

Biznes w czasie pandemii

KONTRAKTY

Konsorcjum w zamówieniach publicznych – jaka odpowiedzialność?



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



Natalia Nachulewicz
advokat w kancelarii Jacek
Kosiński Adwokaci i Radcowie
Prawni

W ustawie prawo zamówień publicznych (p.z.p.), odpowiedzialność konsorcjantów wobec zamawiającego została ukształtowana w formie odpowiedzialności solidarniej (art. 445 ust. 1 p.z.p.), za wyjątkiem zamówień udzielonych w trybie partnerstwa innowacyjnego (art. 445 ust. 1 p.z.p.) oraz partnerstwa publiczno-prywatnego. Z kolei możliwość dochodzenia wierzytelności przez konsorcjantów (łącznie lub przez każdego oddzielnie) zależy od rodzaju umowy łączącej konsorcjantów i jej postanowień (więcej o tym w artykule „W jakiej formie i na jakich zasadach zawrzeć umowę konsorcjum” Rzeczpospolita z 8 października 2021 r.). W sytuacji podpisania umowy konsorcjum, bez dodatkowych zapisów kształtujących zobowiązanie w stosunku do kontrahenta jako solidarne czy niepodzielne, każdy z konsorcjantów może dochodzić należnej mu wierzytelności oddzielnie. W przypadku zapisów zmieniających zasady ogólne wynikające z kodeksu cywilnego, jak również w sytuacji ukształtowania konsorcjum poprzez zawarcie spółki cywilnej, konsorcjanci będą zobowiązani do wspólnego zainicjowania postępowania sądowego.

Odpowiedzialność wobec zamawiającego

Zgodnie z treścią art. 445 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 58 ust. 1 p.z.p. wykonawcy, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Powyższe oznacza, iż wykonawcy tworzący konsorcjum niezależnie od jego formy (czy zostało zawiązanie w formie spółki cywilnej czy umowy konsorcjum) odpowiadają solidarnie wobec zamawiającego (tzw. solidarność bierna).

Zapisy umowy, które w sposób odmienny niż określa to ustawa p.z.p. kształtowałyby odpowiedzialność konsorcjantów, nie będą więc skuteczne wobec zamawiającego.

W przypadku dochodzenia przez zamawiającego wykonania umowy lub roszczeń pieniężnych, zamawiający na podstawie art. 366 § 1 kodeksu cywilnego (k.c.) będzie mógł żądać całości lub części świadczenia od wszystkich konsorcjantów łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie zamawiającego

przez któregośkolwiek z konsorcjantów zwolni pozostałych (solidarność dłużników).

WAŻNE!

W sytuacji skierowania sprawy przez zamawiającego do rozstrzygnięcia przez sąd, będzie on uprawniony do określenia liczby podmiotów po stronie pozwanej wedle swojego uznania.

Solidarność bierna konsorcjantów

Z kolei pomimo wyłączenia w partnerstwie innowacyjnym i publiczno-prywatnym odpowiedzialności w formie solidarności biernej konsorcjantów, nie można uznać za zasadne stwierdzenia, że odpowiedzialność solidarna po stronie konsorcjantów nigdy nie powstanie. Podstawą przez zamawiającego przyjęcia odpowiedzialności solidarnej wykonawców tworzących konsorcjum, pomimo zamówienia realizowanego w trybie partnerstwa innowacyjnego, będą w określonych sytuacjach przepisy kodeksu cywilnego, ale także tekst umowy pomiędzy podmiotem publicznym a partnerem prywatnym. Brak ustawowej solidarności nie przesądza bowiem o zakazie umownego jej wprowadzenia. Należy przy tym zwrócić uwagę, iż sam fakt podpisania umowy przez kilku konsorcjantów nie kreuje jeszcze solidarności, o ile świadczenie jest podzielne.

Podstawą przyjęcia odpowiedzialności w formie solidarności biernej konsorcjantów, może stanowić art. 380 k.c. Zgodnie z treścią art. 380 § 1 k.c. dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni. Przy czym podstawą odpowiedzialności będą przepisy kodeksu cywilnego. Ponadto, zgodnie z treścią art. 370 k.c. jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Złożenie oferty, a w konsekwencji ubieganie się o zamówienie publiczne przez konsorcjantów, może doprowadzić do sytuacji zaciągnięcia zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia zgodnie z treścią art. 370 k.c. Tym samym w omawianym przykładzie powstanie solidarna odpowiedzialność bierna po stronie konsorcjantów, za wykonanie zobowiązania jakim jest zawarcie umowy o zamówienie publiczne.

Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego, w przeważającej części świadczenia wobec zamawiającego pozostają jednak podzielne. Podzielne jest bowiem na ogół świadczenie polegające na wybudowaniu, podzielne są dostawy i podzielne są na ogół usługi.

Odpowiedzialność zamawiającego wobec konsorcjantów i ich wzajemna odpowiedzialność w umowach z podwykonawcami zależy od formy konsorcjum, podzielności świadczenia podwykonawców oraz narzuconych klauzul kontraktowych.

■ **Współuczestnictwo materialne**
Jeżeli roszczenie przysługuje kilku konsorcjantom (zamawiający na przykład w ogóle odmówił zapłaty) konsorcjanci będą mogli (nie – mieli obowiązek) również wspólnie zainicjować postępowanie sądowe, albowiem podstawa prawna i faktyczna będzie ta sama, a zatem na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.) zachodzić będzie współuczestnictwo materialne. Przy tym wyrok będzie dotyczył każdego z konsorcjantów osobno, a ewentualne rozstrzygnięcia nie muszą pozostawać tożsame (np. z uwagi na przedawnienie roszczeń w stosunku co do niektórych konsorcjantów).

■ **Rozliczenia pomiędzy konsorcjantami**
Jeśli konsorcjanci zawarli umowę z kontrahentem, przy tym zastrzegając w umowie konsorcjum solidarność po stronie wierzycieli, oznacza to, iż sam zapis dotyczący solidarności zawarty w umowie konsorcjum (nie będącego spółką cywilną) jest niewystarczający. Odpowiednie zapisy należy bowiem wprowadzić do umów z kontrahentami, aby skutecznie zastrzec solidarność po stronie konsorcjantów. W przeciwnym razie kontrahenci nie będą mieli wiedzy o tym, że wierzytelność jest solidarna, a zatem nie będzie można wywodzić negatywnych skutków w stosunku do kontrahentów, w sytuacji w której spełniliby świadczenie w sposób niezgodny z zastrzeżoną solidarnością.

Dochodzenie spełnienia świadczenia od zamawiającego

Punktem wyjścia dla rozważań w przedmiocie dochodzenia przez konsorcjantów wierzytelności, pozostaje podział ze względu na okoliczność czy umowa pomiędzy konsorcjantami została zawarta w formie spółki cywilnej (lub podobnej) czy też nie.

■ Solidarność czynna i bierna

Jeśli konsorcjum zawarte zostało w formie spółki cywilnej dochodzi do powstania solidarności czynnej wobec zamawiającego, a także solidarności biernej w stosunku do podwykonawców.

Jeśli w umowie zwartej z zamawiającym nie zastrzeżono solidarności konsorcjantów, podstawę do dochodzenia należności będzie stanowił art. 379 k.c. Zgodnie z jego treścią jeżeli jest kilku wierzycieli (konsorcjantów), a świadczenie jest podzielne, to wierzytelność dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ile jest wierzycieli. Części te pozostają równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego. Powyższe z kolei przekładając na prawo procesowe, prowadzi do sytuacji w której każdy z konsorcjantów jest legitymowany oddzielnie do zainicjowania postępowania, celem dochodzenia należnej mu części wierzytelności. Tytułowym przykładem jest tu konsorcjum rzeczowe, w którym każdy z konsorcjantów może dochodzić wynagrodzenia za część zrealizowaną przez siebie. Co ciekawe, za-

mawiający nie musi wiedzieć przed wytoczeniem procesu, któremu z konsorcjantów przysługuje roszczenie o zapłatę wynagrodzenia, kwestię tę należy zawsze wykazać w pozwie.

■ **Współuczestnictwo materialne**
Jeżeli roszczenie przysługuje kilku konsorcjantom (zamawiający na przykład w ogóle odmówił zapłaty) konsorcjanci będą mogli (nie – mieli obowiązek) również wspólnie zainicjować postępowanie sądowe, albowiem podstawa prawna i faktyczna będzie ta sama, a zatem na podstawie art. 72 § 1 pkt 1 kodeksu postępowania cywilnego (k.p.c.) zachodzić będzie współuczestnictwo materialne. Przy tym wyrok będzie dotyczył każdego z konsorcjantów osobno, a ewentualne rozstrzygnięcia nie muszą pozostawać tożsame (np. z uwagi na przedawnienie roszczeń w stosunku co do niektórych konsorcjantów).

■ Rozliczenia pomiędzy konsorcjantami

Jeśli konsorcjanci zawarli umowę z kontrahentem, przy tym zastrzegając w umowie konsorcjum solidarność po stronie wierzycieli, oznacza to, iż sam zapis dotyczący solidarności zawarty w umowie konsorcjum (nie będącego spółką cywilną) jest niewystarczający. Odpowiednie zapisy należy bowiem wprowadzić do umów z kontrahentami, aby skutecznie zastrzec solidarność po stronie konsorcjantów. W przeciwnym razie kontrahenci nie będą mieli wiedzy o tym, że wierzytelność jest solidarna, a zatem nie będzie można wywodzić negatywnych skutków w stosunku do kontrahentów, w sytuacji w której spełniliby świadczenie w sposób niezgodny z zastrzeżoną solidarnością.

■ Wspólny pozew współników

Jeśli konsorcjum zostało utworzone w formie spółki cywilnej, zawsze będzie zachodziło współuczestnictwo jednolite na podstawie art. 72 § 2 k.p.c. Jako powodowie będą legitymowani czynnie wszyscy współnicy tworzący spółkę, przy czym na podstawie art. 865 § 1 k.c. w zw. z art. 866 k.c. jeden ze współników będzie mógł reprezentować odpowiednio wszystkich lub część współników spółki cywilnej. Innymi słowy po stronie powodowej winny zostać wskazane wszystkie podmioty tworzące konsorcjum zaś wyrok będzie dotyczył konsorcjum jako całości.

Z praktycznego punktu widzenia powoduje to problemy z dochodzeniem roszczeń, o ile jeden ze współników nie chce występować na drodze

sądową. Dlatego też ważne jest zapewnienie sobie przez lidera (o ile taki występuje) albo wszystkich pozostałych członków odpowiednich pełnomocnictw i narzędzi uniemożliwiających składanie sprzecznych ze sobą pism procesowych.

Odpowiedzialność względem podwykonawców

Rozważając odpowiedzialność konsorcjantów względem podwykonawców również należy odróżnić sytuację konsorcjum w formie spółki cywilnej od konsorcjum w innej formie.

■ Umowa w formie spółki cywilnej

Kiedy umowa z podwykonawcą została podpisana przez konsorcjum działające jako spółka cywilna, podwykonawca będzie mógł skierować swoje roszczenie względem całego konsorcjum nie zaś tylko wybranym współnikiem, z którymi kooperował podczas wykonywanych usług.

W tym kontekście można zwrócić uwagę na pojawiające się wymagania zamawiających, by stronami umowy z podwykonawcą byli wszyscy członkowie konsorcjum. Można powiedzieć, że sam fakt zawarcia umowy nie przesądza o solidarności odpowiedzialności wszystkich konsorcjantów. Przeciwnie – w treści umowy można nawet wprost wskazać, że jedynym odpowiedzialnym za należyte wykonanie umowy będzie wskazany członek konsorcjum (jeżeli nie przyjęło ono formy spółki cywilnej).

■ Umowa w innej formie

O ile z umowy nie wynika inaczej, to przy braku formy spółki cywilnej członkowie konsorcjum będą ponosić odpowiedzialność wyłącznie względem podwykonawcy z którym podpisali umowę. Nie ma przy tym przeszkód, aby odpowiedzialność rozszerzyć na pozostałych członków konsorcjum choćby wskazując – w umowie o podwykonawstwo – na solidarność, przy czym może to dotyczyć solidarności zarówno biernej (wykonanie prac przez podwykonawcę) jak i czynnej (zapłata podwykonawcy). W omawianym przypadku kwestia odpowiedzialności konsorcjantów została całkowicie pozostawiona swobodzie umów wynikającej z art. 353¹ k.c. (oczywiście z uwzględnieniem opisanych wyżej sytuacji podzielności świadczenia).

W tym miejscu należy wskazać na wyjątek wynikający z art. 647¹ § 1 k.c., na który zwraca uwagę część doktryny.

WAŻNE!

Jeśli inwestor (zamawiający) uiszcza wynagrodzenie na rzecz podwykonawcy, będzie miał on roszczenie względem wszystkich członków konsorcjum, nie zaś wobec określonego wykonawcy, który zawarł umowę z podwykonawcą, której następnie nie wykonał.

Podsumowanie

Odpowiedzialność konsorcjantów względem podwykonawców można ukształtować w sposób tożsamy jak odpowiedzialność zamawiającego w stosunku do konsorcjantów. W przypadku zaś konsorcjum, które w swej istocie odpowiada spółce cywilnej, odpowiedzialność pozostanie solidarna. Nie ma przy tym przeszkód, aby roszczenia regresowe konsorcjantów ukształtować w strukturze wewnętrznej w określony sposób, niemniej jednak nie będą one wywierały skutku wobec podmiotów trzecich, a stanowiły podstawę do wewnętrznych rozliczeń.

Z uwagi na powyższe istotnym jest, aby w umowie konsorcjum w sposób precyzyjny określić ewentualne roszczenia regresowe. W przeciwnym wypadku znajdą zastosowanie ogólne normy wynikające z kodeksu cywilnego, a tym samym wysokość roszczenia będzie dzieliła się na tyle równych części ilu będzie konsorcjantów. Innymi słowy, celem uniknięcia sytuacji w której jeden z konsorcjantów uiszcza należność do której *de facto* nie powinien być zobowiązany, winien on mieć umownie zagwarantowaną możliwość dochodzenia odpowiedniej części od pozostałych członków konsorcjum, na podstawie zapisów łączącej ich umowy.

/@

W cyklu dot. konsorcjum opublikowaliśmy dotychczas:

8 października – „W jakiej formie i na jakich zasadach zawrzeć umowę konsorcjum?”

22 października – „Ryzyko konsorcjum z powodu długów jednego z jego członków”.

6 listopada – „Zamówienia publiczne a upadłość konsorcjanta”.