



Realizacja zamówienia publicznego przez konsorcjum budowlane

Autor szczegółowo przedstawił zagadnienie realizacji zamówienia publicznego przez konsorcjum budowlane. Omówił m.in. stosunki wewnątrz konsorcjum przy zawieraniu umowy oraz odpowiedzialność i dochodzenie roszczeń wobec osób trzecich przez konsorcjum.

Konsorcjum jest formą współpracy przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i realizujących to zamówienie. Instytucja konsorcjum nie została w sposób kompleksowy uregulowana w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Umowa konsorcjum jest zaliczana do kategorii umów nienazwanych. Ustawodawca odwołuje się do instytucji konsorcjum w art. 23 i 141 *Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (PZP)*, tj. w przepisach dopuszczających możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia i wprowadzających zasadę solidarnej odpowiedzialności wspólnie ubiegających się wykonawców za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (jednak w przepisach nie jest stosowany termin „konsorcjum”). Ponadto w art. 73 *Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe* zawarta jest regulacja dotycząca konsorcjum bankowego. Nie licząc jednak pewnej szcztatkowej regulacji zawartej w przepisach *Ustawy Prawo zamówień publicznych* oraz *Ustawy Prawo bankowe*, a także kilku innych ustaw (np. *Ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki*) brak jest regulacji – w szczególności w treści przepisów *Kodeksu cywilnego* – która określałaby kompleksowo skutki zawarcia przez kilka podmiotów tworzących konsorcjum umowy z osobą trzecią.

Zgodnie z art. 23 PZP wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim wypadku wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawcy. Jeżeli oferta konsorcjum została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Ponadto zgodnie z art. 141 PZP członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Warto zauważyć, że ustawodawca nie posługuje się terminem konsorcjum. Pojęcie to wyrosło na gruncie praktyki stosowania prawa i doktryny prawa. Mając na uwadze treść art. 33 oraz art. 33¹ *Kodeksu cywilnego*, należy stwierdzić, że, zawierając umowę konsorcjum, konsorcjanci nie tworzą osoby prawnej ani też jednostki organizacyjnej niebędącej osobą prawną, a posiadającą zdolność prawną – a zatem nie powstaje nowy, autonomiczny podmiot praw i obowiązków. Stosunek prawny wynikający z umowy konsorcjum ma charakter obligacyjny i wiąże jedynie strony umowy konsorcjum – poza wyjątkiem określonym w art. 141 PZP.

Stosunki wewnątrz konsorcjum

Przy zawieraniu umowy konsorcjum budowlanego konsorcjanci korzystają z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353 *Kodeksu cywilnego*, w myśl której strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. Co do zasady konsorcjanci mają swobodę w regulowaniu zasad wzajemnej odpowiedzialności w obrębie konsorcjum, podziału zadań i czynności przypisanych poszczególnym stronom umowy, wyboru pełnomocnika do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, a także podziału wynagrodzenia z tytułu realizacji zamówienia. Przyjmuje się, że umowa konsorcjum może stanowić umowę spółki cywilnej – w przypadkach, w których w danej umowie można dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej, tj. istnieje przedsiębiorstwo, majątek wspólny, więzi organizacyjne i majątkowe wspólników. W takich przypadkach należałoby stosować do umowy konsorcjum odpowiednio przepisy *Kodeksu cywilnego* dotyczące spółki cywilnej.

Możliwe jest wprowadzenie do umowy konsorcjum m.in. klauzul obejmujących zobowiązanie jednego lub kilku konsorcjantów do zwolnienia innego członka lub członków konsorcjum z całości lub części odpowiedzialności względem zamawiającego w zakresie, w jakim ów członek lub członkowie przyczynili się do powstania odpowiedzialności odszkodowawczej. Tym niemniej zamawiający – zgodnie z art. 141 PZP – będzie mógł zawsze dochodzić całości odszkodowania od każdego z konsorcjantów z osobna, a zwolnienie z całości lub części odpowiedzialności odniesie skutek na etapie dalszych rozliczeń regresowych między konsorcjantami.

Konsorcjanci mogą dowolnie określić zasady wzajemnej odpowiedzialności w obrębie konsorcjum, w tym mogą taką wzajemną odpowiedzialność wyłączyć lub ograniczyć. Należy mieć jednak na uwadze, że zgodnie z art. 473. § 1 *Kodeksu cywilnego* nieważne jest zastrzeżenie, że dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie. Z tego względu – niezależnie od ewentualnych odmiennych zastrzeżeń umownych – konsorcjanci zawsze będą wzajemnie wobec siebie odpowiedzialni za szkody wyrządzone umyślnie.

Ponadto konsorcjanci mają swobodę w podziale zadań przypadających na poszczególnych uczestników, w tym także mogą wprowadzić do umowy konsorcjum takie rozwiązania, które określałyby wykonanie części zamówienia przez innych konsorcjantów niż konsorcjanci przypisani pierwotnie do tych zadań w wypadkach, gdyby wykonanie prac w terminie przez owego pierwotnie przypisanego konsorcjanta było utrudnione lub niemożliwe z uwagi np. na brak wolnych zasobów ludzkich lub materiałowych. Innym polem ustaleń może być na przykład korzystanie z zasobów osób trzecich przy realizacji zamówienia (niezależnie od zobowiązań na linii konsorcjum-zamawiający).

Odpowiedzialność konsorcjum wobec osób trzecich

Art. 141 PZP stanowi, że członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jest to odpowiedzialność

względem zamawiającego, który może się domagać zapłaty całości odszkodowania od każdego z członków konsorcjum. O tym, czy i w jakich częściach konsorcjant, który zaspokoił zamawiającego, może żądać zwrotu od pozostałych uczestników konsorcjum, decyduje treść umowy konsorcjum, a w przypadku braku uregulowania tej materii w umowie konsorcjum każdy z uczestników konsorcjum powinien dokonać zwrotu w częściach równych.

Inaczej kształtuje się natomiast odpowiedzialność członków konsorcjum względem podwykonawców. Należy w tym aspekcie wskazać, że możliwe jest zawarcie umowy z podwykonawcą przez wszystkich członków konsorcjum, przez niektórych członków konsorcjum lub przez jednego tylko członka konsorcjum.

W przypadku zawarcia umowy przez wszystkich konsorcjantów istnieje możliwość wprowadzenia do umowy solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za zobowiązania, tym niemniej nie ma takiej konieczności i nic nie stoi na przeszkodzie, by wprowadzić np. odpowiedzialność poszczególnych uczestników konsorcjum względem podwykonawcy tylko do określonej sumy stanowiącej część wynagrodzenia podwykonawcy.

W tym aspekcie uwydatnia się jedna z podstawowych różnic między umową konsorcjum, która nie została uregulowana w *Kodeksie cywilnym*, a umową spółki cywilnej, gdyż za zobowiązania spółki cywilnej (która nie jest osobą prawną ani też jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznawałaby zdolność prawną), wspólnicy odpowiedzialni są zawsze solidarnie.

W przypadku zawarcia umowy z podwykonawcą przez niektórych konsorcjantów – tylko ci niektórzy konsorcjanci będą odpowiedzialni za zobowiązania względem podwykonawcy, a pozostali członkowie konsorcjum co do zasady nie będą odpowiadać za te zobowiązania (chyba że zostanie wykazane, że dane konsorcjum konstrukcyjnie odpowiada instytucji spółki cywilnej, a z treści czynności prawnej wynika, że owi niektórzy konsorcjanci działali w imieniu całego konsorcjum, a nie tylko w imieniu własnym). Również w tym wypadku od konkretnych zapisów umowy z podwykonawcą może zależeć, czy odpowiedzialność tej części członków konsorcjum, która zawarła umowę z podwykonawcą, będzie solidarna, czy też nie.

W przypadku zawarcia umowy z podwykonawcą przez tylko jednego z członków konsorcjum odpowiedzialność wobec podwykonawcy co do zasady będzie ponosił tylko ten jeden członek konsorcjum (chyba że zostanie wykazane, że dane konsorcjum konstrukcyjnie odpowiada instytucji spółki cywilnej, a z treści czynności prawnej wynika, że konsorcjant ten działał w imieniu całego konsorcjum, a nie tylko w imieniu własnym).

Warto mieć przy tym na uwadze pewną szczególną grupę przypadków, w których ekonomiczny ciężar wynikający z umów o roboty budowlane z podwykonawcami, które zostały zawarte przez jednego konsorcjanta, może zostać przeniesiony na pozostałych członków konsorcjum. Taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku dokonania przez inwestora zapłaty na rzecz podwykonawców za wykonane przez nich roboty budowlane w oparciu o art. 647¹ § 5 *Kodeksu cywilnego*, zgodnie z którym zawierający umowę z podwykonawcą oraz inwestor i wykonawca ponoszą solidarną odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę. W wyroku z dnia 17 września 2008 roku, sygn. akt III CSK 119/08 Sąd Najwyższy dopuścił ▶

► - w określonych przypadkach - możliwość solidarnej odpowiedzialności uczestników konsorcjum w stosunku do inwestora, który wypłacił wynagrodzenie na rzecz podwykonawców, którzy nie uzyskali wynagrodzenia od uczestnika konsorcjum, z którym łączyła ich umowa podwykonawcza. Wypada jednak zauważyć, że nie jest do końca jasne, w jaki sposób należałoby odnieść takie rozwiązanie do ugruntowanego w orzecznictwie Sądu Najwyższego poglądu, zgodnie z którym inwestor, spłacając zobowiązanie generalnego wykonawcy wobec podwykonawcy, zaspokaja cudzy dług i wstępuje w prawa zaspokojonego wierzyciela (podwykonawcy) na podstawie art. 518 § 1. *Kodeksu cywilnego* (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dn. 17 lutego 2011 r., IV CSK 293/10). Może się bowiem wydawać, że z utrwalonej koncepcji wstąpienia inwestora w prawa zaspokojonego wierzyciela wynikałoby, że inwestorowi po zapłacie wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy przysługuje roszczenie jedynie względem tego uczestnika konsorcjum, który został „wyręczony” przez inwestora w zapłacie wynagrodzenia należnego podwykonawcy.

Warto ponadto zauważyć, że problemy z regulowaniem zobowiązań wobec podwykonawców mogą stanowić podstawę do odstąpienia przez zamawiającego od umowy z wykonawcą ze względu na wielokrotne dokonywanie bezpośredniej zapłaty przez zamawiającego na rzecz podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taką podstawę odstąpienia od umowy przewiduje art. 143c ust. 7 PZP. Nietrudno zauważyć, że w tym kontekście niewywiązywanie się przez jednego z konsorcjantów ze zobowiązań wobec podwykonawców może odnieść wymierny i negatywny skutek wobec całego konsorcjum.

Podobnie negatywnym następstwem braku rzetelności jednego z konsorcjantów w stosunkach z podwykonawcami może być potrącanie przez zamawiającego kwot wypłaconych podwykonawcom z wynagrodzenia należnego całemu konsorcjum jako wykonawcy. Na marginesie należy jedynie wskazać, że przepisy PZP rozszerzają solidarną odpowiedzialność inwestora z wykonawcą zamówienia publicznego na roboty budowlane za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy o przypadki, gdy przedmiotem umowy podwykonawczej są dostawy lub usługi niebędące robotami budowlanymi.

Celowe wydają się zatem współpraca oraz zapewnienie pełnego przepływu informacji, a także prowadzenie konsultacji między uczestnikami konsorcjum w przedmiocie umów zawieranych przez poszczególnych członków z podwykonawcami. W tym kontekście warto także w odpowiedni sposób uregulować w umowie konsorcjum materię wzajemnych rozliczeń regresowych.

Dochodzenie przez konsorcjum roszczeń od osób trzecich

W określonych warunkach możliwe jest dochodzenie (w tym także na drodze sądowej) przez lidera konsorcjum całości roszczeń przysługujących wszystkim członkom konsorcjum wynikających z umowy zawartej z osobą trzecią. Jednakże, aby było to możliwe, konieczne jest upoważnienie lidera konsorcjum przez pozostałych partnerów poprzez udzielenie pełnomocnictwa. Pełnomocnictwo takie może być zawarte zarówno w odrębnym dokumencie,

jak i w samej treści umowy konsorcjum. Wydaje się, że nie jest konieczne, by owo pełnomocnictwo było wciągnięte do umowy zawartej w imieniu konsorcjum z osobą trzecią - wystarczająca będzie możliwość wykazania się takim pełnomocnictwem przez dochodzącego roszczenia lidera konsorcjum.

Podnosi się, że co do zasady legitymacja procesowa członków konsorcjum, tak jak wspólników spółki cywilnej, ma charakter legitymacji łącznej. Jak się jednak wydaje, konieczne jest każdorazowo dokonywanie oceny *ad casum* - w zależności od tego, czy dana umowa konsorcjum zawiera elementy konstrukcyjne spółki cywilnej, czy umowa konsorcjum zawiera jakiegokolwiek szczegółowe regulacje dotyczące dochodzenia roszczeń od osób trzecich, a także w zależności od tego, czy umowa konsorcjum została włączona do umowy z osobą trzecią. Warto przytoczyć pogląd wyrażony przez Sąd Apelacyjny w Białymstoku, który uznał, że do umowy konsorcjum, która nie przewiduje wniesienia wkładów ani wspólności zysku, nie ma zastosowania konstrukcja majątku wspólnego wspólników spółki cywilnej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 17 października 2012 r., I ACa 460/12).

Umowa konsorcjum a prawo ochrony konkurencji

Podmioty mające zamiar ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane w ramach konsorcjum powinny mieć na uwadze pewne ryzyko, że w niektórych przypadkach konsorcjum może zostać uznane za porozumienie ograniczające konkurencję polegające na uzgadnianiu przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu zakresu prac lub ceny. Takie rozstrzygnięcie w odniesieniu do konsorcjum zapadło w decyzji prezesa UOKiK z 31 grudnia 2012 roku (RLU 38/2012), a ponadto na możliwość naruszania prawa konkurencji przez porozumienia konsorcyjne wskazano w raporcie UOKiK pt. „System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce”. Warto przy tym odnotować, że decyzja ta została uchylona wyrokiem SOKiK z 19 lutego 2015 r., sygn. akt XVII AmA 73/13.

Odnosząc się do stanowiska wyrażanego przez UOKiK w przywołanej decyzji, można stwierdzić, że ryzyko naruszenia konkurencji spowodowane ubieganiem się o udzielenie zamówienia publicznego przez konsorcjum jest wyższe w przypadku, gdy członkami konsorcjum są duże podmioty, które samodzielnie spełniałyby warunki udziału w przetargu, a ponadto miałyby realną szansę na samodzielne zwycięstwo w przetargu, lecz zdecydowały się na wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia, np. w celu zyskania możliwości zaferowania ceny niemożliwej do zaproponowania przez konkurentów, co w konsekwencji może prowadzić do eliminacji konkurentów z rynku. W przypadku rozpatrywania danej konkretnej sprawy znaczenie mają dający się odczytać rzeczywisty cel zawarcia porozumienia oraz inne specyficzne dla danej sprawy okoliczności

W przypadku stwierdzenia naruszenia prawa konkurencji przez UOKiK może nałożyć na uczestników porozumienia dotkliwej kary pieniężne.

Przywołane rozstrzygnięcie prezesa UOKiK ma - jak się wydaje - charakter wyjątkowy. Na uwagę zasługuje ponadto okoliczność uchylenia tej decyzji przez SOKiK po rozpoznaniu wniesionego odwołania. □