich nabycia przez podmiot, z którym zawarto umowę oraz warunków ich spłaty nie stanowi wykonania usługi w rozumieniu Pzp.

Zamawiający zauważył dodatkowo, że nie jest to również umowa kredytu lub pożyczki w rozumieniu ustawy Prawo bankowe, która jest objęta regulacją Pzp. Ponadto możliwość udzielenia zamówienia może mieć miejsce jedynie w przypadku wyłącznej decyzyjności zamawiającego co do wyboru wykonawcy. W tym przypadku Szpital takiej prerogatywy nie posiadał. Zatem Szpital w toku postępowania zmierzającego do zawarcia umów będących przedmiotem kontroli nie posiadał statusu Zamawiającego, co oznacza, że w ogóle nie można mówić o zamówieniu publicznym w takim przypadku. Zawarte Porozumienia regulowały kwestie nabycia wierzytelności (zmiany wierzyciela), warunków ich spłaty, co odpowiada przedmiotowi czynności polegającej na zawarciu ugody, w zakresie harmonogramu spłaty kwoty zobowiązania głównego wraz z odsetkami, których wysokość ustalono poniżej wysokości odsetek ustawowych. Wyraźnie podkreślono, że zmiana wierzyciela nie nastąpiła na podstawie porozumień objętych postępowaniem kontrolnym.

Do zmiany wierzyciela, w stosunku do części zobowiązań Szpitala, doszło w wyniku przelewu wierzytelności, zatem odrębnych czynności cywilnoprawnych dokonanych pomiędzy wierzycielem pierwotnym a nabywcą wierzytelności. Szpital nie był stroną tych umów. Dokonanie przelewu wierzytelności było niezależne od woli Szpitala, który tym bardziej nie miał wpływu na wybór wykonawcy – nabywcy wierzytelności.

W zakresie zawartych porozumień, zmiana wierzyciela a w rezultacie przelew wierzytelności, dotyczyła zobowiązań Szpitala w łącznej wysokości 1 268 170,91 zł (I porozumienie § 1 ust. 3 lit. a - o) i 293 970,15 zł (II porozumienie § 1 ust. 3 lit. a - h). Dalsze zapisy umów, dotyczące warunków spłaty zobowiązań Szpitala na rzecz nabywcy wierzytelności, mają charakter ugody zawartej z wierzycielem, którego wyboru nie dokonywał Szpital. W zakresie dotyczącym zobowiązań Szpitala wymienionych w § 1 ust. 3 lit p – r I porozumienia (w wysokości 689 791,74 zł) oraz w § 1 ust. 3 lit i – o II porozumienia (w wysokości 1 702 427,66 zł) nabywca wierzytelności wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie art. 518 § 1 pkt 3 KC. Choć w takim przypadku wymagana jest zgoda dłużnika, która wyrażona została w zawartych porozumieniach, stanowi ona jedynie o prawnej

skuteczności nabycia wierzytelności, co nie przesądza o wpływie dłużnika na wybór nabywcy wierzytelności. Również dalsze zapisy umów dotyczące warunków spłaty zobowiązań Szpitala na rzecz nabywcy wierzytelności mają charakter ugody zawartej z nabywcą wierzytelności. Zatem zawarcie umowy objętej postępowaniem kontrolnym mieściło się w zakresie objętym opinią UZP w części cesji (przelewu wierzytelności) oraz zawarcia ugody i nie stanowiło wykonania usługi w rozumieniu ustawy Pzp.

Co do wartości zamówienia, Zamawiający zwrócił uwagę, że stosownie do postanowień art. 509 KC Szpital nie miał wpływu na wybór nabywcy wierzytelności i zawarcie umowy cesji. Wartość wierzytelności objętych tymi umowami nie może być brana pod uwagę w zakresie szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Nie dokonano bowiem wyboru wykonawcy usługi. Także wyrażenie zgody na wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela nie stanowi wyboru nabywcy wierzytelności przez Szpital. Podstawą wystąpienia o zgodę na wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela jest wola spłaty zobowiązań dłużnika przez potencjalnego nabywcę wierzytelności oraz wola wierzyciela pierwotnego.

Nawet gdyby Kontrolujący nie podzielał powyższego stanowiska, to wartość zamówienia należy pomniejszyć o wartość wierzytelności nabytych w drodze cesji (czyli odpowiednio kwoty 1 268 170,91 zł i 293 970,15 zł).

Składający zastrzeżenia zwrócił uwagę, że w rezultacie nabycia wierzytelności nie powstaje nowa wierzytelność. Stronom stosunku obligacyjnego przysługują te same zarzuty i roszczenia, które przysługiwały stronom pierwotnego węzła obligacyjnego. Skoro z pierwotnego stosunku obligacyjnego Szpital zobowiązany był do zapłaty na rzecz pierwotnego wierzyciela odsetek, to te przysługują także nabywcy wierzytelności. Odsetki objęte porozumieniami nie stanowią więc dodatkowego wynagrodzenia nabywcy wierzytelności ale są rezultatem wstąpienia w węzeł obligacyjny łączący dłużnika z wierzycielem w stosunku pierwotnym. Nie są one zatem wartością zamówienia.

Przyjmując, że mimo wszystko mieli byśmy do czynienia z zamówieniem publicznym to wartość tego zamówienia może stanowić jedynie wysokość prowizji. Prowizja od kwoty 689 791,74 zł wynosiłaby 11 105,65 zł (I porozumienie), co stanowiło równowartość 2 762,85 euro, natomiast w przypadku II porozumienia prowizja wynosiłaby 43 241,66 zł, co stanowi równowartość 10 757,70 euro. Należałoby także wziąć pod uwagę okoliczność, że jeżeli prowizja będąca elementem ugody dłużnika z nabywcą wierzytelności ma być zaliczona do wartości zamówienia, to ustalono wartości odsetek w wysokości niższej niż przysługujące wierzycielowi pierwotnemu odsetki ustawowe, na poziomie 9,99% w skali roku. Różnica pomiędzy wartością należnych odsetek ustawowych a należnych odsetek umownych, powinna

pomniejszy kwotę wartości zamówienia. Ponieważ suma punktów procentowych wysokości prowizji oraz odsetek umownych jest niższa, niż liczba punktów procentowych odsetek ustawowych, otrzymuje się w ten sposób kwotę ujemną.

Reasumując, wskazano, że takie ukształtowanie stosunku obligacyjnego pomiędzy Szpitalem (dłużnikiem) na nabywcą wierzytelności, prowadziło do zmniejszenia się wysokości zobowiązań dłużnika, dając równocześnie wierzycielowi rękojmię uzyskania świadczenia w kwocie wyższej niż kwota zobowiązania podstawowego. Oznacza to, że Szpital nie wydatkował dodatkowych środków finansowych w stosunku do wysokości zobowiązań istniejących do momentu zawarcia porozumień.

Wnoszono o uwzględnienie złożonych zastrzeżeń i uwag do wyników kontroli.

W dniu 14 marca 2014 roku Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, odpowiedział na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli doraźnej postępowania i wskazał, że nie uwzględnia zgłoszonych zastrzeżeń w związku z powyższym na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp przekazuje zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Stwierdzono, iż łączna wartość zamówienia obejmująca opłaty, prowizje i odsetki ujęte w porozumieniach wynosiła odpowiednio 237 210,64 zł i 198 751,76 zł, co oznacza, że Zamawiający był przy wyborze podmiotu trzeciego przejmującego wymagane wierzytelności zobowiązany do stosowania ustawy Pzp. W świetle definicji wyrażonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp zamówieniami publicznymi są umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zatem Zamawiający w kontrolowanym postępowaniu udzielił zamówienia na usługę restrukturyzacji zadłużenia szpitala wykonawcy M.W. Trade S.A.

W ocenie Prezesa Urzędu, zgodnie z art. 34 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Usługę świadczoną przez wykonawcę M.W. Trade S.A. zakwalifikować należy jako inną usługę finansową. Zatem opinia prawna UZP z dnia 2 czerwca 2008 roku nie znajduje zastosowania w kontrolowanym przypadku, gdyż dotyczy sytuacji niepolegającej na zawarciu odpłatnej umowy.

Przyznano rację Zamawiającemu, że istota przelewu wierzytelności opiera się na umownym przeniesieniu przez wierzyciela na nabywcę wierzytelności przysługującej wobec dłużnika, przy czym zgoda dłużnika na zawarcie jest potrzebna wtedy, gdy w umowie łączącej wierzyciela z dłużnikiem wyłączono możliwość przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią.

Zatem, co do zasady, nie jest potrzebna zgoda dłużnika na przeniesienie wierzytelności (tak KIO w wyroku z dnia 15.10.2013r., sygn. akt KIO 2397/13). Prezes UZP przyznał, że nie dysponuje wiedzą na temat czy w umowach zawartych z pierwotnymi wierzycielami zawarto zapisy o konieczności uzyskania zgody dłużnika na przelew wierzytelności pod rygorem nieważności dokonanej czynności, jednakże (co zdaniem Kontrolującego wynika ze złożonych zastrzeżeń), zawarte porozumienia były wyrazem zgody Zamawiającego na dokonanie przelewu wierzytelności.

Zgodnie z art. 518 § 1 pkt 3 KC osoba trzecia, która spłaca wierzyciela, nabywa spłaconą wierzytelność do wysokości dokonanej spłaty, jeżeli działa za zgodą dłużnika w celu wstąpienia w prawa wierzyciela. Zgoda dłużnika musi być pod rygorem nieważności wyrażona na piśmie. To oznacza, że zawarcie porozumień spełnia przesłanki wstąpienia w prawa wierzyciela z art. 518 § 1 pkt 3 KC. Prezes UZP zajął stanowisko, że zmiana wierzyciela nastąpiła w wyniku udzielenia zgody dłużnika na przejęcie długu, która zawarta jest w porozumieniach, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający miał wpływ na wybór wykonawcy usługi restrukturyzacji zadłużenia. Z dokumentacji postępowania wynika, że nastąpiło wstąpienie wykonawcy w prawa wierzyciela szpitala. Zdaniem Kontrolującego przed zawarciem porozumień prowadzono negocjacje pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą.

Ponadto Kontrolujący zaznaczył, że w przypadku I Porozumienia wierzytelności określone w § 1 ust. 3 lit. a-o zostały nabyte na podstawie umów przelewu wierzytelności, natomiast w przypadku wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. p-r Wykonawca wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela pod warunkiem zapłaty określonej kwoty na rzecz wierzyciela z pierwotnego stosunku zobowiązaniowego łączącego szpital z wierzycielem. W przypadku zaś II Porozumienia wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. a-h zostały nabyte na podstawie przelewu wierzytelności, zaś wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. i-j M.W. Trade S.A. wstąpił w prawa zaspokojonego wierzyciela pod warunkiem zapłaty kwot określonych w porozumieniu na rzecz wierzycieli z pierwotnych stosunków zobowiązaniowych łączących szpital z wierzycielami. Wprost z treści porozumień wynika, że wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. p-r i § 1 ust. 3 lit. i-j zostały nabyte w trybie art. 518 § 1 pkt 3 KC. Jednakże, Prezes UZP wyraził opinię, że wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. a-o i z § 1 ust. 3 lit. a-h również spełniają przesłanki z art. 518 § 1 pkt 3 KC.

Co do wartości zamówienia zauważono, że zgodnie z § 3 Porozumień kwoty główne podlegać miały oprocentowaniu w stosunku rocznym od określonej daty według stawki 9,99%. Określono jednocześnie kwotę wymaganych odsetek. W zamian za zgodę nowego wierzyciela na spłatę kwoty zobowiązania w ratach Zamawiający miał zapłacić prowizję w wysokości

odpowiednio 1,61% i 2,54% wartości finansowej kwoty. Ustalono, że M.W. Trade S.A. nie będzie naliczał odsetek ustawowych od kwot głównych, jeżeli Zamawiający będzie terminowo dokonywał spłat rat z Porozumień. Zgodnie z art. 34 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Zatem, zdaniem UZP wartość zamówienia stanowiły prowizja i odsetki.

Reasumując, w opinii UZP powierzenie restrukturyzacji zadłużenia szpitala wykonawcy M.W. Trade S.A. nastąpiło przez wstąpienie wykonawcy w prawa dotychczasowych wierzycieli w trybie art. 518 § 1 pkt 3 KC. Ze względu, że łączna wartość zamówienia obejmująca opłaty, prowizje i odsetki wynosiła 237 210,64 zł i 198 751,76 zł, przy wyborze podmiotu trzeciego przejmującego wierzytelności, Zamawiający zobowiązany był do stosowania przepisów ustawy Pzp.

W podsumowaniu stwierdzono, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego nie zasługiwała na uwzględnienie i podtrzymano stanowisko wyrażone w informacji o wynikach kontroli.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż zasługują one na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza, w składzie wyznaczonym do rozpatrzenia zastrzeżeń, wskazuje, że podstawą uwzględnienia zgłoszonych zastrzeżeń był niejasny stan faktyczny ustalony w toku kontroli.

W opinii Prezesa UZP, jeżeli wybór podmiotu trzeciego przejmującego wymagane wierzytelności samodzielnego publicznego zakładu opieki zdrowotnej – szpitala miejskiego na podstawie art. 518 § 1 pkt 3 KC łączy się z ponoszeniem przez ten podmiot opłat i prowizji na rzecz wybranego finansującego, mamy do czynienia z odpłatnym charakterem świadczenia. Ze stanowiskiem tym można byłoby zgodzić się, gdyby nie okoliczność wynikająca z obu porozumień zawartych między szpitalem a firmą M.W. Trade S.A. Z obu przesłanych przez Szpital porozumień wynika, że w zdecydowanej większości powodem zawarcia przywołanych porozumień był fakt nabycia wierzytelności przez M.W. Trade S.A. na podstawie umów przelewu wierzytelności w trybie art. 509 KC. W drugiej dopiero kolejności firma wstępowała w prawa zaspokojonego wierzyciela na podstawie regulacji art. 518 § 1 pkt 3 KC.

Ze złożonych przez Szpital zastrzeżeń wynika, że do zmiany wierzyciela doszło w wyniku przelewu wierzytelności, zatem odrębnych czynności cywilnoprawnych dokonanych pomiędzy

wierzycielem pierwotnym a nabywcą wierzytelności. Szpital nie był stroną tych umów. Dokonanie przelewu wierzytelności było niezależne od woli Szpitala, który tym bardziej nie miał wpływu na wybór wykonawcy – nabywcy wierzytelności. Umowy o wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela miały charakter wtórny do przelewu wierzytelności. Jednocześnie, Kontrolujący odpowiadając na zastrzeżenia przyznał, że nie dysponuje wiedzą na temat czy w umowach zawartych z pierwotnymi wierzycielami zawarto zapisy o konieczności uzyskania zgody dłużnika na przelew wierzytelności pod rygorem nieważności dokonanej czynności, jednakże (co zdaniem Kontrolującego wynika ze złożonych zastrzeżeń), zawarte porozumienia były wyrazem zgody Zamawiającego na dokonanie przelewu wierzytelności. Prezes UZP wyraził także opinię, że sporne wierzytelności z § 1 ust. 3 lit. a-o i z § 1 ust. 3 lit. a-h porozumień (nabyte w opinii Szpitala w trybie przelewu wierzytelności) również spełniają przesłanki z art. 518 § 1 pkt 3 KC.

Z takimi twierdzeniami Kontrolującego nie można się zgodzić. To nie strona przeprowadzająca kontrolę decyduje o charakterze zawieranej umowy, a zgodna wola stron danego porozumienia ma decydujący wpływ na kształt i charakter umowy. Kontrolujący nie ustalił podstawowego faktu, czy rzeczywiście dłużnik miał jakikolwiek wpływ na wybór i zmianę wierzyciela. Dopiero ustalenie tych okoliczności usprawiedliwiłoby tezę, że w postępowaniu restrukturyzacyjnym w całości mamy do czynienia z wstąpieniem w prawa zaspokojonego wierzyciela, a nie z przelewem wierzytelności, na który zgodnie z art. 509 KC zgoda dłużnika nie jest co do zasady wymagana. Charakter zapisów obu porozumień wskazuje tymczasem, że dokonano jasnego podziału wierzytelności na te nabywane w wyniku przelewu wierzytelności i te nabywane przez wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela. Jak zauważył sam Kontrolujący, w przypadku przelewu wierzytelności i stosowania regulacji podstawowej z art. 509 KC zgoda dłużnika na zawarcie umowy jest potrzebna wtedy, gdy w umowie łączącej wierzyciela z dłużnikiem wyłączono możliwość przeniesienia wierzytelności na osobę trzecią. Przeprowadzono kontrola nie daje odpowiedzi na pytanie, czy taką możliwość wyłączono w pierwotnych umowach i czy wobec tego przy zmianie wierzyciela konieczny był czynny udział dłużnika. Wtedy dopiero można byłoby prowadzić rozważania, czy w takim przypadku konieczne jest stosowanie ustawy Pzp i jak określić zakres zastosowania przedmiotowej regulacji prawnej.

Zgodzić także należy się ze stroną składającą zastrzeżenia, że choć w przypadku art. 518 § 1 pkt 3 KC wymagana jest zgoda dłużnika, która wyrażona została w zawartych porozumieniach, to w tym przypadku stanowi ona jedynie o prawnej skuteczności nabycia wierzytelności, co nie przesądza w przedmiotowym postępowaniu o wpływie dłużnika na wybór

nabywcy wierzytelności podstawowych. Wybór podmiotu wstępującego w prawa zaspokojonego wierzyciela, w ocenie składu wyznaczonego do rozpatrzenia zastrzeżeń, było konsekwencją przelewu wierzytelności i umożliwił Szpitalowi konstruktywną redukcję zadłużenia bez ponoszenia dodatkowych kosztów.

Przyjęcie interpretacji Kontrolującego byłoby możliwe, gdyby z ustalonego stanu faktycznego ponad wszelką wątpliwość wynikało, że dłużnik miał jakikolwiek wpływ na zmianę i wybór nowego wierzyciela lub też, że zgoda dłużnika do zmiany wierzyciela (na podstawie umów pierwotnych) jest wymagana. Wtedy rzeczywiście zawarte porozumienia należałoby potraktować jako pisemne wyrażenie zgody na zmianę wierzyciela, a tym samym powyższe wskazywałoby na decyzyjność Szpitala w procesie wyłonienia nowego wierzyciela.

Nawet gdyby przyjąć, że Kontrolujący prawidłowo ustalił, że zawarcie porozumień spełnia przesłanki wstąpienia w prawa wierzyciela z art. 518 § 1 pkt 3 KC i zmiana wierzyciela nastąpiła w wyniku udzielenia zgody dłużnika na przejęcie długu, która wyrażona jest w porozumieniach, co w konsekwencji oznacza, że Zamawiający miał wpływ na wybór wykonawcy usługi restrukturyzacji zadłużenia i powinien był zastosować ustawę Pzp, to rozważania odnośnie wartości szacunkowej zamówienia czy brzmieniu porozumień należałoby ograniczyć do wielkości wierzytelności ujętych w § 1 ust. 3 lit. p-r oraz § 1 ust. 3 lit. i-j zawartych porozumień. Za koszt zamówienia można byłoby uznać wtedy wysokość ustalonej prowizji oraz wysokość naliczonych odsetek od kwot ujętych w wymienionych wyżej paragrafach.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Zamawiający wykazał, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej w sprawie sygn. akt KIO/KD 24/14 zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....