STUDIA PRAWNO-EKONOMICZNE, t. XCIV, 2015
PL ISSN 0081-6841 s. 81–93

Karolina MUCHOWSKA-ZWARA*

SPECYFICZNE PROBLEMY PRAWNE I PRAKTYCZNE ZWIĄZANE Z REPREZENTACJĄ KONSORCJUM WOBEC ZAMAWIAJĄCEGO W TOKU REALIZACJI UMOWY W SPRAWIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

(Streszczenie)

Artykuł ten dotyczy szczególnych zasad dotyczących reprezentacji konsorcjum w toku realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy w umowie w sprawie zamówienia zostanie zawarty wymóg ustanowienia przez uczestników konsorcjum pełnomocnika upoważnionego do ich reprezentacji wobec zamawiającego, a ponadto dane tego pełnomocnika zostaną wskazane w tej umowie. W szczególności opracowanie to koncentruje się na zagadnieniu możliwości dokonywania zmian w zakresie tak ustalonej reprezentacji już na etapie wykonywania umowy.

Analiza tej problematyki prowadzi do wniosku, że zmiana w zakresie podmiotu ustanowionego pełnomocnikiem konsorcjum nie stanowi istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, w związku z czym przeszkody do jej przeprowadzenia nie stanowi treść przepisu art. 144 ust. 1 Prawa zamówień publicznych (p.z.p.). Można ją zatem zawsze przeprowadzić na mocy zgodnego porozumienia stron. Należy również uznać, że możliwe jest jednostronne odwołanie takiego pełnomocnictwa z ważnych powodów, uzasadnionych zasługującym na ochronę interesem reprezentowanego czy też związanych z treścią stosunku prawnego, będącego podstawą pełnomocnictwa, nawet w sytuacji braku zgody na taką zmianę ze strony zamawiającego.

W braku takich ważnych powodów należy jednak stwierdzić, że zasada *pacta sunt servanda* ma znaczenie decydujące i skoro wykonawcy zgodzili się na zawarcie w umowie z zamawiającym postanowienia dotyczącego wyznaczenia danego pełnomocnika, który w określonym zakresie ma ich reprezentować, to postanowienie to jest dla nich wiążące. Nie mogą zatem doprowadzić do jego zmiany bez zgody zamawiającego.

Słowa kluczowe: konsorcjum; pełnomocnictwo; reprezentacja; umowa w sprawie zamówienia publicznego

* Dr, radca prawny; e-mail: k.muchowska@kancelaria.eu

Niniejszy artykuł stanowi kontynuację opracowania, w którym zostały opisane wynikające z Prawa zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)[1] oraz Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.) zasady dotyczące udzielania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, czyli najczęściej uczestników określonego konsorcjum, pełnomocnictw do ich reprezentowania wobec zamawiającego na etapie, kiedy postępowanie w sprawie zamówienia jest w toku. Zasady te przestają jednak obowiązywać po zakończeniu tego postępowania i podpisaniu stosownej umowy – jak bowiem stanowi przepis art. 139 ust. 1 p.z.p., do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Żaden natomiast przepis p.z.p. nie odnosi się do zasad reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego po zakończeniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Mogłoby się wydawać, że stosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych reguł k.c. dotyczących pełnomocnictwa nie rodzi większych problemów natury prawnej. Jednak przy wnikliwszym przyjrzeniu się tej tematyce, okazuje się, że wrażenie to jest mylne. Źródło niejasności tkwi zaś w często stosowanym w praktyce rozwiązaniu umownym, zgodnie z którym zamawiający, już przy określaniu wiążących w przyszłości warunków umowy w sprawie zamówienia, wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), nakazują wykonawcom występującym wspólnie upoważnienie jednego podmiotu (zwanego liderem konsorcjum) do reprezentacji wszystkich konsorcjantów, a jego dane zostają następnie wpisane do umowy. W wyniku tego sposób przyszłej reprezentacji konsorcjum zostaje narzucony jego uczestnikom już na etapie składania oferty i staje się elementem treści nie tylko stosunku wewnętrznego łączącego współwykonawców, ale i stosunku zewnętrznego łączącego ich z drugą stroną umowy. Wobec tego niezbędne staje się rozważenie, czy zamawiający jest w ogóle upoważniony do narzucania uczestnikom konsorcjum takiego rozwiązania, a jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby twierdząca, to czy sposób ten można zmienić na etapie realizacji umowy, w tym: czy można odwołać tak udzielone pełnomocnictwo lub się go zrzec.

W wyniku analizy pierwszego z przedstawionych zagadnień należy dojść do wniosku, że stawiany przez zamawiającego wymóg wyłonienia lidera konsorcjum, ujawniony już w SIWZ (powinna ona wskazywać istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy, ogólne warunki albo wręcz wzór umowy – art. 36 ust. 1 pkt 16 p.z.p.), należy uznać za dopuszczalny. Trudno by było bowiem zasadnie przedstawić takiemu wymogowi zarzut,

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.

że narusza on dozwolone granice zasady swobody umów (art. 353[1] k.c.), tj. że sprzeciwia się on właściwości (naturze) stosunku, ustawie albo zasadom współżycia społecznego. Wręcz przeciwnie, wydaje się on naturalną konsekwencją tego, iż przepisy p.z.p. starają się w jak najwyższym stopniu zrównać sytuacje, w których po stronie wykonawcy występuje podmiot pojedynczy, z przypadkami gdy jest to podmiot zbiorowy. Wobec tego, zgodność wymogu wskazywania lidera konsorcjum z właściwością stosunków regulowanych przez p.z.p. oraz zasadami współżycia społecznego nie powinna co do zasady budzić wątpliwości (rozważanie zgodności z ustawą jest w tym przypadku bezprzedmiotowe, jako że żaden przepis ustawy do kwestii tej się nie odnosi).

Nie wydaje się również, aby taki wymóg mógł zostać skutecznie zakwestionowany w oparciu o przepisy art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 p.z.p., tj. jako naruszający zasady uczciwej konkurencji. Nie wprowadza on bowiem wobec współwykonawców jakichś nadmiernych uciążliwości i nie utrudnia sporządzenia rzetelnej oferty.

W związku z powyższym, aktualizuje się konieczność rozważenia, czy możliwe jest wprowadzenie w zakresie tak ustalonej reprezentacji zmian już na etapie wykonywania umowy. Waga powyższego pytania wynika przede wszystkim z treści przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p., zgodnie z którym zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ oraz określił warunki takiej zmiany. Ustęp 2 powyższego artykułu precyzuje, że zmiana umowy dokonana z naruszeniem ust. 1 podlega unieważnieniu. W związku z tym, dopuszczalność każdej planowanej zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego należy ocenić pod kątem ewentualnego naruszenia przepisu art. 144 p.z.p.

Powyższy przepis posługuje się pojęciem „istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty", które nie zostało zdefiniowane w p.z.p. Konieczne jest zatem przeprowadzenie jego wykładni. Wskazówki, jakimi zasadami należy się przy tym kierować, przedstawione zostały w bardzo przystępny sposób w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 24 kwietnia 2004 roku w sprawie C-496/99 *Succi di Frutta*[2] oraz w wyroku TS z dnia 19 czerwca 2008 roku w sprawie C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*[3].

---

[2] Wyrok TS z dnia 24 kwietnia 2004 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, opublikowany w ECR 2004, nr 4A, s. I–03801.

[3] Wyrok TS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE*

Zgodnie z nimi, dopuszczalne zmiany nieistotne rozumieć należy w ten sposób, że wiedza o ich wprowadzeniu do umowy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania[4]. *A contrario*, zmiana zamówienia publicznego w czasie jego trwania może zostać uznana za istotną, jeżeli wprowadza ona warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnej procedury udzielania zamówień, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu lub umożliwiłyby dopuszczenie innej oferty niż ta, która została pierwotnie dopuszczona. Podobnie, zmiana zamówienia może zostać uznana za istotną, jeśli modyfikuje ona równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób nieprzewidziany w warunkach pierwotnego zamówienia[5].

Powyższy sposób interpretacji pojęcia istotnych i nieistotnych zmian umowy, zaczerpnięty z orzecznictwa TS, wydaje się racjonalny, a przy tym stosunkowo łatwy do zastosowania w praktyce, stąd coraz częściej powołują się na niego komentatorzy oraz Urząd Zamówień Publicznych[6]. Przyjmując go zatem za prawidłowy, należy uznać, że zmiana w zakresie podmiotu ustanowionego pełnomocnikiem konsorcjum nie stanowi istotnej zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, bowiem wiedza o możliwości takiej zmiany na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie mogłaby wpłynąć na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie czy też na wynik postępowania, nie umożliwiłaby dopuszczenia innych oferentów niż ci, którzy brali udział w postępowaniu, a także nie umożliwiłaby dopuszczenia innej oferty niż ta, która

AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, opublikowany w ECR 2008, s. I–4401.

Na oba te orzeczenia powołuje się Prezes Rady Ministrów w skierowanym do Sejmu RP uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji p.z.p., w zakresie zmiany przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p. na brzmienie obecnie obowiązujące – Druk sejmowy nr 2154 z dnia 29 czerwca 2009 r.

[4] Druk sejmowy nr 2154 z dnia 29 czerwca 2009 r., s. 6 uzasadnienia.

[5] Tak TS w wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 w sprawie *Pressetext Nachrichtenagentur.*

[6] Por. np. **P. Pełczyński** [w:] **S. Babiarz**, **Z. Czarnik**, **P. Janda**, **P. Pełczyński**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2011, s. 623, **J. Pieróg**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 464, **J.E. Nowicki**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 849 i n., **Urząd Zamówień Publicznych**, opinia pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)***,** http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/publish.aspx?PD;1555#; stan na dzień 1.03.2015 r. Szeroko na temat zmian postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego również **A. Fermus-Bobowiec,** *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 2, dodatek naukowy do: Radca Prawny 2012/132.

została pierwotnie dopuszczona. Jakiekolwiek przymioty pełnomocnika pozostają bowiem neutralne z punktu widzenia treści oferty oraz wykonania przedmiotu zamówienia przez samych wykonawców – jego wyznaczenie, podobnie jak na etapie prowadzenia postępowania w sprawie zamówienia publicznego, ma wartość wyłącznie w aspekcie uporządkowania oraz usprawnienia komunikacji pomiędzy zamawiającym a kilkoma podmiotami wspólnie wykonującymi zawartą z nim umowę[7]. A zatem, dokonana na mocy zgodnego porozumienia stron zmiana umowy w zakresie reprezentacji uczestników konsorcjum wobec zamawiającego powinna zostać uznana za nieistotną w stosunku do treści oferty i – w konsekwencji – za dopuszczalną w świetle przepisu art. 144 ust. 1 p.z.p.

W następnej kolejności należy rozstrzygnąć wątpliwość, czy zmiana w zakresie reprezentacji konsorcjum może nastąpić również w wyniku odwołania pełnomocnictwa przez jednego lub kilku reprezentowanych konsorcjantów, bez konieczności uzyskiwania w tym zakresie zgody pozostałych, dotychczasowego pełnomocnika czy też zamawiającego. Zgodnie z przepisem art. 101 § 1 k.c., pełnomocnictwo może być w każdym czasie odwołane, chyba że mocodawca zrzekł się jego odwołania z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Zasadą jest zatem możliwość odwołania pełnomocnictwa przez mocodawcę w każdym czasie, jej ograniczenie może zaś nastąpić wyłącznie wówczas, gdy mocodawca zrzeknie się swego prawa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Jednocześnie jednak, jeżeli podmiot będący pełnomocnikiem konsorcjantów został wskazany w umowie z zamawiającym, jego odwołanie stanowiłoby zmianę umowy w sprawie zamówienia publicznego, a do takiej zmiany wymagane jest współdziałanie stron. Wyjaśnienia wymaga więc po pierwsze, czy szczególny

[7] Należy jednak zaznaczyć, że możliwe jest również zastosowanie innych metod ustalania, jakie zmiany w treści umowy w stosunku do treści oferty należy uznawać za istotne, co prowadzić może do odmiennych wniosków odnośnie do charakteru zmian dotyczących udzielonego pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawców występujących wspólnie. Jedna z nich opiera się na teorii, że decyzję o tym, czy zmiana ma charakter istotny, podejmuje każdorazowo zamawiający, biorąc pod uwagę wszystkie aspekty i okoliczności związane z zawartą i realizowaną umową (opowiadał się za nią np. **J. Pieróg** w poprzednim wydaniu *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 443). Nie można zatem wykluczyć, że w konkretnym przypadku dany zamawiający twierdziłby, że elementy porządkowe, takie jak wskazanie podmiotu upoważnionego do reprezentowania wszystkich wykonawców, stanowią tzw. *accidentalia negotii*, czyli elementy podmiotowo istotne, w związku z czym ich zmiana stanowiłaby istotną zmianę umowy w stosunku do treści oferty (szerzej na temat elementów umowy np. **A. Wolter**, **J. Ignatowicz**, **K. Stefaniuk**, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 2001, s. 322).

stosunek prawny, będący podstawą udzielenia pełnomocnictwa przez konsorcjantów, może stanowić uzasadnioną podstawę zrzeczenia się przez nich prawa do odwołania tego pełnomocnictwa, a po drugie – czy jednostronne odwołanie pełnomocnika jest dopuszczalne w sytuacji, gdy został on wprost wskazany w umowie z zamawiającym.

Kwestia warunków skutecznego udzielenia nieodwołalnego pełnomocnictwa była wielokrotnie rozważana przez Sąd Najwyższy. Analiza orzecznictwa w tym zakresie prowadzi do wniosku, że za zasadę w tym zakresie SN przyjął, iż o ile samo pełnomocnictwo jest niezależne od będącego jego podstawą stosunku podstawowego, o tyle pełnomocnictwo nieodwołalne jest w szczególny sposób związane z losami tego stosunku. Przy ocenie istnienia i doniosłości przyczyn zrzeczenia się przez mocodawcę odwołania pełnomocnictwa trzeba zatem zachować daleko idącą ostrożność, z uwagi na zagrożenie interesów mocodawcy. Dlatego też uzasadnione przyczyny, o których mowa w art. 101 § 1 k.c., mogą występować w wyjątkowych sytuacjach – musi istnieć odpowiedni stosunek prawny, będący podstawą pełnomocnictwa, który uzasadnia takie zastrzeżenie[8]. Ponadto SN stwierdził, że zastrzeżenie nieodwołalności pełnomocnictwa nie obejmuje odwołania pełnomocnictwa z ważnych powodów[9]. Za taką wykładnią przepisu art. 101 § 1 k.c. przemawia, jego zdaniem, m.in. to, iż udzielenie pełnomocnictwa zakłada wzajemne zaufanie pełnomocnika i osoby, w imieniu której on działa, i właśnie wzgląd na znaczenie tego zaufania przesądza, że zasadą jest odwołalność pełnomocnictwa, uskuteczniana przez każde zachowanie reprezentowanego, które ujawnia jego zamiar w sposób dostateczny (art. 60 k.c.). Uregulowanie zawarte w końcowej części art. 101 § 1 k.c. jest, zdaniem SN, wyrazem kompromisu między godnymi ochrony interesami reprezentowanego, uzasadniającymi każdoczesną odwołalność pełnomocnictwa, a godnymi ochrony interesami pełnomocnika, przemawiającymi za dopuszczeniem w niektórych sytuacjach wyjątku od zasady odwołalności. Wykluczenie, z powołaniem się na zastrzeżoną nieodwołalność, możliwości odwołania pełnomocnictwa z ważnych powodów, uzasadnionych interesem reprezentowanego, naruszałoby to kompromisowe rozwiązanie, zasadą bowiem w stosunkach cywilnoprawnych opartych

[8] Tak wyrok SN z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. II CKN 832/97, opubl. w OSNC 1999/3/50, Biuletyn SN 1999/1/9, podobnie wyrok SN z 11 stycznia 2011 r., sygn. V CSK 223/10, opubl. w LEX nr 688710.

[9] Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. I CSK 362/07, opubl. w OSNC 2009/3/46, OSP 2009/7-8/89, Biuletyn SN 2008/6/14, M. Prawn. 2008/24/1327–1329.

na zaufaniu jest możliwość zakończenia takiego stosunku przez stronę z ważnych powodów, a więc nawet przed ustalonym terminem jego trwania[10].

Powyższe poglądy SN oraz treść przepisu art. 101 § 1 k.c. prowadzą do generalnego wniosku, że – co do zasady – w przypadku, kiedy mocodawca udzielający pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum nie zrzekł się odwołania tego pełnomocnictwa z przyczyn uzasadnionych treścią stosunku prawnego będącego jego podstawą, w stosunkach wewnętrznych takie pełnomocnictwo może być teoretycznie w każdym czasie odwołane, bez konieczności uzyskiwania w tym zakresie zgody pozostałych konsorcjantów, dotychczasowego pełnomocnika czy też zamawiającego. Jeżeli natomiast udzielone pełnomocnictwo zawiera takie zrzeczenie, wówczas skuteczność tego zastrzeżenia zależy od oceny, czy w danym przypadku jest ono uzasadnione treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa. Kierując się wskazanymi powyżej poglądami SN oraz faktem, iż celem udzielania pełnomocnictwa do reprezentacji konsorcjum są przede wszystkim względy porządkowe na korzyść zamawiającego, wydaje się, iż – co do zasady – treść stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa nie uzasadnia zrzeczenia się przez mocodawcę jego odwołania; choć nie można wykluczyć, że w konkretnych okolicznościach należałoby uznać skuteczność takiego zrzeczenia. Nawet jednak wówczas możliwe byłoby jednostronne odwołanie takiego pełnomocnictwa z ważnych powodów, uzasadnionych interesem reprezentowanego czy też związanych z treścią stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

Z drugiej strony należy podkreślić, że powyżej przytoczone poglądy SN dotyczą wprost wyłącznie relacji mocodawca – pełnomocnik. Problem szczególny, dotyczący umów w sprawie zamówień publicznych, w których po stronie wykonawcy występują konsorcja, polega zaś na tym, że zasady reprezentacji tych ostatnich zostają często wskazane w umowach z zamawiającym, stają się więc również częścią umowy w sprawie zamówienia. Nawet zatem, jeżeli w danym przypadku mocodawca nie zrzekł się odwołania pełnomocnictwa wobec pełnomocnika, wobec czego w świetle przepisu art. 101 § 1 k.c. teoretycznie mógłby z tego prawa w każdym czasie skorzystać, rozstrzygnięcia wymaga, czy może to uczynić w drodze jednostronnej czynności, czy też wymagana jest do takiej zmiany zgoda zamawiającego.

Powyższy problem jest trudny do jednoznacznego rozstrzygnięcia. Z formalnego punktu widzenia sprowadza się on bowiem do konfliktu zasady odwołalności

[10] Krytycznie wobec tych poglądów SN wypowiada się **M. Smyk** w rozprawie doktorskiej *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010 – LEX nr 109199.

pełnomocnictwa, wyrażonej w treści przepisu art. 101 § 1 k.c. oraz zasady *pacta sunt servanda*. Należy jednak podkreślić różną wagę dóbr aktualnie chronionych przez wskazane zasady – z jednej strony jest to wzgląd na ochronę istotnych interesów reprezentowanego, na przykład w sytuacji gdy pełnomocnik działa na jego szkodę, z drugiej zaś – ochrona „technicznych" przywilejów zamawiającego, dotyczących głównie wygody jego kontaktów z wykonawcą (nie zaś sposobu spełnienia głównego świadczenia – wykonania zamówienia publicznego). W praktyce konflikt ten może objawić się na przykład w sytuacji, gdy wskazany w umowie pełnomocnik nie wykonuje prawidłowo swoich obowiązków wobec jednego czy wielu konsorcjantów (np. nie przykazuje im istotnych informacji od zamawiającego czy też przeznaczonej dla nich części wynagrodzenia uiszczonego przez zamawiającego na ręce pełnomocnika), ale zamawiający nie wyraża zgody na jego zmianę. Czy w takiej sytuacji reprezentowani przez nieuczciwego pełnomocnika konsorcjanci muszą znosić sytuację ewidentnie dla nich szkodliwą, czy też powinni mieć możliwość ją zakończyć? Przy czym podkreślić należy, że chodzi tu wyłącznie o kwestie dotyczące reprezentacji wobec zamawiającego, nie zaś wykonania przedmiotu umowy.

Wydaje się, że pomocą przy rozstrzygnięciu powyższego konfliktu może służyć przepis art. 354 k.c., zgodnie z którym (§ 1) dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią i w sposób odpowiadający jego celowi społeczno-gospodarczemu oraz zasadom współżycia społecznego, a jeżeli istnieją w tym zakresie ustalone zwyczaje – także w sposób odpowiadający tym zwyczajom i (§ 2) w taki sam sposób powinien współdziałać przy wykonaniu zobowiązania wierzyciel. Przepis ten oznacza m.in., że to nie wyłącznie wyrażona wprost treść zobowiązania wyznacza sposób jego wykonania, ale także społeczno-gospodarczy cel tego zobowiązania i zasady współżycia społecznego. Wydaje się zaś, że w sytuacji gdyby dosłowne wykonanie danego zobowiązania (czyli w omawianym przypadku – znoszenie przez wykonawców nieprawidłowych zachowań wskazanego w umowie pełnomocnika) mogło prowadzić do trudności w realizacji głównego przedmiotu umowy, to te dwa ostatnie czynniki przemawiają za możliwością, a wręcz koniecznością podjęcia przez dłużnika (tu: konsorcjanta) kroków zmierzających do przerwania takiej sytuacji – w interesie własnym oraz wierzyciela. Jednocześnie omawiany przepis nakazuje wierzycielowi współdziałanie z dłużnikiem z poszanowaniem społeczno-gospodarczego celu danego zobowiązania i odpowiednich zasad współżycia społecznego. Jak przy tym podkreśla się w doktrynie prawa, ciążący na wierzycielu obowiązek współdziałania z dłużnikiem powinien być rozumiany szerzej, nie tylko jako powinność czynnego współuczestniczenia przy wykonaniu zobowiązania, ale

również jako obowiązek lojalności wobec kontrahenta, czyli powstrzymania się od wszystkiego, co byłoby przejawem naruszenia zasad uczciwości i słuszności we wzajemnych relacjach[11]. Obowiązek ten może być co do sposobu bliżej nieokreślony w treści zobowiązania lub w normie szczegółowej i w wypadku takim, stosownie do przepisu § 2 art. 354 k.c., obowiązują zasady § 1 i na ich podstawie należy oznaczyć właściwy sposób współdziałania. Ponadto, nawet jeżeli według treści zobowiązania spełnienie świadczenia nie wymaga współdziałania wierzyciela, nie zwalnia go to od obowiązku lojalności i nieczynienia czegokolwiek, co mogłoby utrudnić lub udaremnić wykonanie zobowiązania przez dłużnika[12].

W świetle powyższych zasad uzasadnione jest stwierdzenie, iż bezwarunkowe trzymanie się przez zamawiającego treści podpisanej umowy i niewyrażanie przez niego zgody na zmianę czy też odwołanie pełnomocnika w sytuacji, gdy podmiot ten narusza interesy swojego (co najmniej jednego) mocodawcy, byłoby sprzeczne z dyspozycją przepisu art. 354 § 2 k.c. Takie działanie należałoby bowiem uznać za sprzeczne z zasadami współżycia społecznego – interes zamawiającego, mający wymiar przede wszystkim na poziomie jego wygody, nie stanowi wystarczającej przeciwwagi dla istotnego interesu wykonawcy w obronie przed podejmowaniem przez pełnomocnika działań na jego niekorzyść. Wobec tego, takiego zachowania zamawiającego nie można by było uznać za uprawnione i zasługujące na ochronę, a wobec tego skutkujące możliwością skutecznego zablokowania wykonawcy (wykonawcom) zmiany czy też odwołania danego pełnomocnika. Należałoby się zatem opowiedzieć za możliwością dokonania w tym zakresie zmiany jednostronnie przez wykonawcę, nawet przy braku zgody na tę czynność ze strony zamawiającego.

Powyższy wniosek dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy za zmianą czy też odwołaniem danego pełnomocnika przemawiają ważne powody, uzasadnione zasługującym na ochronę interesem jego mocodawcy (mocodawców). Gdyby bowiem takie względy w danym przypadku nie występowały, należałoby uznać, że zasada *pacta sunt servanda* ma znaczenie decydujące i skoro wykonawcy zgodzili się na zawarcie w umowie z zamawiającym postanowienia dotyczącego wyznaczenia danego pełnomocnika, który w określonym zakresie ma ich reprezentować, to postanowienie to jest dla nich wiążące, niezależnie od treści przepisu art. 101 § k.c.

---

[11] Tak **M. Safjan** [w:] **K. Pietrzykowski** (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 676.

[12] Tak **F. Błahuta** [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 2, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972, s. 849.

Pozostaje jeszcze do omówienia kwestia możliwości zrzeczenia się przez dotychczasowego pełnomocnika udzielonego mu umocowania. Pomimo bowiem iż k.c. tego problemu nie reguluje, powszechnie uważa się, że pełnomocnik może w drodze jednostronnej czynności prawnej, której treścią jest oświadczenie woli zmierzające do wywołania skutku prawnego w postaci ustania stosunku pełnomocnictwa, doprowadzić do wygaśnięcia pełnomocnictwa[13]. Niektórzy przedstawiciele doktryny prawa wskazują jednak na ograniczenia powyższej zasady w przypadkach, gdy pełnomocnik jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do działania w imieniu mocodawcy, co wynika ze stosunku prawnego będącego podstawą umocowania. Wówczas nie może on już przez jednostronne oświadczenie woli (zrzeczenie się) zwolnić się od tego obowiązku – takie oświadczenie nie odnosi skutku prawnego i nie wywołuje wygaśnięcia zobowiązania[14]. Granicą słuszności zrzeczenia się umocowania powinien być bowiem w takich przypadkach słuszny interes mocodawcy. Wobec tego, zdaniem propagatorów powyższego poglądu, droga do wygaśnięcia pełnomocnictwa związanego otwiera się nie z chwilą zrzeczenia się umocowania, lecz dopiero z momentem ustania stosunku podstawowego (np. wypowiedzenia umowy zlecenia – art. 746 § 2 k.c.)[15].[16]

---

[13] Por. np. **W. Czachórski**, **S. Grzybowski** (red.), *System prawa cywilnego*, t. I, Część ogólna, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa 1985, s. 787; **A. Kawałko**, **H. Witczak**, *Prawo cywilne*, C.H. Beck, Warszawa 2008, s. 194. Niektórzy przedstawiciele doktryny, uzasadniając swoje stanowisko w kwestii możliwości jednostronnego zrzeczenia się umocowania, powołują się na zasadę, że nikt nie powinien być mocą cudzej decyzji uwikłany w stosunek prawny wbrew własnej woli, nawet wtedy, gdy nie wynikają stąd dla niego żadne obowiązki – tak np. **Z Radwański**, *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 332.

[14] Tak w szczególności **M. Piekarski** [w:] *Kodeks cywilny, Komentarz*, t. 1, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972, s. 244, też **M. Pazdan** [w:] **K. Pietrzykowski** (red.), *Kodeks cywilny*…, s. 292 i **idem** [w:] **Z. Radwański** (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2008, s. 532.

[15] Tak **A. Szpunar**, *Stanowisko prawne pełnomocnika*, Przegląd Notarialny 1948/1–2, s. 60.

[16] Częściowo krytyczny wobec takiego poglądu jest **M. Smyk** (*Pełnomocnictwo*...), którego zdaniem ujęcia powyższe idą zbyt daleko, ponieważ prowadzą do nadmiernego ograniczenia pełnomocnika w możności decydowania o jego własnej sferze prawnej, tj. o tym, czy chce, czy nie chce być umocowany. Nie odpowiadają one również zasadzie samoistności stosunku pełnomocnictwa. Wystarczającą ochronę dla mocodawcy wydaje się zapewniać art. 58 k.c., z którego wynika, że nieważne jest zrzeczenie się umocowania sprzeczne z ustawą, zasadami współżycia społecznego lub mające na celu obejście ustawy. Zdaniem tego autora, zgodzić się natomiast należy z poglądem, że zrzeczenie się umocowania nie zwalnia pełnomocnika z wykonania obowiązków wynikających ze stosunku podstawowego. Niemożność dopełnienia tych obowiązków z powodu braku umocowania może spowodować odpowiedzialność odszkodowawczą pełnomocnika, jak również wywołać dlań inne niekorzystne skutki prawne.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt kontraktów w sprawie zamówień publicznych, należy stwierdzić, że w ich przypadku umocowanie danego podmiotu do działania w imieniu uczestników konsorcjum wynika zawsze ze stosunku podstawowego. Dodatkowo, w razie określenia zasad reprezentacji i wskazania osoby pełnomocnika w umowie z zamawiającym, elementy stosunku podstawowego stają się również elementami stosunku zewnętrznego, łączącego konsorcjantów z zamawiającym. Należy zatem uznać, że pełnomocnik jest tu ograniczony w możliwości jednostronnego zrzeczenia się udzielonego mu umocowania i w celu zwolnienia się od przyjętych w jego ramach obowiązków musi doprowadzić do ustania stosunku podstawowego. Sposób doprowadzenia do tego celu zależy natomiast zarówno od rodzaju relacji łączącej pełnomocnika z jego mocodawcą oraz zamawiającym, jak i od przyczyn, dla których pełnomocnik pragnie zrezygnować z udzielonego mu umocowania. Wydaje się przy tym, że przedstawione powyżej rozważania, dotyczące możliwości odwołania pełnomocnictwa z ważnych powodów, powinny tu znaleźć odpowiednie zastosowanie.

Bibliografia

Dokumenty:

Druk sejmowy nr 2154 z dnia 29 czerwca 2009 r.

Akty prawne:

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 121.

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.

Opracowania:

Babiarz S., **Czarnik Z.**, **Janda P.**, **Pełczyński P.**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2011.

Fermus-Bobowiec A., *Umowa w sprawie zamówienia publicznego jako szczególna umowa cywilnoprawna*, cz. 2, dodatek naukowy do: Radca Prawny 2012/132, s. 6–10.

Kawałko A., **Witczak H.**, *Prawo cywilne*, C.H. Beck, Warszawa 2008.

Kodeks cywilny. Komentarz, t. 1–2, Wyd. Prawnicze, Warszawa 1972.

Nowicki J.E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.

Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2013.

Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. 1–2, C.H. Beck, Warszawa 2002.

Radwański Z., *Prawo cywilne – część ogólna*, C.H. Beck, Warszawa 2007.

Smyk M., *Pełnomocnictwo według kodeksu cywilnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.

Czachórski W., **Grzybowski S.** (red.), *System prawa cywilnego*, t. I, Część ogólna, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Warszawa 1985.

Radwański Z. (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna*, t. 2, Warszawa 2008.

Szpunar A., *Stanowisko prawne pełnomocnika*, Przegląd Notarialny 1948/1–2, s. 51–76.

Urząd Zamówień Publicznych, opinia pt. *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z ustawową zmianą stawki podatku od towarów i usług (VAT)***,** http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/publish.aspx?PD;1555#; stan na dzień 1.03.2015 r**.**

Wolter A., **Ignatowicz J.**, **Stefaniuk K**., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 2001.

Orzeczenia sądów:

Wyrok TS z dnia 24 kwietnia 2004 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich v. CAS Succhi di Frutta SpA*, opublikowany w ECR 2004, nr 4A, s. I–03801.

Wyrok TS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republika Austrii (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH, APA AUSTRIA PRESSE AGENTUR registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, opublikowany w ECR2008, s. I–4401.

Wyrok SN z dnia 15 lipca 1998 r., sygn. II CKN 832/97, opubl. w OSNC 1999/3/50, Biuletyn SN 1999/1/9.

Wyrok SN z 11 stycznia 2011 r., sygn. V CSK 223/10, opubl. w LEX nr 688710.

Wyrok SN z dnia 24 stycznia 2008 r., sygn. I CSK 362/07, opubl. w OSNC 2009/3/46, OSP 2009/7-8/89, Biuletyn SN 2008/6/14, M. Prawn. 2008/24/1327–1329.

Karolina MUCHOWSKA-ZWARA

THE SPECIFIC LEGAL AND PRACTICAL ISSUES RELATED TO A REPRESENTATION OF A CONSORTIUM TO THE CONTRACTING AUTHORITY DURING THE IMPLEMENTATION OF THE AGREEMENT ON PUBLIC PROCUREMENT

(Summary)

This article concerns the special principles regarding the representation of the consortium during the implementation of the public procurement when an agreement on public procurement contains the requirement for consortium members to appoint an attorney-in-fact authorized to represent them to the contracting authority, and moreover data of this attorney-in-fact are specified in this agreement. This study focuses, in particular, on the issue of the possibility of making changes in the scope of representation determined in such way at the stage of execution of the agreement. The analysis of the issue leads to the conclusion that a change of the entity appointed by the consortium as the attorney-in-fact does not constitute a significant amendment of the provisions of the concluded agreement in relation to the content of the tender, and therefore the content of art. 144(1) of the Public Procurement Law (PPL) is not an obstacle to execute the change. Therefore, it always may be carried out under mutual agreement of the parties. It may be recognized it is

possible to unilaterally revoke such power of attorney for important reasons, justified with protection deserving interest of the represented person or related to the content of the legal relationship being the basis of power of attorney, even in the event of an absence of consent to such change from contracting authority. In the absence of important reasons it should however be stated, that the *pacta sunt servanda* principle holds a decisive value and if the economic operators agreed to conclude with the contracting authority the contract which contains provisions concerning the appointment of a given attorney-in-fact, who is going to represent them within the specified range, then this provision binds them. Thus, they cannot bring about the change without the consent of contracting authority.

Keywords: consortium; power of attorney; representation; agreement on public procurement