

Odpowiedzialność wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie publiczne z tytułu umowy konsorcjalnej

Wprowadzenie

Ustawodawca umożliwił wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 23 Prawa zamówień publicznych (dalej: p.z.p.)¹, a jedną z wykorzystywanych przez nich form jest scentralizowane konsorcjum z wyeksponowaną rolą lidera. Umowa konsorcjalna to umowa nienazwana, zobowiązująca do wspólnego działania dla osiągnięcia założonego celu, ukształtowana na płaszczyźnie praktycznej, przy czym wspólnym celem w systemie zamówień publicznych jest złożenie oferty wspólnej, a następnie wspólne zrealizowanie umowy. Kwestia odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się i wykonujących zamówienie publiczne z tytułu naruszenia umowy konsorcjalnej nie była dotąd szczegółowo analizowana w piśmiennictwie². W doktrynie zajmowano się głównie relacjami między konsorcjum i zamawiają-

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

² Zob. L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997. Autor nie zajmował się jednak konsorcjami w systemie zamówień publicznych.

cym, pomijano zaś zazwyczaj stosunki wewnętrzne między konsorcjantami³.

Pierwszym celem opracowania jest wykazanie, że sytuacja prawna konsorcjanta ubiegającego się wspólnie z innymi osobami o udzielenie zamówienia publicznego jest niekorzystna z powodu ograniczonych instrumentów redukcji ryzyka z tytułu odpowiedzialności za uchybienia spowodowane przez inne podmioty. Drugim celem jest identyfikacja klauzul umownych, które pozwoliłyby choć w pewnym stopniu przywrócić równowagę pozycji konsorcjantów wobec siebie i wobec zamawiającego. Przedmiotem rozważań będzie przede wszystkim model jawnego konsorcjum scentralizowanego.

W strukturze konsorcjalnej pojawia się problem udziału w korzyściach majątkowych i stratach, zwłaszcza przy braku odpowiednich postanowień umownych. Konieczne jest zatem ustalenie, czy udział ten można opierać na wielkości partycypacji konsorcjanta w przedsięwzięciu. Odrębną kwestią jest odpowiedzialność wykonawców na zewnątrz i wewnątrz konsorcjum. Wydaje się, że problem analogicznego stosowania do konsorcjum art. 864 k.c.⁴ nie będzie miał dużego znaczenia przy zamówieniach publicznych, skoro konsorcjanci ponoszą wobec zamawiającego odpowiedzialność solidarną za wykonanie i zabezpieczenie wykonania umowy na podstawie art. 141 p.z.p. Podkreślenia wymaga to, że konsorcjant odpowiada na zewnątrz do pełnej wysokości szkody całym swoim majątkiem. Należy jednak zastanowić się, czy odpowiedzialność ta dotyczy też etapu przed zawarciem umowy, czy są podstawy do przyjęcia solidarności czynnej konsorcjantów co do wynagrodzenia od zamawiającego oraz skoro konsorcjant zawierający umowę z podwykonawcą i zamawiający ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez pod-

³ M. Kalina-Nowaczyk, *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego*, [w:] A. Śmieja (red.), *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” nr 203, Wrocław 2011; A. Mucha, *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2013, nr 13.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2014 r., poz. 121 ze zm.).

wykonawcę na podstawie art. 647¹ § 5 Kodeksu cywilnego (dalej: k.c.), to czy niewypłacenie podwykonawcy wynagrodzenia przez konsorcjanta stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne i powoduje solidarną odpowiedzialność kontraktową. Pojawia się również pytanie, czy wystąpią roszczenia regresowe na płaszczyźnie wewnętrznej jako efekt istnienia ewentualnego stosunku zlecenia między konsorcjantami a liderem.

Większa część artykułu poświęcona jest badaniu wpływu odpowiedzialności solidarnej wykonawców wobec zamawiającego na stosunki wewnątrzkonsorcjalne. Oczywiście jest, że każdy konsorcjant ponosi ryzyko uchybień zawinionych przez innego konsorcjanta. Należy zatem sprawdzić, czy konsorcjantowi przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania od uczestnika odpowiedzialnego za szkodę oraz jak potraktować sytuację, gdy odpowiedzialność nie będzie mogła być wyraźnie przypisana konkretnej stronie lub przypisze się ją wszystkim konsorcjantom. Rozważenia wymaga także to, czy możliwe i celowe jest wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności w stosunkach wewnętrznych między konsorcjantami oraz przyznanie liderowi uprawnień do nadzoru sposobu wykonania umowy przez partnerów i przejęcia realizacji części zamówienia lub powierzenia jej innym konsorcjantom w sytuacjach szczególnych. W celu ochrony przed skutkami braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez innego konsorcjanta proponuje się ustanowienie kar umownych za naruszenie przez niego ustalonych zasad nawiązywania stosunków z podwykonawcami i zabezpieczenia ich zapłaty np. wekslem, poręczeniem czy oświadczeniem o poddaniu się egzekucji. Zbadać należy też możliwość wykorzystania instytucji przekazu do rozliczeń między partnerami angażującymi podwykonawców.

Pojęcie „konsorcjum” i „umowy konsorcjalnej”

Pojęcie „konsorcjum” nie zostało zdefiniowane w polskim prawie, chociaż występuje w niektórych ustawach⁵. W literaturze

⁵ Na przykład w art. 2 pkt 3 i art. 24 ustawy z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym

definiuje się je jako twór powołany w drodze umowy konsorcjalnej przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą (określane zazwyczaj jako: konsorcjanci, uczestnicy lub partnerzy), które zobowiązują się wspólnie dążyć do osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego⁶. Znaczenie prawno-ekonomiczne tej konstrukcji polega na koncentracji kapitału umożliwiającej podejmowanie przedsięwzięć związanych z ogromnymi nakładami pieniężnymi lub rzeczowymi oraz na połączeniu doświadczeń uczestników w dziedzinie organizacji, kierownictwa, wykonawstwa czy udostępnienia potencjału intelektualnego (*know-how*, patenty). Klasyczne konsorcjum miało także służyć odpowiedniej repartycji ryzyk związanych z podejmowaniem zadań gospodarczych o dużej skali⁷. Konsorcjum nie musi mieć określonej struktury organizacyjnej (organów) ani być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników, nie podlega też obowiązkowi rejestrowemu⁸.

W nawiązaniu do definicji konsorcjum, należy uznać, że umowa konsorcjalna jest szczególnym rodzajem umowy *joint venture* zobowiązującej do wspólnego działania dla osiągnięcia założonego celu na zasadzie wspólnego ponoszenia korzyści i ryzyka, której przedmiotem jest konkretne przedsięwzięcie gospodarcze, np. wybudowanie obiektu budowlanego. Stosunek konsorcjalny polega nie tyle na wymianie wzajemnych świadczeń i koordynacji działań uczestników, ile na wspólnym udziale w korzyściach majątkowych i stratach oraz nie ma stałego charakteru (co nie oznacza tymczasowości współpracy)⁹. Umowa konsorcjalna to wielostronna obligacyjna

znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.U. z 2014 r., poz. 932), w art. 73 § 1 (konsorcjum bankowe) ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 1376), w art. 2 pkt 12 (konsorcjum naukowe) ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz.U. Nr 96, poz. 615 ze zm.).

⁶ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 25, 49–53; wyrok SO w Olsztynie z dnia 20 lutego 2007 r., IX Ca 50/2007, LexPolonica nr 1886592.

⁷ L. Stecki, op. cit., s. 20–22.

⁸ Ibidem, s. 30, 41, 79–84.

⁹ S. Włodyka, M. Spyra, *Umowy i porozumienia o współpracę przedsiębiorców (umowy kooperacyjne)*, [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 5: *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2014, s. 713.

umowa nienazwana (*contractus innominatus*) dopuszczalna na zasadzie swobody umów z art. 353¹ k.c., która wykształciła się na płaszczyźnie praktycznej. Niektórzy autorzy kwalifikują umowę konsorcjalną jako szczególnego rodzaju umowę ramową wymagającą umów wykonawczych¹⁰. Taka kwalifikacja nie ma jednak zastosowania do umowy konsorcjalnej w znaczeniu powszechnie przyjmowanym w systemie zamówień publicznych. Trudno natomiast zgodzić się ze stanowiskiem, że konsorcjum to podtyp spółki cywilnej¹¹. Przemawia za tym chociażby brak wyodrębnienia własnego majątku konsorcjum powstałego z wkładów jego uczestników.

Chociaż ustawa Prawo zamówień publicznych nie posługuje się pojęciem „konsorcjum” czy „umowy konsorcjalnej”, to ustawodawca, mając na względzie zapewnienie niedyskryminującego dostępu wykonawców do zamówień publicznych, umożliwił wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia na mocy art. 23 p.z.p. Jednym z celów tej regulacji jest dynamizacja rynku zamówień publicznych poprzez dopuszczenie do niego także małych i średnich przedsiębiorców niezdolnych do samodzielnej realizacji dużych inwestycji. Ustawa nie narzuca żadnych form czy sposobów składania oferty wspólnej, dlatego wykonawcy mogą skorzystać z formy konsorcjum lub utworzyć spółkę cywilną uregulowaną w art. 860-875 k.c. Zauważa się wzrost zainteresowania wykonawców tą formą udziału w postępowaniach zamówieniowych. Z badań przeprowadzonych w 2013 r. wynika, że doświadczenia konsorcyjne posiadało 17% wykonawców, tj. o 7 p.p. więcej niż w roku poprzednim¹². Wbrew oczekiwaniom konsorcja nie straciły na popularności na rzecz istniejącej od 22 grudnia 2009 r. możliwości korzystania z doświadczenia czy zasobów innych podmiotów (art. 26 ust. 2b p.z.p.)¹³.

¹⁰ Tak Włodyka, M. Spyra, op. cit., s. 713-714. Umowa ramowa zobowiązywała by do powołania nowego podmiotu i określała zasady współdziałania w ramach tego podmiotu, a umowa wykonawcza byłaby aktem kreującym ten podmiot.

¹¹ Tak L. Stecki, op. cit., s. 140-145.

¹² A. Kowalewska, J. Szut, *Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013*, Warszawa 2013, s. 48.

¹³ Praktyka „pożyczania” doświadczenia w ostatnich latach nie zyskuje na popularności. Ibidem, s. 53.

Wspólnym celem uczestników konsorcjum w systemie zamówień publicznych jest złożenie oferty wspólnej, a następnie wspólne wykonanie zawartej z zamawiającym umowy¹⁴. Dla dopuszczalności udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie jest konieczne wyraźne wskazanie takiej możliwości w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wspólne ubieganie się o zamówienie uzasadniane bywa przede wszystkim trudnościami w samodzielnym spełnianiu kryteriów dotyczących postępowania i brakiem możliwości samodzielnej realizacji zamówienia¹⁵. Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio (art. 23 ust. 3), co oznacza, że żaden z konsorcjantów nie może podlegać wykluczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jednak należy też brać pod uwagę łączny potencjał wszystkich konsorcjantów. Takie stosowanie przepisów dotyczących wykonawcy powoduje liczne wątpliwości, zwłaszcza w odniesieniu do sposobu wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmioty składające wspólną ofertę¹⁶. Art. 23 ust. 2 wymaga od konsorcjantów ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zazwyczaj pełnomocnictwa udziela się liderowi konsorcjum, chociaż nie ma przeszkód, aby pełnomocnikiem został którykolwiek z konsorcjantów, a nawet osoba trzecia¹⁷.

¹⁴ J. Pieróg, *Komentarz do art. 23 Prawa zamówień publicznych*, [w:] idem, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2015.

¹⁵ A. Kowalewska, J. Szut, op. cit., s. 49.

¹⁶ Dla spełnienia warunku posiadania odpowiednich uprawnień, określonego w art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., wystarczające jest posiadanie uprawnień tylko przez tego konsorcjanta, który będzie wykonywał część zamówienia wymagającą uprawnień. Natomiast warunki określone w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 dotyczące wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osobowego, ekonomicznego i finansowego, mogą być w większości przypadków spełnione łącznie. Z kolei obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia z powodów, o których mowa w art. 24 ust. 1, dotyczy każdego z konsorcjantów.

¹⁷ J. Niczyporuk, *Podmioty uczestniczące w realizacji zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 99.

Obowiązek wyznaczenia pełnomocnika, uprawnionego zwłaszcza do reprezentacji biernej, ułatwia zamawiającemu dokonywanie doręczeń wobec konsorcjantów. Pełnomocnictwa można udzielić w umowie konsorcjum albo odrębnymi czynnościami prawnymi. Konsorcjanci zachowują jednak uprawnienie do osobistego składania oświadczeń w postępowaniu w imieniu własnym¹⁸. Inaczej niż w konsorcjum, obowiązek ustanowienia pełnomocnika nie pojawia się przy spółce cywilnej, bowiem wspólnicy reprezentują spółkę jako przedstawiciele ustawowi. Jeżeli oferta konsorcjantów zostanie wybrana, zamawiający może przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego żądać umowy konsorcjalnej (art. 23 ust. 4).

Rozliczenia wewnątrz struktury konsorcjalnej

Kwestia rozliczeń wewnątrzkonsorcjalnych nie powinna być utożsamiana z zagadnieniem odpowiedzialności wewnątrzkonsorcjalnej, choć kategorie te są ze sobą powiązane. W pierwszej kolejności należy odrzucić pogląd, że w strukturze konsorcjalnej nie pojawia się problem udziału w zyskach (tj. korzyściach majątkowych) i stratach, uzasadniany zawieraniem transakcji między poszczególnymi konsorcjantami a podmiotami trzecimi oraz wnoszenia przez zamawiającego na bieżąco świadczeń pieniężnych bezpośrednio na rzecz poszczególnych konsorcjantów. Nawet w konsorcjach zdecentralizowanych może pojawić się potrzeba rozkładania kosztów o charakterze organizacyjno-administracyjnym¹⁹.

Zazwyczaj w konsorcjach ubiegających się o zamówienie publiczne mamy do czynienia z centralizacją i wyeksponowaniem roli lidera, poprzez strukturę administracyjno-księgową którego dokonywane są wszelkie wpłaty i wypłaty kwot pieniężnych. Posiada on zwykle konto konsorcjalne (powiernicze), a wykazywane na tym

¹⁸ Wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2008 r., KIO/UZP 791/08, LexPolonica nr 2276356.

¹⁹ L. Stecki, op. cit., s. 224-228.

koncie nadwyżki rozdzielane są między pozostałych konsorcjantów, co obejmować może cenę za zbyte rzeczy lub prawa, wynagrodzenie za usługi, a przede wszystkim udział w korzyściach majątkowych ustalony w umowie konsorcjalnej. W przypadku straty ulega ona rozłożeniu pomiędzy wszystkich konsorcjantów. Nie wydaje się celowe przenoszenie do umowy konsorcjalnej rozwiązania z art. 868 k.c. dotyczącego żądania wypłaty korzyści majątkowych po rozwiązaniu spółki cywilnej czy z końcem każdego roku obrachunkowego, skoro praktyka idzie w kierunku bieżącego dokonywania rozrachunków w konsorcjach. Brak postanowień umownych o rozłożeniu korzyści majątkowych i strat nie pozbawia konsorcjantów uprawnień i obowiązków w kwestii rozliczeń. Można nawet przyjąć, że w takiej sytuacji konsorcjanci *per facta concludentia* tworzą zasadę proporcjonalnego udziału w korzyściach i stratach. Konsorcjant nie może więc zostać całkowicie wyłączony z udziału w korzyściach majątkowych i stratach²⁰.

Strony, ustalając w umowie konsorcjalnej zakres obowiązków i udziały uczestników w konsorcjum, mogą wskazać wielkość partycypacji każdego konsorcjanta procentowo lub ułamkowo według kryterium wartości robót przypisanych danemu uczestnikowi. Zakres tych robót powinien być w umowie konsorcjalnej precyzyjnie określony, przy czym wskazane kryterium odnosi się już do etapu realizacji umowy. Oprócz tego strony powinny określić zakres obowiązków uczestników podczas procedury ubiegania się o zamówienie publiczne. Wielkość partycypacji zazwyczaj będzie mieć bezpośrednie przełożenie na udział w korzyściach majątkowych z realizacji przedsięwzięcia. Nie należy przenosić na grunt konsorcjów zasady znanej ze spółki cywilnej, iż każdy z uczestników jest uprawniony do równego udziału w zyskach i stratach bez względu na wielkość uczestnictwa²¹. Konieczne wydaje się również ustalenie zasad ponoszenia kosztów i ewentualnej odpowiedzialności. Na przykład możliwe jest postanowienie, iż koszty związane ze wspólnym przygotowaniem i złożeniem oferty, wniesieniem wadium lub

²⁰ Ibidem, s. 225-227, 229.

²¹ Ibidem, s. 228.

wykonywaniem umowy o zamówienie publiczne ponosi tymczasowo lider, a rozliczenie (refundacja) nastąpi w późniejszym terminie według ustalonych zasad, najczęściej proporcjonalnie do udziałów w konsorcjum. Można też postanowić, że wszystkie koszty konsorcjanci ponoszą we własnym zakresie – stosownie do nałożonych obowiązków, z zastrzeżeniem późniejszego rozliczenia.

Możliwe są różne podatkowo-rachunkowe modele rozliczeń konsorcjalnych. W typowym konsorcjum scentralizowanym rozliczenie następuje zazwyczaj przez wystawianie not obciążeniowych lub uznaniowych. Sądy administracyjne przyjmują, że w takim przypadku nie dokumentuje się podziału kosztów i wewnętrznych rozliczeń między konsorcjantami fakturami VAT, gdyż wewnątrz konsorcjum nie mamy do czynienia z dostawą towarów czy świadczeniem usług²².

Solidarna odpowiedzialność konsorcjantów wobec zamawiającego

Prezentując kwestie prawne związane z cywilną odpowiedzialnością uczestników konsorcjów, należy rozróżnić dwie płaszczyzny: zewnętrzną i wewnętrzną. Pierwsza jawi się jako dziedzina stosunków prawnych między konsorcjantami a podmiotami trzecimi, zwłaszcza zamawiającym, druga dotyczy stosunków wewnątrz-konsorcjalnych²³.

W doktrynie wyrażono wątpliwość, czy na płaszczyźnie wewnętrznej możliwe jest zastosowanie do stosunku konsorcjalnego bezpośrednio lub w drodze analogii art. 864 k.c., zgodnie z którym za zobowiązania spółki cywilnej wspólnicy są odpowiedzialni solidarnie. Należy opowiedzieć się przeciwko temu rozwiązaniu²⁴. Spór ten ma jednak ograniczone znaczenie na gruncie zamówień

²² Wyrok NSA z dnia 25 czerwca 2014 r., I FSK 1108/13, Legalis nr 1043211; wyrok WSA w Poznaniu z dnia 23 kwietnia 2012 r., I SA/Po 880/11, Legalis nr 539016.

²³ L. Stecki, op. cit., s. 341.

²⁴ Tak L. Stecki, op. cit., s. 348-349; odmiennie A. Mucha, op. cit., s. 49-56.

publicznych wobec wprowadzenia odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów w stosunku do zamawiającego w przepisie ustawowym. Problem powyższy dotyczyłby zatem jedynie odpowiedzialności wobec innych niż zamawiający kontrahentów konsorcjum.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne ponoszą wobec zamawiającego odpowiedzialność solidarną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania oraz za wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, a podstawą tej odpowiedzialności jest art. 141 p.z.p. Nie ma potrzeby zobowiązania konsorcjantów w specyfikacji istotnych warunków zamówienia do przyjęcia takiej odpowiedzialności. Wobec przyjętego modelu wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne w stosunkach z zamawiających nie ma wielkiego znaczenia prawna postać konsorcjum (jawnego lub cichego) oraz jego wewnętrzna struktura organizacyjna (scentralizowana lub zdecentralizowana). W zasadzie model konsorcjum cichego (ukrytego) nie jest dozwolony na gruncie Prawa zamówień publicznych. Teoretycznie jednak w konsorcjum cichym i scentralizowanym odpowiedzialność konsorcjanta ukrytego byłaby ograniczona do sfery wewnętrznej i to w ramach regresu, ale jedynie na tle stosunków konsorcjum z osobami trzecimi innymi niż zamawiający²⁵. Należy jednak zauważyć, że z unormowań art. 23 i 141 nie wynika zasada solidarnej odpowiedzialności wykonawców na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tj. przed zawarciem umowy) w tym odnośnie do zobowiązania konsorcjantów wobec zamawiającego do zawarcia umowy o zamówienie publiczne zabezpieczonego przez wadium. Odpowiedzialności solidarnej na tym etapie nie można również wywodzić z art. 370 k.c., skoro obowiązek zawarcia umowy nie jest obowiązkiem dotyczącym mienia konsorcjantów²⁶. Soli-

²⁵ Modele organizacyjno-prawne konsorcjum przyjmuję za L. Steckim, op. cit., s. 344.

²⁶ Szerzej: J. Pokrzywniak, *Gwarancja na gruncie PZP*, „Miesięcznik Ubezpieczeniowy” 2014, nr 9, s. 39-40; E. Kowalewski, W. Mogilski, *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, „Wiadomości Ubezpieczeniowe” 2014, nr 1, s. 25-32.

darność bierna polega na tym, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani (art. 366 k.c.). Oznacza to, że konsorcjant odpowiada wobec zamawiającego również za świadczenie, którego realnie nie musi wykonywać. Przykładowo więc poszczególni uczestnicy konsorcjum bankowego będą ponosić odpowiedzialność do pełnej wysokości kredytu, a nie jedynie części, której udzielią.

W literaturze podkreśla się brak podstaw do przyjęcia solidarności czynnej konsorcjantów w zakresie należnej współwykonawcom zapłaty od zamawiającego. Postanowienia w umowie konsorcjalnej dotyczące wzajemnych rozliczeń nie wywołują skutku wobec zamawiającego. Konsorcjanci nie tylko więc nie mogą w umowie konsorcjalnej wyłączyć ani ograniczyć solidarnej odpowiedzialności, ale również nie mogą wykreować po swojej stronie solidarności czynnej wobec zamawiającego. Jednakże art. 144 ust. 1 p.z.p. zakazujący istotnej modyfikacji umowy o zamówienie publiczne wobec złożonej oferty nie stoi na przeszkodzie temu, aby solidarność czynną konsorcjantów ukształtować w postanowieniach o warunkach płatności w umowie o zamówienie publiczne²⁷.

Odpowiedzialność solidarna na podstawie art. 141 nie dotyczy podwykonawców. Nie łączy ich z zamawiającym żaden stosunek prawny i nie wymaga się od nich spełnienia warunków udziału w postępowaniu pod rygorem wykluczenia. Inaczej trzeba by przyjąć, że za realizację dużej inwestycji budowlanej odpowiada także np. malarz podwykonawca, a za dostawę dużej partii samochodów – podwykonawca zobowiązany do usług serwisowych²⁸. Do odpowiedzialności konsorcjanta za działania i zaniechania podwykonawcy będzie miał zastosowanie art. 474 k.c. regulujący odpowie-

²⁷ R. Szostak, *Umowa o zamówienie publiczne*, [w:] J. Sadowy (red.), op. cit., s. 308-309.

²⁸ M. Kalina-Nowaczyk, op. cit., s. 114.

działność dłużnika za osoby, z pomocą których zobowiązanie jest wykonywane albo którym wykonanie zobowiązania jest powierzone²⁹. Z drugiej strony w przypadku umowy o roboty budowlane konsorcjant zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor (zamawiający) ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę na podstawie bezwzględnie wiążącego art. 647¹ § 5 k.c. Szkoła zamawiającego może polegać na wystąpieniu uszczerbku spowodowanego koniecznością spełnienia na rzecz podwykonawcy świadczenia, do którego spełnienia zobowiązany był pierwotnie konsorcjant. W orzecznictwie przyjęto, że takie zachowanie konsorcjanta stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne i rodzi odpowiedzialność kontraktową. Roszczenie odszkodowawcze zamawiającego może zaś być kierowane na podstawie art. 141 p.z.p. przeciwko wszystkim konsorcjantom³⁰.

Odpowiedzialność konsorcjanta wobec innych uczestników konsorcjum

Po zawarciu umowy konsorcjum uczestnik struktury odpowiada na zasadach ogólnych względem pozostałych konsorcjantów z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przyjętego w treści umowy (art. 471 i n. k.c.). Charakterystyczne jest to, że niewywiązywanie się z zewnętrznych stosunków prawnych, w tym wobec zamawiającego, narusza zarazem stosunek prawny konsorcjum i jest działaniem na niekorzyść pozostałych konsorcjantów. Nieważna jest umowa wyłączająca wewnętrzną odpowiedzialność konsorcjanta za szkodę wyrządzoną innym konsorcjantom umyślnie (art. 473 § 2 k.c.). Z racji tego, że umowa konsorcjalna nie jest umową wzajemną, nie znajduje zastosowania reguły odpo-

²⁹ P. Granecki, *Komentarz do art. 141 Prawa zamówień publicznych* [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2014.

³⁰ Wyrok SN z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, Legalis nr 167941.

wiedzialności dla takich umów (art. 487-497 k.c.)³¹. Dopuszczalne jest wprowadzenie do sfery wewnątrzkonsorcjalnej kar umownych, bowiem obowiązek uczestniczenia w określonym przedsięwzięciu zamówieniowym nie jest zobowiązaniem do świadczenia pieniężnego ani nie ogranicza się do takiego świadczenia (art. 483 k.c.)³². Nie należy łączyć kwotowego uczestnictwa konsorcjanta w konsorcjum z rozmiarem jego odpowiedzialności wewnętrznej czy też utożsamiać odpowiedzialności z udziałem w kosztach lub stracie konsorcjum. Konsorcjant odpowiada do pełnej wysokości szkody, całym swoim majątkiem. Odpowiedzialność *ex contractu* konsorcjanta może być np. wynikiem uchylania się od współdziałania, ujawnienia tajemnicy przedsiębiorstwa innego konsorcjanta, niezgodnego z umową wystąpienia z konsorcjum, podjęcia działalności będącej przejawem nieuczciwej konkurencji, podejmowania działalności konkurencyjnej, co może łączyć się z odpowiedzialnością deliktową³³.

Z problematyką roszczeń regresowych mamy do czynienia na płaszczyźnie stosunków wewnętrznych i zewnętrznych. Pierwsza sytuacja jest efektem zaistnienia stosunku zlecenia między konsorcjantami a liderem. Jednakże główne znaczenie w tej dziedzinie mają skutki odpowiedzialności solidarnej wykonawców wobec zamawiającego na stosunki wewnątrzkonsorcjalne. Gdy jeden z wykonawców spełni świadczenie, wygasa zobowiązanie względem zamawiającego. Wykonawca, który spełnił świadczenie, może dochodzić od pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zwrotu świadczenia. Decydujące znaczenie będzie tu miała umowa konsorcjalna. Oprócz wielu korzyści, jakie daje konsorcjantom możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie, pojawiają się więc także zagrożenia niewystępujące przy działaniu samodzielnym. Każdy konsorcjant ponosi bowiem ryzyko niewy-

³¹ L. Stecki, op. cit., s. 343-345.

³² Nieprawidłowo na charakter pieniężny obowiązków konsorcjantów i w efekcie na niemożliwość zastrzeżenia kary umowny wskazuje L. Stecki, op. cit., s. 344.

³³ Ibidem, s. 360-361.

konania lub nienależytego wykonania umowy o zamówienie publiczne skutkującego zazwyczaj karą umowną lub ryzyko niewnie- sienia zabezpieczenia przez innego konsorcjanta prowadzącego do utraty wadium. Na przykład producent sprzętu może ponosić pełną odpowiedzialność za wykonanie prac budowlanych przez przedsię- biorcę budowlanego. Ryzyko to rozciąga się również na wynagro- dzenie niezapłacone podwykonawcy przez innego konsorcjanta. W sytuacji braku odpowiednich postanowień umowy konsorcjalnej konsorcjant nie dysponuje instrumentami wymuszającymi należyte działanie jego partnerów lub pozwalającymi uchylić się od negatyw- nych następstw zaniedbań innych uczestników konsorcjum³⁴. Nie można liczyć na to, że zamawiający będzie domagał się wykonania stosownej części zamówienia lub odszkodowania od wykonawcy odpowiedzialnego zgodnie z umową konsorcjalną. Nie zmienia tego fakt, że zamawiający może poznać wewnętrzne reguły rozłożenia odpowiedzialności w konsorcjum, będąc na podstawie art. 23 ust. 4 p.z.p. uprawnionym do żądania umowy regulującej współpracę wy- konawców działających wspólnie, których oferta została wybrana³⁵.

Ustalając reguły odpowiedzialności, można zastrzec, że w przy- padku poniesienia przez uczestnika kosztów związanych z zasadą odpowiedzialności solidarnej z art. 141 p.z.p. konsorcjantowi temu przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania od uczestnika, na którym spoczywa odpowiedzialność za zdarzenie powodujące szkodę. Odrębnie należałoby uregulować sytuację, gdy odpowiedzialność za uchybienie warunkom kontraktu nie będzie mogła być wyraźnie przypisana konkretnej stronie, albo sytuację przyczynienia się do uchybienia przez każdą ze stron. W pierwszym przypadku można wprowadzić postanowienie o poniesieniu konsekwencji przez wszystkich konsorcjantów stosownie do udziałów w konsorcjum, natomiast w drugim – oprzeć odpowiedzialność w umowie na kryte- rium stopnia przyczynienia się do uchybienia. Przypomnieć należy,

³⁴ L. Mokosa, *Jak strona konsorcjum może zabezpieczyć swoje prawa*, „Dziennik Ga- zeta Prawna. Tygodnik Prawo w Firmie” 2011, nr 197, s. C4.

³⁵ M. Kalina-Nowaczyk, op. cit., s. 108.

że zgodnie z art. 376 § 1 k.c., jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników, a jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który spełnił świadczenie, może żądać zwrotu w częściach równych. Stąd w razie braku wskazanego wyżej postanowienia konsorcjant, który spełnił świadczenie wobec zamawiającego, mógłby skierować roszczenia regresowe w równych częściach przeciwko każdemu z konsorcjantów, a nie tylko wobec uczestnika będącego sprawcą zdarzenia. O ile teoretycznie możliwe jest wprowadzenie solidarnej odpowiedzialności w stosunkach wewnętrznych między konsorcjantami, w tym za zobowiązania w stosunku do zamawiającego wynikłe z realizacji umowy o zamówienie publiczne, to trudno znaleźć sens gospodarczy takiego rozwiązania³⁶.

Aby zminimalizować skutki uchybień jednego z konsorcjantów, można wprowadzić uprawnienie dla któregoś z uczestników (np. lidera) do kontroli lub nadzoru sposobu wykonania umowy przez partnerów oraz do jednostronnego przejęcia realizacji we własnym zakresie lub powierzenia jej pozostałym partnerom robót przypadających na nierzetelnego konsorcjanta. Na uprawnienia kontrolne może składać się żądanie udostępnienia na wezwanie lub przekazywania w określonych odstępach czasu odpowiednich informacji i dokumentów. Odebranie zakresu robót konsorcjantowi powinno prowadzić do stopniowego zmniejszania udziału w korzyściach majątkowych (wynagrodzenia) tego konsorcjanta lub do zapłaty przez niego kary umownej przewidzianej w umowie konsorcjalnej. Przed odmową przekazania problematycznego zakresu robót można zabezpieczyć się przez wymóg złożenia wcześniejszego oświadczenia w trybie art. 777 § 1 pkt 4 k.p.c. o poddaniu się egzekucji w zakresie obowiązku wydania terenu budowy liderowi na jego żądanie, które stanowiłoby tytuł egzekucyjny³⁷.

³⁶ Takie rozwiązanie proponują m.in. A. Cempura, A. Kasolik, *Metodyka sporządzania umów gospodarczych*, Warszawa 2014, s. 648-657.

³⁷ L. Mokosa, op. cit., s. C4.

Należy rozważyć także sytuację, gdy wniesienie wadium³⁸ albo zabezpieczenia należytego wykonania umowy o zamówienie publiczne zostanie dokonane przez osobę trzecią (instytucję finansową). Wskazano już, że art. 141 p.z.p. nie ustanawia solidarnej odpowiedzialności wykonawców co do wniesienia wadium ani zawarcia umowy. W przypadku gdy instytucja działała na zlecenie tylko jednego z konsorcjantów, można ustalić proporcjonalny podział kosztów (prowizji) oraz proporcjonalny udział w spłacie zobowiązań z tytułu ewentualnych roszczeń regresowych instytucji finansowej. Odpowiednie dokumenty może przedłożyć zamawiającemu np. lider konsorcjum. Druga możliwość to wystawienie poręczenia czy gwarancji na zlecenie każdej ze stron w wysokości proporcjonalnej do udziału konsorcjanta w przedsięwzięciu i pokrycie prowizji przez każdego z konsorcjantów we własnym zakresie oraz przedłożenie wszystkich dokumentów z tym związanych zamawiającemu przez lidera.

Ze względu na ograniczone instrumentarium pozwalające konsorcjantom na uchylenie się od odpowiedzialności za brak zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy przez innego konsorcjanta powstaje potrzeba znalezienia skutecznej klauzuli umownej chroniącej konsorcjantów. Brak jest możliwości wyłączenia czy ograniczenia solidarnej odpowiedzialności wynikającej z bezwzględnie wiążącego art. 141 p.z.p. Nie jest wystarczającym zabezpieczeniem zastrzeżenie w umowie konsorcjalnej możliwości wyłącznie wspólnego zawierania przez konsorcjantów umów podwykonawczych albo wymogu zgody pozostałych konsorcjantów na umowę z podwykonawcą jedynie ze względu na wewnętrzny skutek takich postanowień. Można jednak wzmocnić ochronę przez ustanowienie odpowiednio wysokich kar umownych za naruszenie przez konsorcjanta tych postanowień i zabezpieczenia ich zapłaty np. wekslem, poręczeniem czy oświadczeniem w trybie art. 777 § 1 pkt 5 k.p.c. o poddaniu się egzekucji³⁹.

³⁸ Na przykład w formie poręczenia bankowego lub ubezpieczeniowego, gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej albo poręczenia dokonanego przez Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości.

³⁹ L. Mokosa, op. cit., s. C5.

Innym sposobem ochrony konsorcjantów przed odpowiedzialnością związaną z brakiem zapłaty na rzecz podwykonawcy przez innego konsorcjanta jest wykorzystanie instytucji przekazu i wpisanie jej do postanowień umownych regulujących rozliczenia między partnerami. Instytucja ta została uregulowana w art. 921¹-921⁵ k.c. i polega na tym, że ten, kto przekazuje drugiemu (odbiorcy przekazu) świadczenie osoby trzeciej (przekazanego), upoważnia tym samym odbiorcę przekazu do przyjęcia, a przekazanego do spełnienia świadczenia na rachunek przekazującego. Konsorcjant (przekazujący), będący dłużnikiem podwykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia, może upoważnić w umowie konsorcjalnej lidera (przekazanego), który jest z kolei dłużnikiem konsorcjanta z tytułu obowiązku przekazania mu należnej części wynagrodzenia płatnego przez zamawiającego, aby zapłacił tę kwotę do rąk podwykonawcy (odbiorcy przekazu). Relacja konsorcjant – lider to stosunek pokrycia, a relacja konsorcjant – podwykonawca to stosunek waluty. Wobec treści art. 921² § 1 k.c., w myśl którego jeżeli przekazany oświadczył odbiorcy przekazu, że przekaz przyjmuje, zobowiązany jest względem odbiorcy do spełnienia świadczenia określonego w przekazie, należałoby nałożyć na lidera obowiązek umowny złożenia podwykonawcom takiego oświadczenia⁴⁰.

Jeśli chodzi o odpowiedzialność lidera wobec innych uczestników konsorcjum, to jego sytuacja prawna, jako podmiotu prowadzącego sprawę i reprezentującego konsorcjum, ma charakter szczególny. Należy zauważyć, że przedstawione reguły odpowiedzialności obowiązujące wszystkich konsorcjantów odnoszą się także do lidera. W związku z prowadzeniem spraw i reprezentacją konsorcjum pojawia się możliwość stosowania do stosunku między liderem a pozostałymi konsorcjantami przepisów o zleceniu (art. 734-751 k.c.) i reguł odpowiedzialności za niewykonanie lub niena-

⁴⁰ Ibidem. Autor wskazuje również, że po złożeniu przez lidera oświadczenia o przyjęciu przekazu podwykonawcy, nie jest możliwe komornicze zajęcie wierzytelności o udział w korzyściach majątkowych konsorcjanta wobec lidera (o ile celem nie było pokrzywdzenie innych wierzycieli czy uniemożliwienie egzekucji).

leżyte wykonanie umowy zlecenia. Lider odpowiada również za szkody wyrządzone działaniem wykraczającym poza zakres jego umocowania⁴¹. Natomiast odpowiedzialność konsorcjantów zleceńodawców względem lidera kształtuje się stosownie do zasad solidarności i dotyczy zazwyczaj wynagrodzenia należnego liderowi. Art. 745 k.c. stanowi bowiem, że w sytuacji, gdy kilka osób dało zlecenie wspólnie, ich odpowiedzialność wobec drugiej strony jest solidarna. Gdy jeden z konsorcjantów zaspokoi w całości takie roszczenie, może dochodzić w drodze regresu odpowiednich części od pozostałych konsorcjantów, z uwzględnieniem jednak procentowego lub kwotowego uczestnictwa każdego konsorcjanta we wspólnym przedsięwzięciu⁴².

Uwagi końcowe

Sytuacja prawna uczestnika konsorcjum mającego na celu uzyskanie i wykonanie zamówienia publicznego jest zatem niekorzystna w związku z ryzykiem poniesienia odpowiedzialności za uchybienia spowodowane przez inne podmioty, przed którym to ryzykiem trudno się uchronić. W praktyce obrotu powstały jednak klauzule umowne pozwalające na wzmocnienie pozycji konsorcjantów i złagodzenie surowości odpowiedzialności solidarnej.

Udział w korzyściach majątkowych i stratach można zatem oprzeć na wielkości partycypacji konsorcjanta w przedsięwzięciu. Przychylam się do stanowiska, że chociaż każdy konsorcjant odpowiada na zewnątrz do pełnej wysokości szkody z tytułu niewykonania umowy o zamówienie publiczne i niewniesienia zabezpieczenia, to odpowiedzialność solidarna z art. 141 p.z.p. nie dotyczy etapu przed zawarciem umowy. Nie ma podstaw do przyjęcia solidarności czynnej konsorcjantów odnośnie do wynagrodzenia od

⁴¹ Tak L. Stecki, op. cit., s. 352-353.

⁴² Ibidem, s. 365-366.

zamawiającego. Zgadzam się również ze stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie, iż wobec treści art. 647¹ § 5 k.c. niewypłacenie przez konsorcjanta wynagrodzenia podwykonawcy stanowi jednocześnie nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne i rodzi solidarną odpowiedzialność kontraktową wykonawców. Odpowiedzialność solidarna i w efekcie roszczenia regresowe mogą wystąpić w jeszcze jednym przypadku, a mianowicie jako efekt istnienia stosunku zlecenia między konsorcjantami a liderem na płaszczyźnie wewnętrznej.

Jeśli chodzi o skutki odpowiedzialności solidarnej wykonawców wobec zamawiającego na stosunki wewnątrzkonsorcjalne, ze szczególnym uwzględnieniem możliwych umownych klauzul zabezpieczających, proponuję, aby w umowach konsorcjalnych zastrzegać, iż konsorcjantowi przysługuje prawo dochodzenia odszkodowania od uczestnika odpowiedzialnego za szkodę. Należy ponadto szczegółowo regulować odpowiedzialność wewnętrzną konsorcjantów w sytuacji, gdy odpowiedzialność nie będzie mogła być wyraźnie przypisana konkretnej stronie lub przypisze się ją wszystkim konsorcjantom. Racjonalnym rozwiązaniem może być przyznanie liderowi uprawnień do nadzoru sposobu wykonania umowy przez partnerów i przejęcia realizacji części zamówienia lub powierzenia jej innym konsorcjantom w sytuacjach szczególnych. Dla ochrony przed brakiem zapłaty przez innego konsorcjanta wynagrodzenia podwykonawcy proponuję wprowadzenie kar umownych za naruszenie przez konsorcjanta ustalonych zasad nawiązywania stosunków z podwykonawcami i zabezpieczenia ich zapłaty np. wekslem, poręczeniem czy oświadczeniem o poddaniu się egzekucji. Rozwiązałem także koncepcję wykorzystania instytucji przekazu do rozliczeń między partnerami angażującymi podwykonawców.

Praca może być pomocna w dalszych badaniach nad zagadnieniami odpowiedzialności uczestników konsorcjum w stosunkach wewnętrznych i zewnętrznych, nad optymalizacją tej formy współdziałania i granicami kształtowania stosunku konsorcjalnego na potrzeby wykonawców zamierzających wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne.

Streszczenie

Umowa konsorcjalna to umowa nienazwana zobowiązująca do wspólnego działania dla osiągnięcia założonego celu, wykształcona na płaszczyźnie praktycznej, przy czym wspólnym celem w systemie zamówień publicznych jest złożenie oferty wspólnej, a następnie wspólne wykonanie umowy. Ustawodawca umożliwił wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 23 Prawa zamówień publicznych. Przedmiotem artykułu jest odpowiedzialność konsorcjantów w relacjach między konsorcjum i zamawiającym oraz w stosunkach wewnętrznych. Pierwszym celem, który sobie stawiam, jest wykazanie, że sytuacja prawna konsorcjanta ubiegającego się wspólnie z innymi osobami o udzielenie zamówienia publicznego jest niekorzystna z powodu ograniczonych instrumentów redukcji ryzyka poniesienia odpowiedzialności za uchybienia spowodowane przez inne podmioty. Drugim celem jest identyfikacja klauzul umownych, które choć w pewnym stopniu pozwoliłyby przywrócić równowagę pozycji konsorcjantów wobec siebie i wobec zamawiającego. Przedmiotem rozważań jest przede wszystkim model jawnego konsorcjum scentralizowanego.

Liability of economic operators jointly performing public contract under a consortium agreement

Summary

A consortium agreement is an unnamed agreement obliging to act jointly in order to achieve the agreed objective, formed by the practice. The common objective within the public procurement system is a submission of a joint tender, and later a performance of the public contract. The lawmaker has allowed economic operators to apply for a joint public procurement on the basis of article 23 of Public Procurement Law. The subject of this paper is a liability of the consortium members in a relationship between the consortium and the contracting authority as well as in internal relations. The first aim is to demonstrate that the legal situation of the consortium member applying jointly with others for the award of a public contract is disad-

vantageous because of the limited instruments for reducing the risk of incurring liability for infringements caused by other entities. The second aim is to identify the contractual clauses which would restore to some extent the equilibrium of consortium members' positions to each other and in relation to the contracting authority. The object of the author's analysis is primarily a model of explicit and centralized consortium.