

Maciej S. Ratajczak

**KONSORCJUM W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
– SOLIDARNOŚĆ CZYNNĄ I BIERNĄ WOBEC
OSÓB TRZECICH – W POSTĘPOWANIU I NA ETAPIE
REALIZACJI UMOWY**

Wprowadzenie

W czasach rozwijającej się gospodarki rynkowej opartej niejednokrotnie na współpracy różnych podmiotów gospodarczych problematyka konsorcjum stanowi niezmiernie istotne i aktualne zagadnienie znajdujące odzwierciedlenie w wielu płaszczyznach życia gospodarczego i społecznego.

Konsorcjum jest oczywiście także przedmiotem zainteresowania prawa, które regulując zarówno obrót gospodarczy, jak i zwykle stosunki cywilnoprawne, wyznacza ramy funkcjonowania i istnienia rozmaitych instytucji. Analiza prawna dotycząca konsorcjum może być przeprowadzona na wielu płaszczyznach. Przede wszystkim trzeba mieć na uwadze, że konsorcjum nie stanowi jednolitej instytucji, lecz jest pewną formą współpracy właściwą dla podmiotów prowadzących swoją działalność nie tylko na gruncie Prawa zamówień publicznych, ale także w innych obszarach dotyczących chociażby sektora bankowego czy działalności naukowej¹.

Przedmiotem niniejszego opracowania jest problematyka konsorcjum w Prawie zamówień publicznych z punktu widzenia zagadnienia solidarności czynnej i biernej wobec osób trzecich zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i na etapie realizacji umowy. W toku rozważań zostaną omówione rozmaite koncepcje solidarności konsorcjantów², które w zależności od etapu postępowania, stosunków prawnych ukształtowanych w ramach umowy w sprawie zamówienia publicznego czy też w ramach samego konsorcjum, a nawet w zależności konkretnych wymogów, warunków i stanów faktycznych mogą być oparte na różnych podstawach prawnych.

¹ T. Niepytalski, *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011, s. 74.

² W toku rozważań terminy „konsorcjanci” i „współwykonawcy” będą używane zamiennie.

Rzetelne ustosunkowanie się do zagadnienia solidarności konsorcjantów w Prawie zamówień publicznych wymaga jednak uprzedniej analizy charakteru prawnego instytucji konsorcjum. Zasadne wydaje się również zarysowanie problematyki związanej z obowiązkiem spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Pozwoli to spojrzeć na konsorcjum nie tylko jak na formę współpracy, ale także jak na instytucję tworzącą swoistą całość pomimo zachowania odrębności prawnej podmiotów ją tworzących, dzięki czemu łatwiej będzie zrozumieć mechanizmy, które rządzą solidarnością bierną i czynną konsorcjantów.

Charakter prawny instytucji konsorcjum

Konsorcjum jest formą współpracy opartą na nienazwanej umowie cywilnoprawnej. Umowa ta nie wymaga żadnej szczególnej formy, nie podlega też wpisowi do Krajowego Rejestru Sądowego ani do Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej³. W ramach tej umowy strony poprzez utworzenie konsorcjum zawiązują stosunek obligacyjny, w granicach którego zobowiązują się do uczestnictwa w konsorcjum i do działania na jego rzecz w celu realizacji przedsięwzięcia, dla którego umowa została zawarta⁴. W doktrynie jako główne cechy konsorcjum wskazuje się m.in. celowy i tymczasowy charakter współpracy, brak rozbudowanego aparatu organizacyjnego oraz brak wspólnego majątku⁵.

Charakter prawny konsorcjum nie jest sprecyzowany w żadnym akcie normatywnym. W konsekwencji chociaż współpraca gospodarcza prowadzona w ramach konsorcjum niejednokrotnie jest usytuowana w konkretnym reżimie prawnym przewidującym określone skutki prawne w stosunkach z osobami trzecimi, to jednak stosunki wewnętrzne w ramach umowy konsorcjum są całkowicie zdeterminowane przez wolę stron. Muszą one jednak mieścić się w granicach wyznaczonych przez art. 353¹ k.c., który uzależnia ważność umowy od zgodności jej treści z ustawą, naturą stosunku i zasadami współżycia społecznego.

Zawężając rozważania do charakteru prawnego instytucji konsorcjum w Prawie zamówień publicznych, należy na wstępie zasygnalizować, że chociaż żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie odnosi się bezpośrednio do problematyki konsorcjum, to jednak błędne byłoby założenie, że ustawodawca pozostał obojętny wobec takiej formy współpracy. Kluczowy w tym zakresie jest

³ A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2014, s. 654–655.

⁴ Zob. M. Guziński, *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012, s. 83; wyrok SA w Katowicach z 19 lutego 2004 r., sygn. I ACa 885/03, LEX nr 193710.

⁵ Ł. Węgrzynowski, *Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5, s. 33.

art. 23 p.z.p., który dopuszcza możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez współwykonawców. Zgodnie z nim każda wspólna inicjatywa wykonawców podjęta w celu uzyskania zamówienia publicznego powinna być traktowana na takich samych zasadach jak w przypadku wykonawców indywidualnych⁶. Artykuł 23 p.z.p. nie determinuje formy prawnej, jaką musi przybrać wspólne działanie wykonawców ubiegających się o udzielenia zamówienia publicznego. Mogą oni zatem ukształtować tę formę w sposób dowolny⁷. Niemniej w praktyce ramy prawne działania współwykonawców ograniczają się do umowy konsorcjum lub umowy spółki cywilnej⁸.

Wobec uznania konsorcjum za dopuszczalną formę ubiegania się o zamówienie publiczne konieczne stało się sformułowanie dalszych regulacji prawnych stanowiących konsekwencję normy z art. 23 p.z.p. Przejawem tego jest chociażby obowiązek ustanowienia przez konsorcjantów wspólnego pełnomocnika reprezentującego współwykonawców w postępowaniu i przy zawarciu umowy, a także możliwość żądania przez zamawiającego dostarczenia umowy regulującej współpracę współwykonawców. Z uwagi na przedmiot opracowania pogłębiona analiza obowiązków konsorcjantów na gruncie Prawa zamówień publicznych wydaje się być jednak zbędna.

Dla oceny charakteru prawnego konsorcjum kluczowy jest fakt, że umowa statuująca tę formę współpracy nie tworzy nowego podmiotu w postaci osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, lecz tworzy stosunek zobowiązaniowy kreujący wzajemne prawa i obowiązki konsorcjantów. Podobnie zatem jak na gruncie przepisów dotyczących spółki cywilnej powstanie stosunku prawnego z tytułu umowy konsorcjum przejawia się m.in. w tym, że podmiotem praw i obowiązków, stroną zawieranych umów, stroną postępowania sądowego nie jest konsorcjum jako takie, lecz wszyscy konsorcjanci. Ponadto co do zasady nieuprawnione jest mówienie o majątku konsorcjum zamiast majątku konsorcjantów. Przede wszystkim jednak wskazana zależność prowadzi do tego, że odpowiedzialność za zobowiązania ponoszą sami konsorcjanci, a nie powołana przez nich instytucja⁹. Pomimo jednak tak ukształtowanej sytuacji prawnej konsorcjantów zgodnie z utrwalonym orzecznictwem możliwość korzystania ze środków prawnych w sprawach z zakresu stosunku prawnego konsorcjum nie przysługuje pojedynczym konsorcjantom, lecz konsorcjum jako całości¹⁰.

⁶ M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014, art. 23, nt 1.

⁷ *Ibidem*, nt 2.

⁸ A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7 s. 41.

⁹ P. Nazaruk [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014, art. 860, nt 1.

¹⁰ Por. wyrok SN z 13 października 2011 r., sygn. V CSK 475/10, LEX nr 1108492; wyrok TS z 8 września 2005 r., C-129/04 *Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) v. Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi*,

Obowiązek spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

Konsorcjum może stanowić atrakcyjną formę współpracy gospodarczej z wielu powodów. Stanowi ono remedium na wysokie koszty związane z realizacją danego przedsięwzięcia, ale jest także sposobem na uniknięcie ryzyka gospodarczego z nim związanego¹¹. Niejednokrotnie instytucja konsorcjum jest też jedynym rozwiązaniem dla drobnych przedsiębiorców, którzy działając samodzielnie, nigdy nie byłiby w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu obejmującym inwestycję o znacznych rozmiarach gospodarczych¹². Spełnienie wymogów stawianych wykonawcom na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych jest warunkiem ubiegania się o udzielenie zamówienia. Powstaje jednak pytanie, czy w przypadku konsorcjum lub innych form współdziałania kilku wykonawców wymogi te muszą być spełnione oddzielnie przez każdego z poszczególnych wykonawców, czy też wystarczy, by zostały spełnione łącznie.

Za obowiązkiem spełnienia warunków oddzielnie przez każdego z konsorcjantów może przemawiać literalna wykładnia art. 23 ust. 3, który zakłada odpowiednie stosowanie przepisów dotyczących jednego wykonawcy do współwykonawców. Skoro bowiem ustawa nakłada wymogi spełnienia określonych warunków na poszczególnych wykonawców, to na gruncie wskazanego przepisu należałoby te wymogi odnieść również do każdego ze współwykonawców ubiegających się o zamówienie w ramach określonej formy współpracy. Taka interpretacja prowadzi jednak do założeń stojących w sprzeczności z istotą konsorcjum¹³. Jak wskazano powyżej, podmioty gospodarcze, decydując się na wspólne działanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie kierują się żadnymi altruistycznymi pobudkami. Jedynym motywem jest ekonomiczna racjonalność oparta na chłodnej kalkulacji, w ramach której podmioty te dochodzą do wniosku, że działając wspólnie, są w stanie zwiększyć swój potencjał i szanse na wybór ich oferty. W tym kontekście stawianie określonych warunków poszczególnym konsorcjantom zamiast konsorcjum jako całości zdaje się wypaczać sens jego istnienia¹⁴.

Jako swoisty złoty środek należy określić pogląd, zgodnie z którym każdy z podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne powinien spełniać wymogi określone w Prawie zamówień publicznych oraz w istotnych wa-

LEX nr 225709; postanowienie Zespołu Arbitrów przy UZP z 30 czerwca 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-1579/05, LEX nr 1067869.

¹¹ T. Niepytalski, *Konsorcjum...*, s. 19–20.

¹² J. Nowicki [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015, art. 23, nt 1.

¹³ A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 44.

¹⁴ Podobnie przyjmują: A. Olszewska, M. Śledziwska, *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Gdańsk 2004, s. 43.

runkach zamówienia, jednak tylko w odniesieniu do tej części zamówienia publicznego, która wynika z przyjętego przez współwykonawców podziału czynności¹⁵. Pozostając sceptycznym wobec takiego stanowiska, należy zauważyć, że po pierwsze, nie ma przeszkód, by konsorcjanci modyfikowali przyjęty podział czynności, a po drugie, taki podział zasadniczo pozostaje tylko w kwestii ich wewnętrznych ustaleń.

Mając na względzie powyższe argumenty, należy w pełni opowiedzieć się za stanowiskiem przyjmującym obowiązek spełnienia wymogów przez konsorcjum jako całość, a nie przez poszczególnych konsorcjantów. Stanowisko to znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie KIO, która podkreśla, że celem utworzenia konsorcjum jest możliwość powoływania się na walory kadrowe, ekonomiczne, finansowe i potencjał techniczny poszczególnych członków konsorcjum, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego. Zgodnie z tym orzeczeniem zamawiający nie może zatem wymagać posiadania potencjału ekonomicznego i finansowego przez jednego wyznaczonego przez zamawiającego członka konsorcjum (np. lidera)¹⁶.

Oczywiście przedstawiona zależność między istotą konsorcjum a nakładaniem wymogów, od których uzależniony jest udział w postępowaniu, stanowi jedynie ogólną zasadę, która nie może być bezrefleksyjnie stosowana do wszystkich wymogów nakładanych na konsorcjantów na gruncie Prawa zamówień publicznych. Na przykład absurdalne byłoby wyjście z założenia, że skoro jednym z wymogów jest to, by w stosunku do wykonawcy nie zachodziły okoliczności prowadzące do wykluczenia go z udziału w postępowaniu, to w przypadku konsorcjum wystarczy, że tylko jeden z wykonawców nie będzie podlegał wykluczeniu¹⁷. W pełni koresponduje z tym orzeczenie Regionalnej Komisji Orzekającej z 16 czerwca 2009 r., zgodnie z którym chociaż zamawiający nie może żądać, by każdy ze współwykonawców oddzielnie spełniał wymogi z art. 22 ust. 1 p.z.p., to jednak nie dotyczy to warunku niepodlegania wykluczeniu, który każdy konsorcjant musi spełniać osobno¹⁸. Skupiając się jednak na bardziej poważnych przykładach wymogów, które powinny być spełnione przez wszystkich konsorcjantów, w pełni należy się zgodzić z R. Świstakiem, który powołując się na

¹⁵ K. Gałczyńska-Lisik, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10, s. 44.

¹⁶ Uchwała KIO z 22 czerwca 2011 r., sygn. KIO/KD 50/11, LEX nr 852324. W pełni koresponduje z tym także wyrok Zespołu Arbitrów z 27 marca 2003 r., w którym odmienne stanowisko zostało wyraźnie określone jako błędne. Zob. wyrok Zespołu Arbitrów z 27 marca 2003 r., sygn. UZP/ZO/0-317/03, niepubl.

¹⁷ P. Banasik, *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne*, cz. II, LEX/el., nt 4.

¹⁸ Orzeczenie RKO z 16 czerwca 2009 r., sygn. 0965-DB/75/09, LEX nr 569551.

innych autorów, wskazuje na wymóg dotyczący posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeśli przepisy nakładają obowiązek ich posiadania¹⁹. Choć wskazywany autor powołuje się na przepis, którego brzmienie uległo zmianie na skutek nowelizacji z 2016 r.²⁰, to jednak jego rozważania należy uznać za całkowicie aktualne przez wzgląd na normę prawną z art. 22 ust. 1b p.z.p. w obecnym brzmieniu²¹. Wskazany wymóg należy odnosić do każdego z konsorcjantów ze względu na jego istotę. Trzeba jednak pamiętać o tym, że jest to wyjątek od ogólnej zasady uzasadniony konkretnym przypadkiem.

Wymóg dotyczący posiadania uprawnień do prowadzenia konkretnej działalności jest niezmiernie istotny przede wszystkim przez wzgląd na solidarność współwykonawców z tytułu wykonywania umowy, o której będzie mowa w dalszej części rozważań. Odniesienie tego wymogu do każdego z konsorcjantów z osobna jest bowiem uzasadnione charakterem tej odpowiedzialności i ma na celu ochronę interesów zamawiającego²². Przy odmiennej interpretacji w sytuacji niewykonywania lub nienależytego wykonywania zobowiązania przez konsorcjum zamawiający byłby pozbawiony instrumentu umożliwiającego egzekwowanie obowiązków wynikających z umowy. Zamawiający mógłby bowiem żądać faktycznego wykonania zobowiązania tylko i wyłącznie od podmiotu, który wylegitymował się niezbędnymi uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności w imieniu konsorcjum. W stosunku do pozostałych konsorcjantów zamawiającemu pozostałaby natomiast tylko możliwość dochodzenia roszczeń odszkodowawczych.

Problematyka gwarancji wadialnej w kontekście odpowiedzialności solidarnej za zobowiązanie dotyczące wspólnego mienia

Zgodnie z art. 45 p.z.p. zamawiający może (a w niektórych przypadkach musi) żądać od wykonawców wniesienia wadium. Jedną z dopuszczalnych form wniesienia wadium jest tzw. gwarancja wadialna, która może przybrać postać gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. W tym kontekście powstaje pytanie,

¹⁹ R. Świsłak, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3, s. 41.

²⁰ Artykuł 22 ust. 1 zmieniony przez art. 1 pkt 32 lit. a ustawy z 22 czerwca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) zmieniającej m.in. ustawę z 28 lipca 2016 r.

²¹ „Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów” (Dz.U. z 2016 r., poz. 1020).

²² R. Świsłak, *Konsorcjum...*, s. 41.

czy dopuszczalne jest wniesienie gwarancji, w której wskazany jest tylko jeden z członków konsorcjum, czy też niezbędne jest to, by gwarancja była wystawiona na wszystkich konsorcjantów²³.

Z jednej strony mając na względzie, że motywem zawarcia umowy konsorcjum niejednokrotnie jest podział obowiązków, które przy indywidualnym ubieganiu się o zamówienie publiczne w całości spoczywałyby na wykonawcy, można bronić poglądu, że w odniesieniu do wymogów dotyczących udziału w postępowaniu (w tym wymogu wniesienia wadium) wystarczające jest, by tylko jeden z konsorcjantów wykazał ich spełnienie.

Z drugiej jednak strony trzeba mieć na uwadze, że gwarancja ma służyć zabezpieczeniu zamawiającego, w którego dobrze pojętym interesie jest to, by gwarancją byli objęci wszyscy konsorcjanci, a nie tylko jeden z nich. Jest tak, ponieważ w przypadku, gdy umowa nie zostaje zawarta na skutek zaniechania konsorcjanta, który nie przedstawił gwarancji, pozostaje wątpliwość, czy zamawiający uzyska zaspokojenie z gwarancji przedstawionej przez innego konsorcjanta²⁴.

Jednoznaczne opowiedzenie się za tezą dopuszczającą lub wykluczającą możliwość składania gwarancji wadialnej wystawionej na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów jest uzależnione przede wszystkim od uprzedniej odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku konsorcjum można mówić o istnieniu wspólnego mienia. Jest ono bowiem warunkiem zaistnienia odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów na gruncie art. 370 k.c., zgodnie z którym „jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej”. Literatura przedmiotu nie jest zgodna w tym zakresie. L. Stecki wyklucza możliwość stosowania normy z art. 370 k.c. do konsorcjum, podnosząc argument, że w ramach konsorcjum nie tylko nie są zaciągane zobowiązania przez wspólne działanie kilku osób, ale także nie zachodzą sytuacje, w których kilka osób zaciągałoby zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia²⁵. Podobnego zdania są również E. Kowalewski i W. Mogilski, którzy uważają, że brak wspólnego mienia konsorcjum jest poza dyskusją²⁶.

Inne stanowisko zajął natomiast T. Szczurowski, który zauważył, że skoro zgodnie z art. 139 p.z.p. do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego²⁷, to uwzględniając z art. 70³ § 3 k.c. w zw.

²³ T. Szczurowski, *Gwarancja wadialna a konsorcjum*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 5, s. 22.

²⁴ Wyrok KIO z 15 września 2014 r., sygn. KIO 1785/14, LEX nr 1538382.

²⁵ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 352.

²⁶ E. Kowalewski, W. Mogilski, *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1, s. 30.

²⁷ Por. też art. 14 p.z.p., zgodnie z którym przepisy Kodeksu cywilnego stosuje się również do wszelkich czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

z art. 70² § 3 k.c. należy przyjąć, że konsorcjanci najpóźniej z chwilą podpisania umowy wspólnie nabywają majątkowe prawo podmiotowe, którego treścią jest roszczenie o zawarcie umowy²⁸. W myśl zaś art. 44 k.c. wspólne mienie obejmuje nie tylko własność, ale także inne prawa majątkowe – a zatem również ww. prawo konsorcjantów²⁹. Wskazany tok myślenia jest oparty na twierdzeniu, zgodnie z którym pojęcie prawa majątkowego należy rozumieć szeroko, ponieważ obejmuje ono nie tylko prawa mające wartość *stricte* majątkową, ale nawet stany faktyczne, z których wynikają konkretne uprawnienia lub roszczenia o charakterze majątkowym³⁰. Podobną argumentację możemy znaleźć również w orzecznictwie. Sąd Okręgowy w Poznaniu, uznając za dopuszczalne wymienienie w gwarancji tylko jednego konsorcjanta, stwierdził, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. powodującym powstanie solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania zawarcia umowy o zamówienie publiczne³¹.

W mojej ocenie powyższe argumenty zakładające istnienie wspólnego mienia konsorcjantów, a w konsekwencji odpowiedzialności solidarnej opartej na art. 370 k.c. są w pełni przekonujące. W związku z powyższym uzasadnione jest twierdzenie, że działanie któregokolwiek z konsorcjantów obciąża także konsorcjanta, na którego zlecenie została wystawiona gwarancja. Pozostaje jednak pytanie, czy można wymagać od gwaranta, który wystawił gwarancję na rzecz konkretnego podmiotu, spełnienia świadczenia w związku z działaniem lub zaniechaniem innej osoby niż ta, na którą została wystawiona gwarancja. Z jednej strony można argumentować, że odpowiedzialność solidarna za wspólne mienie została uregulowana ustawowo, a zatem gwarant powinien mieć świadomość, że osoba, na którą została wystawiona gwarancja, może być odpowiedzialna również na podstawie art. 370 k.c. Z drugiej jednak strony w orzecznictwie KIO zarysowała się linia orzecznicza, zgodnie z którą od wystawcy gwarancji nie można żądać rozszerzającej interpretacji wystawionej przez niego gwarancji³².

Podsumowując, mając na względzie powyższe, chociaż wydaje się, że argumenty systemowe przemawiają za dopuszczalnością wniesienia gwarancji, w której wymieniony jest tylko jeden członek konsorcjum, to jednak z uwagi na dużą rozbieżność zdań zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie w praktyce z ostrożności wskazane jest rozważenie wniesienia gwarancji wystawionej na zlecenie wszystkich konsorcjantów.

²⁸ T. Szczurowski, *Gwarancja...*, s. 26.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ S. Rudnicki, R. Trzaskowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014, art. 44, nt 6.

³¹ Wyrok SO w Poznaniu z 12 maja 2006 r., sygn. II CA 489/06, LEX nr 621219.

³² Wyrok KIO z 15 września 2014 r., sygn. KIO 1785/14, LEX nr 1538382.

Solidarna odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy

Solidarność konsorcjum wobec osób trzecich najpełniej objawia się w ustawowej regulacji opartej na art. 141 p.z.p. Zgodnie z nim współwykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p., ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Odpowiedzialność na gruncie art. 141 p.z.p. jest przykładem solidarności biernej i zachodzi tylko po stronie współwykonawców³³. Chociaż zamawiający, korzystając ze swojego uprawnienia, może żądać wykonania umowy lub wniesienia zabezpieczenia łącznie od wszystkich współwykonawców lub od każdego współwykonawcy z osobna, to analogiczne uprawnienie współwykonawcom nie przysługuje. W konsekwencji nawet jeśli po stronie zamawiającego będzie występowało kilka podmiotów, co jest dopuszczalne m.in. na gruncie art. 16 p.z.p.³⁴, współwykonawcy będą mogli dochodzić swoich roszczeń tylko na podstawie ogólnych zasad prawa cywilnego. Podobnie wykluczone będzie dochodzenie przez jednego z konsorcjantów (np. lidera) spełnienia całego świadczenia na jego rzecz – konieczne będzie odrębne pełnomocnictwo od pozostałych konsorcjantów³⁵. Nie jest oczywiście wykluczone, że zamawiający również będą odpowiadać solidarnie, ale jest to już uzależnione od klauzuli umownej przewidującej taki rodzaj odpowiedzialności także po ich stronie, co będzie przedmiotem dalszych rozważań.

W związku z imperatywnym charakterem normy z art. 141 p.z.p. jakiegokolwiek ograniczenie lub zmodyfikowanie wskazanych przepisów jest niedopuszczalne³⁶. Nie oznacza to oczywiście, że współwykonawcy nie mogą uregulować zasad i stopnia ponoszenia odpowiedzialności w płaszczyźnie stosunków wewnętrznych. Będzie to jednak odnosiło skutek tylko w zakresie ewentualnych roszczeń regresowych.

Solidarna odpowiedzialność współwykonawców powstaje z mocy samego prawa³⁷. Oznacza to, że nie ma potrzeby, by postanowienia dotyczące odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia znalazły się też w SIWZ³⁸.

³³ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 2.

³⁴ Por. też: art. 15f p.z.p. dopuszczający możliwość utworzenia w drodze porozumienia wspólnego podmiotu z zamawiającymi posiadającymi siedzibę w innych państwach członkowskich Unii Europejskiej.

³⁵ Ł. Węgrzynowski, *Charakter...*, s. 30.

³⁶ P. Pełczyński [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarczyk, Warszawa 2013, art. 141, nt 10.

³⁷ W myśl art. 369 k.c. zobowiązanie jest solidarne, jeżeli to wynika z ustawy lub z czynności prawnej.

³⁸ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 1.

Skupiając się na zakresie przedmiotowym solidarności wynikającej z art. 141 p.z.p., należy jeszcze raz wyraźnie podkreślić, że nie obejmuje ona całego spektrum zobowiązań obciążających konsorcjantów, lecz jest ograniczona do dwóch wyodrębnionych obszarów: wykonywania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia jej należytego wykonywania. Odpowiedzialność solidarna z tego tytułu będzie miała miejsce tylko na etapie realizacji umowy. Wykorzystując rozumowanie *a contrario*, należy uznać, że nieuprawnione jest doszukiwanie się w normie z art. 141 p.z.p. źródła odpowiedzialności również na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nawet jeśli w ramach tego postępowania są już podejmowane czynności związane z przyszłą umową³⁹. Chociaż w doktrynie można spotkać głosy podające w wątpliwość dopuszczalność takiego rozumowania⁴⁰, nie wydają się być one przekonujące. Nie ma bowiem żadnych podstaw wynikających z wykładni funkcjonalnej lub systemowej, które by pozwalały zanegować zasadność posłużenia się argumentem *a contrario*. W związku z powyższym całkowicie uzasadniona jest zaprezentowana w doktrynie polemika z orzeczeniem KIO⁴¹, która w wyroku z 31 marca 2008 r. uznała, że współwykonawcy odpowiadają solidarnie także za sam fakt niezawarcia umowy. Bez wątpienia takie stanowisko zaprezentowane przez KIO jest nieuprawnionym rozszerzeniem granic solidarności zakreślonych przez art. 141 p.z.p. i w związku z tym zasługuje na krytykę⁴². Ponadto warto zauważyć, że zgodnie z wyżej zarysowanym tokiem rozumowania całkowicie irrelevantna będzie również kwestia odpowiedzialności deliktowej współwykonawców⁴³. Wynika to z faktu, że nawet jeśli odpowiedzialność deliktowa zaktualizowałaby się w ramach realizacji zamówienia publicznego, to popełnienie deliktu nigdy nie będzie mogło zostać zakwalifikowane jako wykonywanie lub niewykonywanie umowy.

Analizując solidarność w zakresie zobowiązań wynikających z umowy, należy zauważyć, że konsorcjanci odpowiadają solidarnie w zakresie wszystkich postanowień umownych aż do całkowitego wypełnienia obowiązków z nich wynikających⁴⁴. Szczególnym zagadnieniem w obrębie solidarnej odpowiedzialności z tytułu wykonywania umowy jest odpowiedzialność względem innych podmiotów niż zamawiający. Skoro ustawa nie określa zakresu podmiotowego odpowiedzialności z art. 141 p.z.p., należy przyjąć, że odpowiedzialność ta przynajmniej potencjalnie istnieje wobec wszystkich osób trzecich.

³⁹ T. Szczurowski, *Gwarancja...*, s. 24.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ Wyrok KIO z 31 marca 2008 r., sygn. KIO/UZP 223/08; sygn. KIO/UZP 231/08, LEX nr 395947.

⁴² P. Banasik, *Wykonawcy...*, nt 5.

⁴³ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 349.

⁴⁴ J. Nowicki [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015, art. 141, nt 3.

W praktyce odpowiedzialność wykonawców na podstawie art. 141 p.z.p. wobec innych podmiotów niż zamawiający w szczególności dotyczy podwykonawców. Zagadnienie to może być oceniane na wielu płaszczyznach. Przede wszystkim nasuwa się pytanie, jak kształtuje się odpowiedzialność tych konsorcjantów, którzy nie zawierali żadnych umów o podwykonawstwo. Zgodnie z art. 647¹ § 2 do zawarcia przez wykonawcę umowy o roboty budowlane z podwykonawcą jest wymagana zgoda inwestora. Mimo rozbieżności w doktrynie wydaje się, że ta zgoda jest nie tylko warunkiem zaistnienia odpowiedzialności inwestora, ale nawet warunkiem skuteczności samej umowy zawartej między wykonawcą a podwykonawcą⁴⁵. Nie ma natomiast żadnych regulacji, które uzależniałyby ważność umowy zawartej przez jednego ze współwykonawców z podwykonawcą od zgody pozostałych wykonawców⁴⁶.

W związku powyższym można sobie wyobrazić sytuację, w której podwykonawca, korzystając z dobrodziejstwa solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy, zwróci się o spełnienie świadczenia bezpośrednio do inwestora, który następnie, korzystając z art. 141 p.z.p., będzie żądał zwrotu wyłożonej kwoty nie od współwykonawcy, który był stroną umowy o podwykonawstwo, lecz od pozostałych konsorcjantów. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem takie działanie jest w pełni uprawnione, co zostało potwierdzone przez Sąd Najwyższy w wyroku z 17 września 2008 r., w którym stwierdzono, że jeżeli jeden ze współwykonawców umowy zawartej w wyniku udzielenia zamówienia publicznego zawarł umowę z podwykonawcą, któremu nie zapłacił wynagrodzenia, to odpowiedzialność współwykonawców w stosunku do inwestora spełniającego to świadczenie na rzecz podwykonawcy jest solidarna⁴⁷.

Kolejnym interesującym zagadnieniem dotyczącym podwykonawców jest kwestia ich odpowiedzialności za nienależyte wykonanie zobowiązania. Zasadne wydaje się pytanie, czy zakres odpowiedzialności z art. 141 p.z.p. rozciąga się tylko na współwykonawców, czy także na podwykonawców, których zobowiązanie stanowi przecież integralną część ostatecznego projektu mającego zostać zrealizowanym w ramach umowy o zamówienie publiczne zawartej między współwykonawcami a zamawiającym. Biorąc jednak pod uwagę treść art. 141 p.z.p., który *explicite* odnosi się wyłącznie do wykonawców, należy uznać, że brak jest podstaw do tego, by rozciągnąć odpowiedzialność solidarną również na podwykonawców⁴⁸. Nie znaczy to jednak, że interesy zamawiającego nie są

⁴⁵ W. Białończyk, *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, „Prawo Spółek” 2003, nr 10, s. 27; P. Drapała, *Umowa o roboty budowlane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8, s. 11–15; J. Strzępka, *Umowa o roboty budowlane* [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. VII: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 478.

⁴⁶ Wyrok SN z 17 września 2008 r., sygn. III CSK 119/08, LEX nr 513248.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012, art. 141, nb. 2.

chronione w tym zakresie. Należy zwrócić uwagę, że wykonawca odpowiada za działania podwykonawcy na gruncie art. 474 k.c., który przewiduje odpowiedzialność za wszelkie działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie jest wykonywane, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania jest powierzane⁴⁹.

Solidarność na gruncie przepisów o spółce cywilnej

Zgodnie z tym, co zarysowano we wstępie rozważań, konsorcjum nie jest jedyną dopuszczalną formą współpracy w Prawie zamówień publicznych. Artykuł 23 § 1 p.z.p. w żadnym zakresie nie narzuca formy współpracy podmiotów gospodarczych. Na gruncie art. 23 § 4 wymagane jest jednak, by ta współpraca była oparta na umowie, która na żądanie zamawiającego musi mu zostać okazana. *Lege non distinguente* może być to zarówno umowa konsorcjum, jak i umowa spółki cywilnej, a nawet jakakolwiek inna umowa, w ramach której współwykonawcy określają ramy współpracy, nie tworząc przy tym odrębnego podmiotu prawa⁵⁰.

Podobieństwa między umową konsorcjum a umową spółki cywilnej są uderzające. Zarówno jedna, jak i druga umowa kreuje jedynie stosunek obligacyjny przy zachowaniu odrębności podmiotowej stron zawierających umowę. Przede wszystkim jednak co do zasady zarówno konsorcjum, jak i spółka cywilna są powoływane dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego⁵¹. Przez wzgląd na zarysowane podobieństwa w doktrynie często pojawiają się głosy, że konsorcjum należy utożsamiać ze spółką cywilną. Jako przykład wskazane jest powołanie się na stanowisko S. Włodyki, który określa konsorcjum jako wzbogaconą umowę spółki cywilnej⁵², oraz stanowisko L. Steckiego, który chociaż dostrzega różnice między tymi dwiema instytucjami, zasadniczo definiuje konsorcjum jako nietypową formę spółki⁵³.

W utrwalonym orzecznictwie i w literaturze przedmiotu można też spotkać bardziej umiarkowane stanowiska. Odnosząc się do zależności występujących między instytucją konsorcjum a instytucją spółki cywilnej, wypada powołać się

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Na przykład spółki prawa handlowego.

⁵¹ W stosunku do spółki cywilnej wynika to bezpośrednio z art. 860 k.c., natomiast odnośnie do konsorcjum można spotkać poglądy utożsamiające tę instytucję z dążeniem do osiągnięcia określonego celu gospodarczego (por. m.in. Ł. Węgrzynowski, *Charakter...*, s. 33; Ł. Laszczyński, *Spółka cywilna jako wykonawca*, „Przetargi Publiczne” 2008, nr 1 s. 56–58) oraz do osiągnięcia jakiegokolwiek celu – niekoniecznie o charakterze gospodarczym (por. m.in. S. Babiarz [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2013, art. 23, nt 3; A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka...*, s. 654).

⁵² S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 259.

⁵³ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 140–141.

na postanowienie Sądu Najwyższego z 6 marca 2015 r. w którym Sąd, pozostając sceptycznym wobec utożsamiania konsorcjum ze spółką cywilną, zauważył, że konsorcjum zasadniczo nie działa w formie spółki cywilnej, chyba że w zgodny sposób tak zostało ono ukształtowane. Bez względu jednak na wolę stron muszą być w takim przypadku spełnione wymogi konstrukcyjne wyznaczające treść stosunku prawnego spółki cywilnej, tj. przedsiębiorstwo, majątek wspólny, a także więzi organizacyjne i majątkowe wspólników⁵⁴. Sceptyczny pozostaje również J. Hilla, który akcentując zasadę swobody umów, podkreśla, że spośród wszystkich umów, w ramach których powstaje konsorcjum, umowami spółki będą tylko te z nich, które mają cechy przewidziane w przepisach art. 860 i n. k.c.⁵⁵ Ponadto należy ponownie przywołać rozważania L. Steckiego, który chociaż jest bliski identyfikowaniu konsorcjum ze swoistą formą spółki cywilnej, to przestrzega jednak przed pochopnym transferem odpowiedzialności z art. 864 k.c. na grunt konsorcjum, przedstawiając doniosłe argumenty jurystyczne w tym zakresie⁵⁶. Przede wszystkim wskazuje na okoliczność, że podmioty tworzące konsorcjum są połączone zdecydowanie luźniejszym węzłem prawnym niż wspólnicy spółki cywilnej, a solidarna odpowiedzialność wspólników jest oparta na istnieniu majątku wspólnego, który nie powstaje w przypadku konsorcjum⁵⁷. W podobnym tonie wypowiada się A. Chrzęszcz, która dochodzi do wniosku, że skoro nie ma precyzyjnych kryteriów pozwalających na dokonanie dystynkcji między tymi dwiema instytucjami, to niemożliwe jest jednoznaczne określenie sytuacji, kiedy umowa konsorcjum jest rodzajem spółki cywilnej, a kiedy jest po prostu odrębną nienazwaną umową wyłącznie zbliżoną w swojej konstrukcji do umowy spółki⁵⁸. Podsumowując, należy się zgodzić z ogólną konstatacją poczynioną przez Sąd Najwyższy w wyroku z 20 listopada 2014 r., zgodnie z którym nie można stawiać znaku równości pomiędzy spółką cywilną a konsorcjum⁵⁹. W związku z powyższym „umowa konsorcjum może stanowić podtyp spółki cywilnej, być spółką cywilną albo mieć samodzielny charakter, jeżeli nie ma podstaw do ustalenia, że występują w niej istotne cechy spółki cywilnej”⁶⁰.

Zarysowane powyżej rozważania dotyczące relacji między umową konsorcjum a umową spółki cywilnej są niezmiernie istotne z punktu widzenia solidarności konsorcjum wobec osób trzecich. Należy mieć bowiem na uwadze, że skoro umowa spółki cywilnej jest umową nazwaną⁶¹, to jeśli uznamy, że zawarta

⁵⁴ Postanowienie SN z 6 marca 2015 r., sygn. III CZP 113/14, LEX nr 1733674.

⁵⁵ J. Hilla, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5, s. 3.

⁵⁶ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 350.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ A. Chrzęszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 43.

⁵⁹ Wyrok SN z 20 listopada 2014 r., sygn. V CSK 177/14, LEX nr 1544407.

⁶⁰ Wyrok SA w Warszawie z 8 czerwca 2016 r., sygn. VI ACa 651/15, LEX nr 2081562.

⁶¹ Por. art. 860 i n. k.c.

przez strony umowa konsorcjum odpowiada cechom spółki cywilnej, to w stosunku do współwykonawców znajdują zastosowanie nie tylko przepisy ogólne prawa zobowiązań, ale także przepisy szczegółowe dotyczące umowy spółki cywilnej (w tym art. 864 k.c. przewidujący, że za zobowiązania spółki wszyscy współnicy odpowiadają solidarnie). W zależności natomiast od stopnia podobieństwa wskazane przepisy będą stosowane bezpośrednio lub *per analogiam*⁶².

Przyjęcie solidarnej odpowiedzialności z art. 864 k.c. w stosunku do konsorcjum może rodzić poważne skutki prawne. Reżim odpowiedzialności z art. 864 k.c. tylko na pierwszy rzut oka może się wydawać zbieżny z odpowiedzialnością z art. 141 p.z.p. Należy zwrócić uwagę, że o ile odpowiedzialność solidarna na gruncie Prawa zamówień publicznych jest ograniczona do określonych obszarów, to odpowiedzialność solidarna współników obejmuje wszystkie zobowiązania spółki. Oczywiście w związku z brakiem odrębnej podmiotowości prawnej sformułowanie „zobowiązania spółki” jest pewnym uproszczeniem, które kryje za sobą zobowiązania zaciągnięte przez współników w ramach działalności spółki⁶³. W związku z powyższym w przypadku uznania konsorcjum za spółkę cywilną wszystkie czynności prawne dokonywane przez współwykonawców będą kwalifikowane jako dokonywane przez współników spółki cywilnej. W konsekwencji odpowiedzialność solidarna oparta na art. 864 k.c. potencjalnie będzie mogła obejmować praktycznie wszystkie aspekty związane z zamówieniami publicznymi. Zaciągnięte zobowiązań przez współwykonawców wobec osób trzecich może bowiem następować zarówno na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jak i na etapie realizacji umowy.

Solidarność czynna konsorcjantów

Interesy współwykonawców realizujących zamówienie nie są chronione w takim samym stopniu jak interesy zamawiającego. W przeciwieństwie do solidarności biernej współwykonawców ich solidarność czynna nie znajduje odrębnego uregulowania w żadnym akcie normatywnym. Należy zauważyć, że ani na gruncie art. 141 p.z.p., ani przy stosowaniu przepisów właściwych dla spółki cywilnej nie powstaje uprawnienie do żądania przez każdego z konsorcjantów spełnienia całości świadczenia do jego rąk przez zamawiającego.

W ramach objętych dyspozycją art. 141 p.z.p. wynika to z jednoznacznej treści przepisu wykluczającej istnienie jakiegokolwiek luki prawnej, która ewentualnie pozwoliłaby na stosowanie ostrożnej analogii dopuszczającej przyjęcie soli-

⁶² A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach...*, s. 43.

⁶³ A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014, art. 864, nt 2.

darności czynnej⁶⁴. Potwierdził to Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 18 lutego 2009 r., zauważając, że „art. 141 p.z.p. przesądza wyłącznie o solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie rodzi jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, czyli możliwości solidarnego domagania się wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny zapis ustawy, a art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienia zabezpieczenia”⁶⁵.

W przypadku stosowania przepisów właściwych dla spółki cywilnej na pierwszy rzut oka sytuacja często nie jest taka oczywista i zdarza się, że sądy ulegają pokusie przypisywania współnikom uprawnień wierzycieli solidarnych⁶⁶. Jest to jednak całkowicie nieuzasadnione. W wyroku z 7 września 2010 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi *explicite* stwierdził, że z samego faktu istnienia solidarności biernej współników spółki cywilnej nie można wywodzić solidarności czynnej między nimi⁶⁷. Trafną uwagę w tym zakresie poczynił E. Gniewek, który krytykując zarówno solidarne zasądzenie świadczenia (ze względu na brak ustawowego uregulowania przewidującego solidarność czynną), jak i rozdzielanie zasądanego świadczenia na poszczególnych współników (przez wzgląd na istotę wspólności łącznej przewidującej jej „bezudziałowy” charakter), zauważył, że jedyną poprawną formułą, która może być zastosowana przez sąd, jest zasądzenie należnego świadczenia „na rzecz powodów”⁶⁸.

Nie oznacza to, że w żadnym wypadku nie jest możliwe, by uprawnienia z tytułu solidarności czynnej przysługiwały konsorcjantom, niemniej w tym zakresie wchodzi w grę jedynie przepisy ogólne oparte przede wszystkim na art. 369 k.c. Jest to dopuszczalne z tego względu, że przepisy Prawa zamówień publicznych w żadnej mierze nie wyłączają możliwości stosowania przepisów Kodeksu cywilnego do umów zawieranych w trybie przewidzianym dla zamówień publicznych⁶⁹. W myśl powyższego przepisu źródłem solidarności może być ustawa lub czynność prawna. Skoro zatem ustawa w żadnym wypadku nie statuuje takiego uprawnienia, należy się skupić na solidarności czynnej konsorcjantów powstałej na skutek zgodnej woli stron.

Mając na względzie zasadę swobody umów i ograniczeń wynikających z art. 353¹ k.c., uzasadnione jest twierdzenie, że nie ma żadnych przeszkód, by kwestię solidarności czynnej konsorcjantów uregulować zarówno na etapie po-

⁶⁴ B. Gnela, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2011, s. 32.

⁶⁵ Wyrok SA w Warszawie z 18 lutego 2009 r., sygn. VI ACa 1152/08, LEX nr 1344288.

⁶⁶ E. Gniewek, *O wadliwościach stosowania zasad solidarności czynnej w postępowaniu sądowym – uwagi kilka*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3, s. 121.

⁶⁷ Wyrok SA w Łodzi z 7 września 2010 r., sygn. I ACa 544/10, LEX nr 1045178.

⁶⁸ E. Gniewek, *O wątpliwościach...*, s. 123.

⁶⁹ Wyrok SN z 15 stycznia 2010 r., sygn. I CSK 197/09, LEX nr 564749.

stępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i na etapie realizacji umowy. Wątpliwości może budzić co najwyżej kwestia umownego uregulowania solidarności czynnej konsorcjantów jeszcze na etapie samego postępowania, gdy nie została zawarta umowa o wykonanie zamówienia. Trzeba jednak dopuścić taką możliwość, biorąc pod uwagę, że już na tym etapie mogą powstać rozmaite roszczenia wzajemne wynikające chociażby z ewentualnych umów ramowych czy odpowiedzialności wynikającej z prowadzenia negocjacji z naruszeniem dobrych obyczajów (tzw. *culpa in contrahendo*).

Umowne uregulowanie solidarności czynnej konsorcjantów może być uzasadnione z wielu powodów. Przykładowo strony mogą dążyć do wyeksponowania roli lidera konsorcjum i scedowania na niego praw i obowiązków również w zakresie dochodzenia wierzytelności konsorcjum. W takiej sytuacji lider konsorcjum, korzystając z uprawnienia do żądania całej wierzytelności związanej z realizacją zamówienia publicznego, ściąga na siebie także szereg obowiązków związanych z rozdysponowaniem uzyskanej sumy na pozostałych konsorcjantów zgodnie z zasadami przyjętymi w umowie konsorcjum.

Innym przykładem jest sytuacja, gdy jeden z konsorcjantów jest dłużnikiem wobec zamawiającego ze spornej wierzytelności wynikającej z innego tytułu prawnego niż stosunek związany z zamówieniem publicznym. W takim przypadku zastrzeżenie solidarności czynnej może zapobiegać wysunięciu zarzutu potrącenia przez zamawiającego względem konsorcjanta-dłużnika. Będzie to możliwe, jeśli tylko taki zarzut zostanie uprzedzony przez wystosowanie powództwa o zapłatę przez innego konsorcjanta korzystającego z walorów instytucji solidarności. Dzięki temu konsorcjant zobowiązany ze spornej wierzytelności otrzyma należną mu część zapłaty bezpośrednio od konsorcjanta, który wytoczył powództwo, a na zamawiającym będzie ciążył obowiązek dochodzenia jego zdaniem należnego mu świadczenia z innego tytułu prawnego w odrębnym postępowaniu sądowym. Gdyby nie zastrzeżona solidarność czynna, zamawiający mógłby z łatwością wysunąć zarzut potrącenia w stosunku do części wierzytelności przypadającej na konkretnego konsorcjanta i to właśnie ten konsorcjant musiałby podjąć odpowiednie kroki prawne w celu wykazania braku podstawy prawnej zarzutu potrącenia i związanego z nim roszczenia zamawiającego.

Rozmaite skutki prawne wynikające z zastosowania instytucji solidarności czynnej konsorcjantów niejednokrotnie mogą być równie doniosłe jak te wynikające z ich solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania. Niemniej zgodnie z tym, co zostało podkreślone powyżej, należy pamiętać, że w związku z niestnieniem odrębnej podstawy kontraktowej punktem wyjścia jest podział wierzytelności konsorcjantów na gruncie art. 379 k.c. lub zasądzenie jej do majątku wspólnego na podstawie przepisów o spółce cywilnej⁷⁰.

⁷⁰ A. Pyrzyńska [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014, art. 379, nt 2.

Podsumowanie

W związku ze stale wzrastającym znaczeniem regulacji prawnych w obszarze Prawa zamówień publicznych obejmujących nie tylko procedurę udzielania zamówień, ale także zawierania i realizacji umów w tym zakresie, przedstawiona w niniejszym opracowaniu problematyka dotycząca solidarności czynnej i biernej konsorcjantów wobec osób trzecich ma walor niezwykle praktyczny.

Nie ulega wątpliwości, że przy zamówieniach publicznych o znacznej wartości, których realizacja wymaga posiadania odpowiednich zasobów finansowych, kadrowych czy technicznych, podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia będą w zdecydowanie lepszej pozycji niż podmioty ubiegające się samodzielnie. Ze względu na różnicę potencjałów w praktyce w zdecydowanej większości przypadków realizacja zamówienia będzie powierzana podmiotom ze sobą współpracującym. Właśnie dlatego niezwykle istotne staje się kompleksowe uregulowanie kwestii odpowiedzialności solidarnej podmiotów wspólnie realizujących zamówienie publiczne. Jeśli bowiem dochodzi do wyboru oferty konsorcjum, to w zdecydowanej większości przypadków nie chodzi o drobne umowy, lecz o poważne inwestycje, w ramach których wartość zamówienia przekracza często miliony złotych. Przy takich inwestycjach znaczne ryzyko ekonomiczne obciąża nie tylko zamawiającego, ale również masę osób trzecich, z którymi współwykonawcy wchodzi w stosunki cywilnoprawne przy realizacji kontraktu.

Obecny model oparty głównie na art. 141 p.z.p. realizuje funkcję ochronną jedynie w ograniczonym zakresie. Poszukiwanie podstaw odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów w innych reżimach prawnych zgodnie z tym, co zostało przedstawione w toku rozważań, również nie jest w pełni satysfakcjonujące i niekiedy budzi poważne wątpliwości. Namysłu wymaga też kwestia ustawowego uregulowania solidarności czynnej konsorcjantów. Pozostawienie tej kwestii tylko w obszarze potencjalnych postanowień umownych w mojej ocenie nie jest wystarczające. W związku z powyższym wskazane jest dalsze zgłębianie zarysowanej tematyki i formułowanie propozycji *de lege ferenda* dotyczących zmian w zakresie solidarności konsorcjantów.

Bibliografia

- Babiarz S. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2013.
Banasiak P., *Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne*, cz. II, LEX/el.
Białończyk W., *Odpowiedzialność w umowach o roboty budowlane*, „Prawo Spółek” 2003, nr 10.
Cempura A., Kasolik A., *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2014.
Drapała P., *Umowa o roboty budowlane*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 8.

- Chrzęszc A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, nr 7.
- Galczyńska-Lisik K., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2006, nr 10.
- Gneta B., *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Warszawa 2011.
- Gniewek E., *O wadliwościach stosowania zasad solidarności czynnej w postępowaniu sądowym – uwag kilka*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 3.
- Granecki P. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. P. Granecki, Warszawa 2012.
- Guziński M., *Zamówienia publiczne jako przedmiot regulacji prawnej*, Wrocław 2012.
- Hilla J., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, „Radca Prawny” 2005, nr 5.
- A. Kidyba, K. Kopaczyńska-Pieczniak [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.
- Kowalewski E., Mogiński W., *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1.
- Laszczyński Ł., *Spółka cywilna jako wykonawca*, „Przetargi Publiczne” 2008, nr 1.
- Nazaruk P. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. J. Ciszewski, Warszawa 2014.
- Niepytalski T., *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011.
- Nowicki J. [w:] A. Bazan, J. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2015.
- Olszewska A., Śledziwska M., *Prawo zamówień publicznych w praktyce*, Gdańsk 2004.
- Pelczyński P. [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. S. Babiarz, Warszawa 2013.
- Pyrzyńska A. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. III: *Zobowiązania – część szczególna*, red. A. Kidyba, LEX 2014.
- Rudnicki S., Trzaskowski R. [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część Ogólna*, red. J. Gudowski, Warszawa 2014.
- Stachowiak M. [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2014.
- Stecki L., *Konsorcjum*, Toruń 1994.
- Strzępka J., *Umowa o roboty budowlane* [w:] *System prawa prywatnego*, red. Z. Radwański, t. VII: *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red. J. Rajski, Warszawa 2011.
- Szczurowski T., *Gwarancja wadialna a konsorcjum*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2016, nr 5.
- Świstak R., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2007, nr 3.
- Węgrzynowski Ł., *Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum*, „Przegląd Sądowy” 2016, nr 5.
- Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.

Streszczenie

Celem artykułu jest analiza problematyki konsorcjum w Prawie zamówień publicznych z punktu widzenia solidarności czynnej i bierniej konsorcjantów wobec osób trzecich. Analizie poddano rozmaite koncepcje solidarności znajdujące swoje oparcie w różnych podstawach prawnych, które w mniejszym lub większym zakresie mogą znaleźć zastosowanie w relacjach między uczestnikami konsorcjum a osobami trzecimi (w tym w szczególności zamawiającym i podwykonawcami). Przyjęta metoda badawcza uwzględnia zarówno poglądy doktryny, jak i orzecznictwa i zmierza do wskazania sposobów rozwiązania rozmaitych problemów związanych z odpowiedzialnością za zobowiązania powstałe na gruncie Prawa zamówień publicznych w przypadku wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia. W toku rozważań podejmowana była również próba znalezienia uniwersalnej podstawy solidarności konsorcjantów na gruncie

przepisów niezwiązanych ściśle z instytucją konsorcjum. W związku z ograniczonym zakresem norm kształtujących bezpośrednio solidarność konsorcjantów poszukiwanie podstawy solidarności w innych przepisach prawnych wydaje się być w pełni uzasadnione.

Słowa kluczowe: konsorcjum, prawo zamówień publicznych, solidarność bierna i czynna, gwarancja wadialna, spółka cywilna

CONSORTIUM IN THE PROVISIONS OF THE PUBLIC PROCUREMENT LAW – JOINT AND SEVERAL LIABILITY – IN THE PROCUREMENT PROCEDURE AND PERFORMANCE OF THE CONTRACT

Summary

The main purpose of the article is an analysis of the consortium in the provisions of the public procurement law in terms of joint and several liability. There are many conceptions of the examined issue which are reflected in various legal acts. The method of research is based on both doctrine of law and judicature. The aim is to find problems and provide solutions regarded with liability on the ground of the public procurement law in case of joint venture of the consortium members. In further parts of the study, the attempt to find an universal basis of the joint and several liability of the members of consortium is carried out in terms of provisions that are not associated with the institution of the consortium. Due to the lack of respective legal norms in this matter, seeking the basis of the joint and several liability in various legal acts is fully reasoned.

Keywords: consortium, public procurement law, joint and several liability, bid bond, civil law partnership