

Biznes w czasie pandemii

KONTRAKTY

Ryzyko konsorcjum z powodu długów jednego

Prawidłowy dobór konsorcjantów gwarantuje powodzenie realizacji inwestycji na każdym jej etapie, od momentu podpisania umowy, przez wykonanie zamówienia publicznego aż do wygaśnięcia gwarancji na zrealizowane prace. Zdarzają się jednak sytuacje, których konsorcjanci nie są w stanie przewidzieć w chwili podpisania umowy powołującej konsorcjum.



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



Maciej Lulka
radca prawny w kancelarii
Jacek Kosiński Adwokaci
i Radcowie Prawni

Problemy realizacyjne, a w szczególności roszczenie finansowe innego podmiotu względem współkonsorcjanta mogą mieć wpływ na całe konsorcjum. Każdy współkonsorcjant, poza realizacją umowy zawartej przez konsorcjum z zamawiającym, prowadzi także inne projekty, czy to samodzielnie, czy to w ramach innego konsorcjum. Jednak roszczenia osób trzecich (a także zamawiającego), w stosunku do współkonsorcjanta,

niezwiązane z realizowanym wspólnie kontraktem, mogą powodować utrudnienia. Zamawiający, w sytuacji otrzymania od wierzyciela (przedsiębiorcy, osoby fizycznej lub organu państwa, na przykład podatkowego) zajęcia wierzytelności, będzie dążył do wykonania zajęcia - a więc zapłaty do rąk komornika. Co więcej, sam zamawiający może próbować dokonywać potrąceń wierzytelności wynikających z innych kontraktów.

Realizacja umowy w formie spółki cywilnej

Jeśli wykonawcy przyjmą, że umowa o zamówienie publiczne będzie realizowana przez nich w formie spółki cywilnej (lub zbliżonej do spółki cywilnej), zamawiający musi wziąć tę okoliczność pod uwagę przy ocenie, komu przynależy wynagrodzenie za wykonane prace w ramach umowy, tj. każdemu z wykonawców z osobna w odpowiedniej części, czy też wspólnikom spółki cywilnej łącznie.

Umowa spółki cywilnej nie zawiera podziału rzeczowego zamówienia, żaden ze wspólników nie wykonuje zamówienia osobiście, czasami zdarza się to w części. Zgodnie z umową spółki cywilnej istnieje wspólny majątek wspólników, wspólny cel gospodarczy, więzi organizacyjne i majątkowe. Umowa spółki cywilnej tworzy spółkę cywilną wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wybór sposobu realizacji kontraktu, który nie wymaga uzyskania zgody zamawiającego, powoduje, że wierzytelności należne od zamawiającego na rzecz wspólników spółki cywilnej są wierzytelnościami wchodzącymi w skład majątku wspólnego. O ile wierzytelności pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, są spełniane częściami, to każda z tych części przysługuje niepodzielnie wszystkim wspólnikom. Z przepisu art. 863 par. 3 kodeksu cywilnego (k.c.) wynika, że zamawiający jest obowiązany spełnić każdą część świadczenia do majątku wspólnego (a więc nie każdemu konsorcjantowi odrębnie) i dlatego nie może dokonywać żadnych potrąceń wierzytelności z osobistymi długami wspólników. Tym samym majątek konsorcjum chroniony jest przed egzekucją wierzyciela współkonsorcjanta i pozwala na dalszą realizację umowy o

zamówienie publiczne bez związanego z długami konsorcjanta ryzyka dla przyjętych płatności na rzecz dostawców i podwykonawców. Zamawiający nie może zatem wierzytelności wspólników spółki cywilnej wypłacić komornikowi, czy też zatrzymać dla siebie.

Współwłasność łączna

Główne cele umowy spółki cywilnej to: zabezpieczenie środków finansowych przez współkonsorcjantów na realizację danego zadania inwestycyjnego, wspólna realizacja zamówienia, w tym wspólne podejmowanie decyzji i nabywanie doświadczenia (zdolności technicznych w rozumieniu PZP). W odróżnieniu od konsorcjum rzeczowego, spółka cywilna posiada własny majątek, który w okresie trwania spółki nie podlega podziałom, jak również niemożliwe jest rozpoznanie jego składnikami.

WAŻNE!

Majątek spółki cywilnej to wspólne mienie wspólników, które objęte jest specjalnym rodzajem współwłasności - współwłasnością łączną - tak jak współwłasność małżonków. Majątek wspólny wspólników obejmuje wyłącznie aktywa.

Wolą stron możliwe jest ukształtowanie świadczenia zamawiającego jako niepodzielnego w przypadku konsorcjum działającego w formie spółki cywilnej. Co do zasady świadczenie pieniężne jest podzielne (art. 379 par. 1 k.c.), niemniej niepodzielność takiego świadczenia może wynikać z istoty stosunku prawnego, z którego wypływa obowiązek spełnienia określonego świadczenia, którego treść jak również wola stron tego stosunku mogą wykluczyć zastosowanie ww. przepisu k.c. - tak też orzekł **Sąd Najwyższy - Izba Cywilna z 23 września 2016 r., II CSK 27/16.**

Biznes w czasie pandemii

z jego członków

W konsekwencji świadczenia zamawiającego wobec spółki cywilnej nie może zostać podzielone pomiędzy wspólników - nie można oznaczyć jakiegokolwiek części świadczenia zamawiającego należnej konkretnemu wspólnikowi. Sytuacja miałaby się zgoła inaczej, gdyby konsorcjum wybrało metodę podziału rzeczowego zamówienia. Wówczas każdy z wykonawców mógłby dochodzić części świadczenia należnego za prace przez niego wykonane, a świadczenie byłoby podzielne pomiędzy wykonawców. W dalszej konsekwencji wierzyciel mógłby z należności danego współkonsorcjanta zaspokoić swoje roszczenie.

Oznacza to, że jeżeli którykolwiek z konsorcjantów jest dłużnikiem zamawiającego z tytułu innej umowy, to ukształtowanie umowy konsorcjum jako umowy spółki cywilnej powoduje, że zamawiający nie może potrącić takiego długu ze świadczeniem wobec spółki cywilnej. Potwierdza to orzecznictwo.

Z ORZECZNICTWA

Wszystkie podmioty tworzące konsorcjum stanowią łącznie jeden podmiot praw i obowiązków w relacji do drugiej strony umowy

o roboty budowlane, a w konsekwencji należne na rzecz konsorcjum wynagrodzenie stanowi jedno niepodzielne świadczenie zamawiającego (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 maja 2015, I ACa 1621/13).

Zakaz zapłaty komornikowi

Jeżeli konsorcjum nie zostało zawarte w formie spółki cywilnej, wówczas świadczenie zamawiającego pozostaje podzielne pomiędzy członków konsorcjum i zamawiający ma obowiązek wypłacić komornikowi część wynagrodzenia należną egzekwowanemu członkowi konsorcjum. W konsekwencji prowadzi to na ogół do problemów w realizacji części zamówienia, za którą odpowiada egzekwowany dłużnik, co z kolei oczywiście powoduje odpowiedzialność pozostałych członków konsorcjum, wynikająca z solidarności wobec zamawiającego.

Z kolei wobec brzmienia art. 863 par. 3 k.c. nie jest możliwa wypłata komornikowi egzekwowanemu wierzycielowi osoby trzeciej od współnika jakiegokolwiek części świadczenia należnej wspólnikom

spółki cywilnej. Przepis ten stanowi jednoznacznie, iż w czasie trwania spółki wierzyciel współnika nie może żądać zaspokojenia z jego udziału we wspólnym majątku wspólników ani z udziału w poszczególnych składnikach tego majątku. W praktyce zamawiający dostaje od komornika postanowienie o zajęciu wierzytelności członka konsorcjum, przy czym komornik na tym etapie nawet nie bada, czy świadczenie zamawiającego jest podzielne (nie bada formy konsorcjum). Tymczasem kluczowym elementem jest brak tożsamości podmiotowej - dług egzekwowany jest bowiem od podmiotu - współnika spółki cywilnej, a wynagrodzenie płatne przez zamawiającego należne jest wszystkim łącznie wspólnikom spółki cywilnej jako świadczenie niepodzielne.

W praktyce często można spotkać próbę ostrożnościowego podejścia zamawiającego, który w sytuacji powyższej może próbować wymagać zgody na zapłatę komornikowi wynagrodzenia objętego zajęciem. Jakikolwiek częściowe spełnienie świadczenia do rąk komornika, bądź złożenie go do depozytu, będzie stanowiło naruszenie umowy o zamó-

wienie publiczne i uprawniało wykonawcę do dochodzenia zapłaty lub skorzystania z innych praw zagwarantowanych ww. umową na wypadek braku zapłaty.

Zajęcie praw współnika

Kodeks postępowania cywilnego zawiera jednak przepis zgodnie z którym komornik może zająć prawa współnika przysługujące mu na wypadek wystąpienia. W rzeczywistości oznacza to przede wszystkim zajęcie wierzytelności pieniężnych występującego współnika. Samo w sobie to zajęcie nie jest od razu groźne dla pozostałych członków konsorcjum, natomiast należy skorelować to uprawnienie z treścią art. 870 k.c., który daje prawo wierzycielowi osobistemu prawo do wypowiedzenia udziału w spółce cywilnej, jeżeli:

- prowadzona była przez sześć miesięcy bezskuteczna egzekucja z ruchomości,
- uzyskał zajęcie praw, o którym była mowa wyżej.

Termin wypowiedzenia wynosi trzy miesiące, chyba że umowa spółki cywilnej umożliwia wypowiedzenie za krótszym terminem. Jeżeli współ-

ników było dwóch, to oczywiście spółka przestaje istnieć.

Ostatecznym efektem wypowiedzenia jest możliwość egzekucji z zajęciem przedmiotów znajdujących się we własności łącznej spółki cywilnej. Jeżeli dojdzie do sytuacji, w której dłużnik jest współwłaścicielem rzeczy, wówczas komornikowi przysługuje już prawo do egzekucji z udziału. Komornik sprzedaje zatem jedynie udział w ruchomości.

Niestety, komornik i tak ma prawo do zajęcia całej ruchomości. W praktyce członek konsorcjum - posiadający niewielki udział w spółce może spowodować zajęcie i wyłączenie z realizacji zamówienia dowolnej ruchomości - chociażby była to maszyna o dużej wartości. Jest to sytuacja paradoksalnie trudniejsza, niż upadłość współnika-dłużnika. Konsorcjum, które nie posiada formy spółki cywilnej, ale które jest właścicielem jakiegokolwiek wspólnego majątku, znajduje się od razu w sytuacji, w której komornik może zająć ruchomości. Planowanie struktury na etapie zawierania umowy pozwala zastosować pewne rozwiązania, które przynajmniej częściowo zmniejszają opisaną zagrożenia.

Upadłość konsorcjum

Wreszcie trzeba wskazać, że dłużnik osobisty może doprowadzić do ogłoszenia upadłości członka konsorcjum. Wówczas skutki będą różne w zależności od formy konsorcjum. Jest to jednak temat osobnego artykułu, w którym wkrótce rozwiemy ten wątek.

Podsumowanie

Jeśli konsorcjum realizuje umowę o zamówienie publiczne w formie spółki cywilnej, a nie w formie konsorcjum rzeczowego, daje to konsorcjantom dodatkowe bezpieczeństwo finansowe i czas na reakcję w przypadku kłopotów jednego z konsorcjantów.

Ani zamawiający, ani komornik bez rozwiązania spółki cywilnej nie mają możliwości egzekwowania swoich wierzytelności osobistych z wierzytelności takiego konsorcjum tak długo, jak spółka cywilna istnieje. /@

Pierwszy odcinek z cyklu: „W jakiej formie i na jakich zasadach zawrzeć umowę konsorcjum?” opublikowaliśmy 8 października