

Biznes w czasie pandemii

KONTRAKTY

W jakiej formie i na jakich zasadach zawrzeć umowę konsorcjum?



Paweł Jadczyk
radca prawny, partner
w kancelarii Jacek Kosiński
Adwokaci i Radcowie Prawni



Michał Fatek
radca prawny w kancelarii Jacek
Kosiński Adwokaci i Radcowie
Prawni

Tematyka konsorcjów i ich działalności pozostaje niezmiennie istotna w związku z realizacją zamówień publicznych, a przy tym budzi wciąż liczne wątpliwości. W ramach kilku artykułów postaramy się przekazać Państwu elementy wiedzy dotyczącej organizacji i funkcjonowania konsorcjów na rynku. Celem pierwszego, poniższego artykułu jest wprowadzenie do tematyki poprzez wskazanie możliwych form działania konsorcjów.

Umowa konsorcjum, poza nielicznymi wyjątkami (konsorcjum bankowe dla wspólnego udzielenia kredytu) nie jest uregulowana prawnie. Stanowi wytwór praktyki, kształtowanej przez nieco zmienne orzecznictwo. Potrzeby obrotu gospodarczego skłoniły przedsiębiorców do szukania form wspólnego wykonywania określonych przedsięwzięć. U podstaw wiązania się stron umową konsorcjum leży wykonanie konkretnego zamierzenia inwestycyjnego, w odróżnieniu na przykład od spółek osobowych lub kapitałowych, przewidzianych na potrzeby trwałej współpracy.

Podstawa zawierania umów

Umowa konsorcjum nie jest tworem jednolitym. Prawo zamówień publicznych, które dało podstawy do zaistnienia tego typu umowy w żaden sposób konsorcjum nie definiuje, nie posługuje się nawet takim pojęciem. Nie jest to dlatego jeden, ustandaryzowany typ kontraktu. Przeciwnie, w obrocie występuje wiele możliwych wariantów konsorcjów, różniących się często na tyle, że trudno czasem je zakwalifikować do tej samej rodziny umów. Jako umowę nienazwaną, podstawę jej zawierania należy widzieć w zasadzie swobody umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego; dalej k.c.). Daje to stronom dużą wolność w kształtowaniu treści takiej umowy. Nie są one bowiem związane przepisami bezwzględnie obowiązującymi (tj. niedającymi się wyłączyć) wola stron regulujący konkretny typ umowy.

Rodzaje konsorcjów

Praktyka obrotu wykształciła do tej pory pewne rodzaje umów konsorcjum, charakteryzujące się sobie właściwymi cechami szczególnymi. W pierwszym rzędzie rysuje się podział konsorcjów na te, które przybierają postać spółki cywilnej oraz te, które działają poza tą konstrukcją. To rozróżnienie jest o tyle istotne, że konsorcjum w formie spółki cywilnej lub zbliżonej do spółki cywilnej powoduje określone konsekwencje dla wykonawców.

1. Konsorcjum - poza spółką cywilną

Z uwagi na zasadę swobody umów, strony zawierające umowę konsorcjum nie muszą przestrzegać postanowień regulujących spółkę cywilną. W pełni dopuszczalne jest bowiem ukształtowanie umowy konsorcjum całkowicie poza konstrukcją umowy spółki cywilnej. Przyszli konsorcjanci mogą więc nie przyjąć na siebie - charakterystycznej dla konstrukcji spółki cywilnej - solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania zaciągnięte w związku z działalnością w ramach konsorcjum. Co więcej, z uwagi na fakt, że solidarność musi mieć podstawę ustawową albo umowną (art. 369 k.c.), to przy braku wprowadzenia odpowiedniej klauzuli umownej łączącej konsorcjantów węzłem solidarności, nie będą oni solidarnie odpowiedzialni.

WAŻNE!

Solidarność zobowiązań konsorcjantów nie wynika z ustawy, zaś samej solidarności się nie domniemywa. Wyjątkiem jest tu sfera zamówień publicznych, gdzie konsorcjanci ponoszą względem zamawiającego solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia - art. 445 Prawa zamówień publicznych. Jednak z ustawy tej wynika jedynie solidarność dłużników, nie solidarność wierzycieli.

Dlatego też w przypadku dochodzenia przed sądem wierzytelności przez konsorcjantów nie działających w formie spółki cywilnej nie istnieje - jak jest to w sytuacji współników spółki cywilnej - współuczestnictwo konieczne czy też jednolite zaś wyrok zasądający nie musi być wydany łącznie na rzecz wszystkich konsorcjantów. Przeciwnie, w przypadku dochodzenia przez konsorcjantów roszczeń pieniężnych znajdzie zastosowanie zasada podzielnosci świadczeń - na każdego konsorcjanta przypadając będzie taka część roszczenia, jaka wynika z proporcji wynagrodzenia lub podziału zadań przewidzianej przez strony w umowie konsorcjum.

Wreszcie, w przeciwieństwie do umowy spółki cywilnej, umowa konsorcjum nie będącego spółką cywilną nie musi również przewidywać obowiązku stron wniesienia wkładów. Nie powstaje też jakakolwiek wspólność praw i obowiązków, jak to się dzieje w przypad-

Projektując umowę konsorcjum strony mają duży zakres swobody - mogą utworzyć ją jako spółkę cywilną lub zawrzeć konsorcjum całkowicie poza tą kodeksową konstrukcją.

ku stron umowy spółki cywilnej, między którymi powstaje tzw. wspólność łączna, której cechą charakterystyczną jest, że dopóki spółka istnieje, wspólność nie może zostać zniesiona (art. 863 k.c.).

2. Konsorcjum jako spółka cywilna

Nie jest jednak wykluczone, aby strony zdecydowały, że łącząca ich umowa konsorcjum zostanie zawarta jako spółka cywilna. W takim jednak przypadku strony będą związane wszystkim postanowieniami bezwzględnie wiążącymi dotyczącymi spółki cywilnej. W szczególności konsorcjanci będą solidarnie odpowiedzialni za wszystkie zobowiązania podejmowane w ramach konsorcjum oraz będą musieli wspólnie dochodzić roszczeń związanych z funkcjonowaniem konsorcjum.

Trzeba zwrócić uwagę, że spółka cywilna jest formą konsorcjum, nie jest odrębnym od konsorcjum bytem. Co za tym idzie (a co będzie częścią dalszych artykułów) wybrana forma na skutek również dla zamawiającego i podwykonawców. W orzecznictwie Sądu Najwyższego w ostatnim czasie podkreśla się, że dla oceny, czy konsorcjum przybiera formę spółki cywilnej ważne są postanowienia umowy dotyczące majątku wspólnego i wola stron. W opozycji do poprzedniego orzecznictwa sąd zajmuje stanowisko, że wiązania spółki cywilnej nie można domniemywać i wskazuje na posiadania wspólnego majątku jako głównego elementu odróżniającego spółkę cywilną (lub konsorcjum w formie zbliżonej do spółki cywilnej) od konsorcjum w innej formie. Nie ma zatem podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów konsorcjum, jako umów spółki cywilnej. Jest to bowiem uzależnione od zawarcia w takiej umowie cech konstrukcyjnych spółki cywilnej (zob. **postanowienie SN z 15 stycznia 2019 r., III CSK 182/18**).

3. Konsorcja wewnętrzne i zewnętrzne

Kolejne rozróżnienie dotyczy konsorcjów wewnętrznych i zewnętrznych. Kryterium podziału sprowadza się do tego, czy konsorcjum występuje w obrocie jawnie wobec osób trzecich. Jeżeli umowy zawierane są bezpośrednio w imieniu konsorcjum, będzie ono miało charakter zewnętrzny. Jeżeli zaś wobec osób trzecich każdy z konsorcjantów występuje samodzielnie i we własnym imieniu, to konsorcjum przybiera postać wewnętrznego. W takim przypadku łącząca konsorcjantów umowa ma za zadanie przede wszystkim określenie wzajemnych relacji związanych z podziałem zadań i czynników ryzyka związanych z realizowanym przedsięwzięciem. Z podziałem na konsorcja wewnętrzne i zewnętrzne łączy się podział na konsorcja scentralizowane i zdecentralizowane. W tych pierwszych istnieje określone kierownictwo - jeden z konsorcjantów występuje w roli tzw. lidera konsorcjum, będącego pełnomocnikiem pozostałych stron umowy konsorcjum. W konsorcjach zdecentralizowanych brak jest funkcji lidera konsorcjum; każdy z w konsorcjantów występuje w stosunkach z osobami trzecimi we własnym imieniu. W zamówieniach publicznych taka sytuacja nie występuje ze względu na obowiązek wyłonienia lidera.

4. Konsorcjum jednolite i złożone

Konsorcjum może przybrać postać zarówno jednej umowy między wszystkimi konsorcjantami. Jest to wtedy tzw. konsorcjum jednolite. Może również przybrać postać konsorcjum złożonego. W takim przypadku poszczególni konsorcjanci zawierają odrębne umowy z inicjatorem konsorcjum. Ten ostatni występuje wtedy jako lider a samo konsorcjum złożone przybiera postać konsorcjum zewnętrznego.

5. Konsorcja rzeczowe i finansowe

Z punktu widzenia określenia udziału w zyskach i stratach konsorcjum wyróżnia się konsorcja rzeczowe i finansowe. W konsorcjum rzeczowym (niezintegrowanym) podział zysków i strat następuje w oparciu o zakres rzeczowy robót realizowanych przez poszczególnych konsorcjantów. Każda ze stron wykonuje odrębnie określone zadania. Konsorcjanci z góry więc ustalają zakres prac realizowanych przez każdego z nich i z góry przewidziane wynagrodzenie za nie. W zależności od tego, po jakich kosztach konsorcjant zrealizuje swój zakres zadań, jego zysk będzie odpowiednio większy lub mniejszy.

W konsorcjum finansowym (zintegrowanym) przychody i koszty konsorcjanta ustalane są w oparciu o z góry przyjęty procent w generowanych przychodach i kosztach. Brak jest podziału rzeczowego zadań między konsorcjantami. Każdy z nich wykonuje projekt sukcesywnie, stosownie do potrzeb przedsięwzięcia, wykorzystując własne aktywa, na ogół zatrudnia się do większości zadań podwykonawców. Zazwyczaj przy konsorcjum finansowym prowadzone jest wspólne konto rozliczeniowe konsorcjantów, zarządzane przez lidera konsorcjum. Konsorcjum finansowe w zasadzie przybiera formę co najmniej zbliżoną do spółki cywilnej.

Niekiedy występują również postacie konsorcjów mieszane, rzeczowo-finansowe. Polega to na tym, że w konsorcjum będącym zintegrowanym w zakresie braku podziału zadań strony ustalają

zasady podziału zysków i strat charakterystyczne dla konsorcjum niezintegrowanego, tj. z góry przewidziane wynagrodzenie dla każdego z konsorcjantów.

6. Konsorcja niezintegrowane i zintegrowane

Istotną konsekwencją praktyczną podziału na konsorcja niezintegrowane i zintegrowane jest to, że przy tych drugich każdy z konsorcjantów może powoływać się w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na całość doświadczenia w nim nabytego, podczas gdy przy konsorcjum zintegrowanym następuje to wyłącznie w zakresie rzeczowego zakresu prac, które taki konsorcjant faktycznie realizował z tym zastrzeżeniem, że orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej nie jest tutaj jednolite, a nawet niewielki udział w na przykład budowie częstokroć wystarcza do powołania się na doświadczenie w budowie mostów. Co więcej, lider konsorcjum na ogół może powoływać się na doświadczenie w budowie wszystkich elementów zamówienia.

Konsorcjum a regulacje PZP

Prawo zamówień dopuszcza występowanie po stronie wykonawcy kilku podmiotów. Nie posługuje się jednak pojęciem konsorcjum. Prawo zamówień publicznych (PZP) przewiduje jedynie, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Konsorcjum jest w istocie nazwą, która przyjęła się dla określenia takiego sposobu realizacji zamówienia.

Umowa konsorcjum jest zawierana na ogół przed złożeniem oferty, jednak na tym etapie niektórzy wykonawcy wolał posługiwać się umową przedprzetargową, która określa zasady udziału w przetargu do momentu zawarcia umowy, lub umową zobowiązującą do zawarcia umowy konsorcjum. Z uwagi na konieczność reprezentowania konsorcjum wobec zamawiającego przez pełnomocnika, konsorcjum na gruncie prawa zamówień publicznych musi przybrać postać scentralizowaną.

WAŻNE!

Zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia przyjęcia określonej formy prawnej współpracy. Może jednak żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Wykonawcy są jednak zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 58 i art. 59 PZP).

Co do zasady zamawiający nie ma również wpływu na zakres prac realizowanych przez poszczególnych konsorcjantów i podzielenie przez nich części zakresu zamówienia. To ci ostatni co do zasady decydują o podziale zadań między nimi. Wyjątkiem od tego jest sytuacja, w której zamawiający zastrzeże w specyfikacji warunków zamówienia obowiązek osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub usługi a także prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawę (art. 60 PZP), ewentualnie jeden z wykonawców spełniał warunek udziału w postępowaniu - wówczas musi realizować odpowiednią część zamówienia.

Stosunki z osobami trzecimi

Stosunki konsorcjum z osobami trzecimi zależą w głównej mierze od postanowień łączącej strony umowy konsorcjum, co będzie przedmiotem innego artykułu. Wyjątkiem jest tu sfera zamówień publicznych, gdzie konsorcjanci odpowiadają wobec zamawiającego solidarnie za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 445 ust. 1 PZP). Na gruncie prawa zamówień publicznych solidarna odpowiedzialność nie dotyczy jedynie zamówień udzielanych w formule partnerstwa innowacyjnego, przy których wykonawcy ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

Stosunek konsorcjum nie kreuje również między konsorcjantami - ani wobec zamawiającego ani wobec osób trzecich - solidarności czynnej, w zakresie roszczeń samych konsorcjantów. Najczęściej umowa konsorcjum przewiduje, że płatności powinny być dokonywane na rzecz lidera konsorcjum, który prowadzi rachunek bankowy na rzecz pozostałych konsorcjantów zaś umowa konsorcjum przewiduje wtedy zasady podziału środków przez lidera na rzecz pozostałych konsorcjantów. Jest to standardem na gruncie zamówień publicznych. W sytuacji zaś, gdy konsorcjum przybiera postać spółki cywilnej, dochodzenie roszczeń konsorcjantów wymaga aktywności wszystkich z nich a to z uwagi na łączącą współników wspólność praw spółkowych.