

mgr inż. **Anna TOMAKA**

Stanowisko d/s zamówień publicznych

CNBOP

KONSORCJUM W ZAMÓWIENIACH PUBLICZNYCH

Consortium in public procurement

Streszczenie:

W artykule opisano organizację konsorcjum jako umowę podmiotów występujących wspólnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Prawa i obowiązki wynikające z udziału w konsorcjum. Informację o działalności CNBOP jako uczestnika konsorcjum dysponującym zespołem informacji i rozwiązań dotyczących bezpieczeństwa i działań kryzysowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej.

Summary:

This article is about consortium organizations cooperating as one in public procurement contract award procedure. Rights and duties in consortium. Information of CNBOP activity as participant who has knowledge of safety procedures, emergency procedures for fire protection.

Słowa kluczowe: konsorcjum, warunki udziału w postępowaniu, lider konsorcjum, umowa konsorcjum, doświadczenie, know-how, PROTEUS;

Keywords: consortium, conditions for participation in the procedure, leader of consortium, consortium contract, experience, know-how, PROTEUS;

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest omówienie najważniejszych aspektów występowania konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamiarem autorki jest wskazanie, jaka jest istota prawna konsorcjum, cechy umów, zasady doboru współkonsorcjantów, więzi między członkami konsorcjum i ich odpowiedzialności, a także co daje takie porozumienie stron i dlaczego coraz trudniej w pojedynkę ubiegać się o zamówienie publiczne.

Pojęcie i istota prawna konsorcjum

Konsorcjum to „organizacja zrzeszająca kilka podmiotów (zazwyczaj gospodarczych) na określony czas, w konkretnym celu. Konsorcja są tworzone najczęściej w przypadku bardzo dużych lub ryzykownych inwestycji. Mają one charakter doraźny. Tym się wyróżniają od innych form wspólnego działania (holding, kartel, syndykat itp.), które mają charakter instytucjonalny lub trwałe”. [1]

Konsorcjum, to „organizacja gospodarcza, założona na ściśle określony czas przez grupę przedsiębiorstw przemysłowych, handlowych, banków itp. w celu dokonywania operacji handlowych, finansowych lub, co jest najczęstsze, w celu zrealizowania przedsięwzięcia gospodarczego o dużej skali (budowa lotnisk, autostrad, infrastruktury przemysłowej, sprzedaż obligacji itp.), przekraczającego możliwości produkcyjne i szczególnie kapitałowe pojedynczych, nawet bardzo dużych, przedsiębiorstw i banków. Jest to na ogół struktura tymczasowa, kończąca swój żywot po osiągnięciu celu, dla którego realizacji została utworzona. Podmioty gospodarcze wchodzące w skład konsorcjum zachowują pełną niezależność w swojej działalności nie związanej z celem konsorcjum, w jego ramach natomiast realizują na wspólny rachunek ściśle wyznaczone zadania rzeczowe, handlowe i finansowe objęte porozumieniem. Głównym celem tworzenia konsorcjum jest uzyskanie większego, niż w przypadku pojedynczych jednostek, potencjału finansowego i wytwórczego oraz ułatwienie dostępu do rynku kredytowego i kapitałowego”. [2]

Aktualny stan prawny umożliwia ubieganie się przez kilka podmiotów o zamówienie publiczne, zarówno prawo wspólnotowe (Art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi ma na celu harmonizację określonych elementów procedur udzielania zamówień publicznych) [3], jak i prawo krajowe transponujące dyrektywę wspólnotową do polskiego porządku prawnego (Art. 23 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. Urz. z 2010 r. Nr 113, poz. 759). [4]

Według Leopolda Stockiego: „Przywilej utworzenia konsorcjum, lub do przystąpienia do konsorcjum już istniejącego ma w zasadzie każdy podmiot prawa prowadzący działalność gospodarczą w kraju lub zagranicą.

W polskim prawie konsorcjum nie jest zdefiniowane. Konsorcjum jest to twór powołany w drodze umowy przez podmioty prowadzące działalność gospodarczą lub osoby fizyczne nie prowadzące działalności gospodarczej, które zobowiązują się wspólnie dążyć do

osiągnięcia wytyczonego celu gospodarczego. Ponieważ prawo nie wyszczególnia umowy konsorcjum, należy ona do tzw. umów nienazwanych. Konsorcjum nie musi posiadać określonej struktury organizacyjnej (organów), nie musi też być wyposażone w majątek własny, wyodrębniony z majątków jego uczestników, nie musi więc być rejestrowane, nie musi mieć odrębnej nazwy ani też siedziby.

Tworzyć konsorcjum mogą wszelkie przedsiębiorstwa i to niezależnie od tego, jaki podmiot jest ich właścicielem. Założycielami konsorcjum mogą być więc przedsiębiorstwa państwowe lub prowadzone z kapitałowym udziałem państwa. Wielkość tego udziału jest obojętna. Nieistotne jest przy tym, że określony udział w przedsiębiorstwie państwowym ma podmiot zagraniczny. Identyczne uprawnienia do utworzenia konsorcjum mają przedsiębiorstwa spółdzielcze lub mieszane, a więc państwowo-spółdzielcze. Z przywileju tego mogą oczywiście korzystać również przedsiębiorstwa prywatne, i to także wtedy, gdy uczestniczą w nich kapitałowo lub rzeczowo, osoby mające swe siedziby (miejsce zamieszkania) poza granicami tworzenia i działania danego konsorcjum.

Organizacyjno-prawne i gospodarcze rozmiary tych wszystkich przedsiębiorstw nie odgrywają zasadniczej roli. Nie mają też istotnego znaczenia prawne struktury, według których poszczególne podmioty prowadzą działalność gospodarczą. Twórcami konsorcjum mogą więc być nie tylko przedsiębiorstwa jednopodmiotowe, ale także różnej postaci spółki osobowe i kapitałowe, a zwłaszcza spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i spółki akcyjne. Do grupy tej mogą być włączane także spółki skarbu państwa.

Wśród uczestników konsorcjum krajowego mogą znaleźć się także podmioty prowadzące swą podstawową działalność gospodarczą za granicą. Konsorcjum międzynarodowe mogą zawiązać także podmioty, z których każdy ma swą siedzibę główną w innym kraju.

Dziedziny gospodarcze, w których może dochodzić do tworzenia konsorcjów, nie mają żadnych ograniczeń ustawowych. W konsekwencji twórcami konsorcjów mogą być przedsiębiorstwa wszystkich gałęzi przemysłowych (wytwórczych), handlowych i usługowych. Nierzadko wchodzi w grę przedsiębiorstwa budowy rurociągów, tuneli, dróg, mostów, pojazdów mechanicznych, urządzeń lotniczych czy statków morskich i powietrznych oraz przedsiębiorstwa komunikacyjne (lotnicze, kolejowe). Kooperacja konsorcjalna może obejmować każdą działalność nie pozostającą w kolizji z obowiązującym w danym kraju porządkiem prawnym.

Nie ma ekonomicznie uzasadnionych przyczyn natury ogólnej, które by mogły prowadzić do przekonania, że konsorcjum może być utworzone tylko przez podmioty mające swe siedziby w tym samym kraju. Przeciwnie – racje ekonomiczne, a niekiedy także

społeczne i polityczne, mogą przemawiać za kreowaniem konsorcjum, którego uczestnikami będą podmioty mające swe siedziby w różnych krajach, Mówimy wówczas o konsorcjum międzynarodowym. Tak rozumiane konsorcja międzynarodowe nie należą do rzadkości. Bowiem dzięki koncentracji kapitału podmiotów krajowych i zagranicznych możliwe staje się często podjęcie się wykonania nawet bardzo kosztownych przedsięwzięć gospodarczych.

Działalność takiego konsorcjum może być rozwijana na obszarach kilku krajów albo też ograniczana do terenu jednego kraju. W drugim wypadku chodzi na ogół o kraj, w którym prowadzi swą działalność gospodarczą podmiot aranżujący utworzenie konsorcjum międzynarodowego. Podmiot ten bywa następnie umocowany przez pozostałych uczestników do prowadzenia spraw tego konsorcjum. Jedną z głównych przyczyn powierzania mu tej funkcji jest to, że posiada on najbardziej rozległe informacje o warunkach organizacyjnych, prawnych i ekonomicznych swego kraju oraz o lokalnym rynku kapitałowym czy o rynku zbytu oznaczonych wytworów (towarów). Ponadto określenia **konsorcjum międzynarodowe** używa się w praktyce także wówczas, gdy chce się wskazać na to, że choć dane konsorcjum zrzesza jedynie uczestników krajowych, to jednak rozwija swą działalność na terenie kilku krajów. Posługiwanie się takim określeniem stanowi rezultat uwzględniania wspomnianego kryterium przestrzennego, a więc geograficznego zasięgu rozwijanej przez dane konsorcjum działalności gospodarczej.

Rozróżnienie konsorcjum krajowego i międzynarodowego dokonuje się w oparciu o kryteria geograficzne (przestrzenne). Jako krajowe określa się konsorcjum, gdy tworzące je podmioty mają swe siedziby na obszarze tego samego kraju. Jako krajowe uważa się także konsorcjum, które rozwija swą działalność gospodarczą wyłącznie na terytorium jednego kraju.”[5]

Ocena wspólnych ofert

„Do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia stosuje się te same przepisy co do pojedynczego wykonawcy. Odpowiednie ich stosowanie oznacza, że każdy uczestnik wspólnej oferty musi udokumentować, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania. Natomiast przy ocenie spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 należy brać pod uwagę łączny potencjał techniczny i kadrowy wykonawców, ich łączne kwalifikacje i doświadczenie oraz łączną sytuację ekonomiczną i finansową. Tylko taki bowiem sens mogą mieć przepisy o wspólnym ubieganiu się o zamówienie i tylko taki sens może mieć tworzenie wspólnych przedsięwzięć”. [6]

„Sprawdzenie, czy przesłanki skutkujące wykluczeniem podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne są wypełnione, czy też nie, dokonywane jest indywidualnie względem każdego z członków konsorcjum. Jeżeli choć jeden z nich jest wykluczony, skutkuje to automatycznym wykluczeniem z postępowania całego konsorcjum”. [7]

Z opinią Raczkiewicza nie zgadza się Jan Lic, który uważa, że „Wykluczenie jednego z wykonawców nie oznacza, iż umowa nie może zostać zawarta z pozostałymi. Ich status wykonawców wspólnie ubiegających się o wykonanie zamówienia w trybie art. 23 PZP nie ulega zmianie przez to, że z ich grona został wyeliminowany jeden lub więcej wykonawców. Istotne jest tylko to, czy wspólnie spełniają oni warunki wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 1-3 PZP. Rozumowaniu temu nie przeczy treść art. 24 ust. 4 PZP, na mocy którego ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Oferta wspólna uczestników konsorcjum nie jest ofertą wykonawcy wykluczonego, gdyż poszczególny wykonawca nie formułuje swojej własnej oferty, odrębnej od oferty wspólnej wszystkich wykonawców. Pomimo wykluczenia jednego z wykonawców oferta wspólna pozostaje w mocy. Ze względu na brak podmiotowości konsorcjum oferta wspólna to nic innego jak suma oświadczeń woli wszystkich wykonawców, a eliminacja jednego z takich oświadczeń nie może powodować odrzucenia pozostałych. Oferta nie traci waloru oferty wspólnej przez to, że jedno ze składowych oświadczeń woli stało się nieaktualne. Wobec tego wystarczy, aby w razie wyboru takiej oferty pozostali wykonawcy przedstawili na żądanie zamawiającego zaktualizowaną umowę regulującą ich wzajemną współpracę. Stanowisko przeciwne: „Wykluczające konsorcjum wykonawców z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że został wyeliminowany jeden z jego uczestników, byłoby nieuzasadnionym traktowaniem konsorcjum w sposób podmiotowy. Należy pamiętać, że uczestnikami postępowania i stroną przyszłej umowy są wspólnie wszyscy wykonawcy, a nie konsorcjum jako podmiot czy nawet tylko jednostka organizacyjna, a zatem negatywna ocena prawna jednego z wykonawców może dotknąć tylko jego samego, a nie innych uczestników konsorcjum. Restrykcyjne stanowisko w tej sprawie nie jest też uzasadnione koniecznością ochrony żadnego ważnego interesu społecznego lub grupowego, a zatem opierając się na zasadzie wolności gospodarczej, należy przyjąć wykładnię zmierzającą w kierunku ułatwienia i uproszczenia obrotu gospodarczego”. [8]

Doświadczenie w konsorcjum

„Konsekwencją wspólnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, a następnie wspólnej, a wręcz solidarnej realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, jest możliwość wykazywania realizowanego w konsorcjum projektu jako doświadczenia jego poszczególnych członków. Taką możliwość wyraźnie potwierdza orzecznictwo arbitrażowe: „Skoro istnieje możliwość zawiązania konsorcjum w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to każdemu z członków konsorcjum przysługuje prawo do wykazywania doświadczenia zdobytego na skutek uczestnictwa w konsorcjum. Zgodnie z art. 141 ustawy PZP, wykonawcy występujący w konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, zatem konsekwencją powyższego jest możliwość wykazania się zrealizowaniem usługi, za którą wykonawca ponosi odpowiedzialność.”

Inaczej orzekła KIO w wyroku z dnia 9 września 2008 r. sygn. Akt KIO/ZUP 886/08: „Uczestnik konsorcjum jest uprawniony do posługiwania się dokumentami (referencjami), poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które ponosi odpowiedzialność”. W tym wyroku wskazano bowiem, iż uczestnik konsorcjum może wykazywać jako własne doświadczenie tylko to, co faktycznie w ramach realizacji wykonał.

Podobnie wypowiedział się Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 8 września 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2428/06): „Referencje, z których explicite wynika, że konsorcjant zrealizował określony zakres prac, bez wątpliwości potwierdzają uzyskane przez niego w tym zakresie doświadczenie. Dla oceny posiadania wymaganego doświadczenia istotnym jest bowiem wykonanie odpowiednich prac, a nie to, kto był stroną umowy z zamawiającym”. [9]

Solidarna odpowiedzialność wykonawców

Konsorcjum przy formułowaniu postanowień umowy konsorcjum, winni uwzględnić w tworzonych zapisach odpowiedzialność solidarną, jednakże nawet jeśli tego nie uczynią i tak wynika to z art. 141 Prawa zamówień publicznych: „Wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy”.

Wcześniej, wobec braku takich postanowień w umowie konsorcjum, zamawiający miał powód do odrzucenia ich oferty z uwagi na jej sprzeczność z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszenia do składania ofert, gdzie zamawiający miał obowiązek żądania umowy konsorcjum wraz z ofertą. W obecnym stanie

prawnym zamawiający nie może żądać umowy konsorcjum na etapie składania ofert. Zamawiający może żądać umowy regulującej współpracę podmiotów występujących wspólnie na podstawie art. 23 ust. 4 Prawa zamówień publicznych: „Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców”.

Należy jednak zauważyć, że zagadnienie związane z solidarną odpowiedzialnością mają szczególne znaczenie w stosunkach wewnątrz-podmiotowych, natomiast bez większego znaczenia pozostają dla zamawiającego, jako przyszłego kontrahenta konsorcjum. Niemniej jednak dla określenia odpowiedzialności pomiędzy partnerami, umowa konsorcjum powinna precyzyjnie określać zadania poszczególnych uczestników konsorcjum w związku z wynikającym z ustawy reżimem odpowiedzialności solidarnej podmiotów występujących wspólnie oraz ma to znaczenie w przypadku przyszłych ewentualnych procesów wynikających z niewykonania zobowiązania. Tak naprawdę solidarne zobowiązanie jest osią wszystkich przyszłych postępowań z jakimi będą mieli do czynienia konsorcjanci, którzy powołują się na ich doświadczenie w zrealizowanych kontraktach oraz zamawiający przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W związku z tym, że największym obszarem ewentualnych konfliktów pomiędzy konsorcjantami jest ich odpowiedzialność w stosunku do części zamówienia jakie wykonują formułowaniu tej odpowiedzialności poświęcają najwięcej uwagi. Powyższe zapisy w umowie konsorcjum pozwalają na ustalanie reguł odpowiedzialności w stosunkach zewnętrznych, tj. z zamawiającym, jak i wewnętrznych, czyli pomiędzy podmiotami występujących wspólnie.

Tworząc umowę na potrzeby uczestnictwa konsorcjum w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uczestnicy konsorcjum powinni dostosować się do wszelkich wymogów stawianych przez zamawiającego, a dotyczących realizacji przyszłej umowy zawartej z zamawiającym. Zagadnienia te dotyczą: terminu wykonania umowy, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, okresu rękojmi czy też gwarancji na wykonana dostawę, usługę czy też robotę budowlaną. Wynika to bezpośrednio z art. 151 ust. 3: „Kwota, o której mowa w ust. 2, jest zwracana nie później niż w 15. dniu po upływie okresu rękojmi za wady”.

Wobec powyższego okres na jaki zostaje zawarta umowa konsorcjum na potrzeby udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie powinien być krótszy od okresu realizacji zamówienia publicznego oraz muszą być uwzględnione okresy rękojmi, a jeśli

z postanowień umowy wynika, że wykonawca będzie udzielał gwarancji, to musi również i ten okres trwania gwarancji uwzględnić w okresie trwania umowy.

Umowa konsorcjum zawierać powinna zasady udziału w zyskach oraz kosztach związanych z realizacją wspólnego celu gospodarczego oraz sposób dokonywania rozliczeń pomiędzy uczestnikami konsorcjum, ponieważ stanowi jeden z najdonioślejszych elementów łączącego ich stosunku wewnętrznego.

Powyższe zagadnienia nie są określone w obowiązujących przepisach prawa wobec czego pozostawiają omawianą materię jedynie rozstrzygnięciu podmiotom występującym wspólnie w łączącej ich umowie. Wzajemne rozliczenia z zasady powinny odzwierciedlać zakres udziału uczestników w realizacji wspólnego celu gospodarczego konsorcjum - wówczas każdy z konsorcjantów uczestniczy w zyskach konsorcjum w takim zakresie, w jakim zrealizował zamówienie. Nie ma jednakże żadnych przeszkód, aby niektórym członkom konsorcjum przyznać dodatkowe uprawnienia do udziału w zysku lub zwolnić ich od udziału w ewentualnych stratach. Umowa konsorcjum powinna regulować zarówno zakres partycypacji w zysku jak i w stratach. W przeciwnym razie znaleźć może zastosowanie art. 867 § 1 Kodeksu cywilnego ustanawiający regułę równego udziału w zyskach i stratach. W zakres materii wzajemnych rozliczeń wchodzi rozliczenia na okoliczność zaspokojenia wierzyciela (zamawiającego) przez jednego z konsorcjantów w związku z niewykonaniem części zamówienia przez pozostałego lub pozostałych konsorcjantów (tzw. roszczenia regresowe). Niezależnie jednak od regulacji wewnętrznych konsorcjum, za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia konsorcjanci odpowiadają solidarnie przed zamawiającym za całość zamówienia, nawet wówczas, gdy pozostanie jeden konsorcjant, który zobligowany był umową wewnętrzną do realizacji części zamówienia.

Umowa konsorcjum na wypadek zaistnienia takiego zdarzenia powinna zawierać stosowne klauzule, określające który z konsorcjantów przejmie na siebie zobowiązania nie mogącego wykonać swojego zakresu zamówienia konsorcjanta, a w związku z tym powinny znajdować się zapisy dotyczące zwrotu poniesionych kosztów związanych z wykonaniem części zamówienia obciążającej innego konsorcjanta.

W przypadku podmiotów występujących wspólnie ich odmienny sposób zobowiązania może wynikać z następujących zapisów umowy regulujących ich współpracę, a dotyczące odpowiednio konsorcjantów:

1. ma świadczyć przedmiot zamówienia w swoim zakresie w różnych terminach i miejscach, a zobowiązania jednych mają być uzależnione od drugich;

2. jeden tylko wpłaca wadium lub udostępnia potencjał finansowy, inny zaś zabezpieczenie należytego wykonania umowy;
3. następny udostępnia tzw. know-how przy spełnianiu warunków udziału, jakie określił zamawiający itd.

Opisywane powyżej okoliczności można uregulować w umowie konsorcjum na podstawie art. 367 § 1 Kodeksu cywilnego: „Kilku wierzycieli może być uprawnionych w ten sposób, że dłużnik może spełnić całe świadczenie do rąk jednego z nich, a przez zaspokojenie któregośkolwiek z wierzycieli dług wygasa względem wszystkich (solidarność wierzycieli)”

Zapisy umowne są jedynie wewnętrznymi uregulowaniami podmiotów, gdy zaś dochodzi do roszczenia przez zamawiającego o spełnienie świadczenia, wówczas i tak te zapisy są zupełnie obojętne. Wykonawcy muszą znać instrumentaria prawne, które ich dotyczą, by podczas problemów z wykonywaniem zamówienia nie być zaskoczonym. To zamawiającemu przysługuje niczym nieograniczone prawo wyboru tego z konsorcjantów, który zobowiązanie będzie musiał spełnić.

Treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Gdy nie są nieuregulowane powyższe kwestie w umowie podmiotów występujących wspólnie, jeden z podmiotów, który spełnił świadczenie, może żądać zwrotu w częściach równych od pozostałych partnerów. Z powstaniem konsorcjum będą wiązały się szczególne obowiązki obciążające partnerów wynikające z cech charakterystycznych tych postępowań. Wynikają one z konieczności zrealizowania wymogów formalnych właściwych dla procedury zamówień publicznych. Ich spełnienie, jako warunkujące osiągnięcie wspólnego celu gospodarczego, jakim jest uzyskanie zamówienia publicznego objęte jest ogólnym zobowiązaniem konsorcjantów do wspólnego działania w celu osiągnięcia wyznaczonego celu gospodarczego. Z drugiej strony ich wymiar jest jednakże na tyle istotny, iż warto je poddać szczegółowej regulacji w umowie konsorcjum, ale tylko w kontekście ich wewnętrznego rozliczenia.

Umowa konsorcjum może regulować zasady ponoszenia kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów wniesienia wadium, ceny specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz kosztów związanych z wniesieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Prawo nie narzuca w tej mierze żadnych rozstrzygnięć, a uczestnicy mogą ukształtować łączącą ich umowę w sposób najlepiej odpowiadający ich potrzebom. Przykładowo udział w kosztach związanych z postępowaniem może odzwierciedlać udział w zyskach osiągniętych przez konsorcjum lub jeden konsorcjant zobowiązany będzie opłacić wadium, zaś inny zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

Solidarna odpowiedzialność wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wzmacnia pozycję zamawiającego jako wierzyciela. Wszyscy dłużnicy solidarni pozostają tak długo zobowiązani aż zobowiązanie (zamówienie publiczne) nie zostanie całkowicie wykonane. Art. 141 Prawa zamówień publicznych ustanowił regułę, iż wykonawcy występujący wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia i jest jednym z rodzajów sytuacji, w której w charakterze jednej strony stosunku zobowiązaniowego występuje kilku podmiotów.

Charakterystyczną cechą odpowiedzialności solidarnej wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest jej powstawanie bezpośrednio z mocy prawa i charakter bezwzględnie obowiązujący. Odpowiedzialność solidarna wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wzmacnia pozycję zamawiającego jako wierzyciela. Zamawiający (jako wierzyciel) może również swobodnie, jedynie według swojego wyboru skierować roszczenie o wykonanie zamówienia do każdego z uczestników konsorcjum.

Dłużnicy solidarni pozostają w nierozdzielnej więzi dłużników wobec wierzyciela, dlatego też wewnętrzne postanowienia umowy konsorcjalnej wskazujące jakie części zamówienia powinni wykonać poszczególni konsorcjanci w żadnym stopniu nie wiążą zamawiającego. Zamawiający może domagać się od każdego z uczestników konsorcjum wykonania całości zamówienia i bez znaczenia jest okoliczność jaką część zamówienia winien on wykonać w myśl umowy konsorcjum oraz fakt czy wypełnił już swoje zobowiązanie.

Rozważania powyższe prowadzą ku analizie zobowiązań solidarnych na gruncie przepisów prawa cywilnego uregulowanych w art. 366-378 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny.

Znaczenie prawne i ekonomiczne każdego z konsorcjów dotyczy koncentracji kapitału, dzięki czemu staje się możliwe osiągnięcie celów gospodarczych, które z natury rzeczy związane są ze znacznymi nakładami pieniężnymi czy materialnymi. Ogromne znaczenie w tym aspekcie posiadają konsorcja grupujące duże przedsiębiorstwa przemysłowe, usługowe, banki, koncerny, podejmujące się rozległych przedsięwzięć na światowych rynkach finansowych.

Wspomniana koncentracja kapitału może nieść za sobą szereg pozytywnych skutków, jak chociażby: wzrost potencjału gospodarczego i pewności obrotu prawnego czy zwiększenie zdolności płatniczej. Kumulacja wszystkich tych czynników może oznaczać, iż konsorcja stają przed szansą osiągnięcia celów gospodarczych, które na drodze indywidualnego,

jednostkowego działania nie byłyby możliwe. Rozważania dotyczące solidarności dłużników na gruncie przepisów prawa cywilnego rodzą konieczność poczynienia wcześniejszego wprowadzenia dotyczącego stosunku zobowiązaniowego w ogólności oraz stron stosunku zobowiązaniowego. Zgodnie z art. 353 § 1 KC: "Zobowiązanie polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić". Powyższy artykuł określa definicję tzw. stosunku zobowiązaniowego, wyznaczając tym samym jego treść. Zgodnie z powyższym, na treść stosunku zobowiązaniowego składa się istnienie po stronie wierzyciela uprawnienia, z którym jest integralnie związany obowiązek oznaczonego działania lub zaniechania istniejący wprost po stronie dłużnika. **Stosunek zobowiązaniowy nie mógłby funkcjonować bez istnienia dwóch stron, którymi są: - podmiot uprawniony, czyli wierzyciel,**

- na gruncie prawa cywilnego istnieje zasada swobody umów. Oznacza ona, iż strony stosunku cywilnoprawnego mogą swobodnie kreować łączący je węzeł prawny. Zasada ta nie ma jednak charakteru bezwzględnego i podlega przewidzianym w przepisach prawa ograniczeniom. Zgodnie z art. 3531 KC: "Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego".

Zasada swobody umów *pacta kontrahendo* ma charakter bardzo szeroki i należy ją postrzegać także jako swobodę w zakresie samej decyzji o zawarciu umowy, a także wyboru spośród nazwanych w przepisach prawa umów bądź takim ukształtowaniu stosunku prawnego, któremu nie odpowiada żadna określona w przepisach prawa umowa. Powyższe muszą jednak zawsze pozostawać w ścisłej zgodności z:

1. Ustawą;
2. Właściwością stosunku prawnego;
3. Zasadami współżycia społecznego.

Pełnomocnictwo

Według Macieja Pastusiaka: „Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia powinni zgodnie z art. 23 ust. 2 PZP ustanowić pełnomocnika (lidera konsorcjum) do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zakres pełnomocnictwa zależy od woli wykonawców i może obejmować umocowanie do:

- reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego bądź też

- reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Pełnomocnictwo powinno mieć charakter rodzajowy, a więc powinno upoważniać do dokonywania określonych czynności. Prawidłowo umocowany pełnomocnik może w imieniu konsorcjum np.:

- zadawać pytania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ);
- złożyć i podpisać ofertę;
- wnosić środki odwoławcze;
- podpisać umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Konieczność ustanowienia pełnomocnika ma głównie za cel ochronę interesów zamawiającego. Podejmując czynności względem pełnomocnika (lidera konsorcjum) - zamawiający podejmuje je ze skutkiem dla wszystkich konsorcjantów.

Należałoby pamiętać o tym, iż pełnomocnictwo musi być załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W przypadku ustanowienia pełnomocnika przez konsorcjum, zamawiający nie ma obowiązku wysyłania pism do każdego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, lecz na adres pełnomocnika.

Pełnomocnikiem konsorcjum (wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego) może być jeden z wykonawców lub osoba trzecia (podmiot nie będący konsorcjantem). Przepisy nie wprowadzają w tym względzie żadnych ograniczeń. W praktyce najczęściej jest tak, że członkowie konsorcjum upoważniają jednego z nich (lidera konsorcjum) do występowania w imieniu całego konsorcjum". [10]

Warunki udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne

Kształtowanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu ma zasadniczy wpływ na tworzenie konsorcjum, jak również na sam ich byt prawny, jako że od tych warunków zależy, czy stworzone konsorcjum na potrzeby danego postępowania ma szansę w uzyskaniu zamówienia. Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia powinni być traktowani na równych zasadach z wykonawcą działającym samodzielnie. Zgodnie z zasadą zachowania uczciwej konkurencji zamawiający nie może różnicować sytuacji wykonawcy ze względu na to, czy jest to tzw. konsorcjum, czy samodzielny wykonawca, szczególnie przez stawianie dodatkowych warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z 22 ust. 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010r. Nr 113, poz. 759 tekst jednolity) zwaną dalej „PZP”:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;*
- 2. posiadania wiedzy i doświadczenia;*
- 3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;*
- 4. sytuacji ekonomicznej i finansowej.*

Poza tymi warunkami ustawodawca w art. 24 ust. 1 wskazuje okoliczności, których zaistnienie powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia. Warunki te nazwano w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych „warunkami negatywnymi”. Spełnienie „warunku negatywnego” w rzeczywistości powoduje obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

I tak:

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 1. wykonawców, którzy wyrządzili szkodę, nie wykonując zamówienia lub wykonując je nienależycie, jeżeli szkoda ta została stwierdzona orzeczeniem sądu, które uprawomocniło się w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania;*
- 2. w stosunku do których otwarto likwidację lub których upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawców, którzy po ogłoszeniu upadłości zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego;*
- 3. wykonawców, którzy zalegają z uiszczeniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, z wyjątkiem przypadków gdy uzyskali oni przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie, rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;*
- 4. osoby fizyczne, które prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;*

5. *spółki jawne, których wspólnika prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;*
6. *spółki partnerskie, których partnera lub członka zarządu prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;*
7. *spółki komandytowe oraz spółki komandytowo-akcyjne, których komplementariusza prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;*
8. *osoby prawne, których urzędującego członka organu zarządzającego prawomocnie skazano za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową, przestępstwo przeciwko środowisku, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, a także za przestępstwo skarbowe lub przestępstwo udziału w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego;*
9. *podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary”.*

Warunki udziału w postępowaniu nie mają natury jednolitej. Są wśród nich zarówno takie, których treść wyznaczył normatywnie ustawodawca, ale także i takie, które w powiązaniu do odnośnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymagają dookreślenia przez zamawiającego. Spośród cech, którymi powinni wykazywać się uczestnicy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyłącznie konieczność posiadania uprawnienia do występowania w obrocie prawnym i niepodleganie wykluczeniu mają treść obiektywną, w tym znaczeniu, że jest ona co do zasady niezmienna w zależności od określonego przypadku. Wykonawca powinien być uprawniony do występowania w obrocie prawnym zgodnie z przepisami ustawowymi.

Całkowicie inny charakter mają natomiast pozostałe warunki udziału w postępowaniu. Ich treść jest względna, zmienna w zależności od danego zamówienia publicznego i bezpośrednio zależy od danego przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o hipotetycznie rozumianym potencjale technicznym i ekonomicznym niezbędnym do wykonania zamówienia, czy o pojmowanej w podobny sposób sytuacji finansowej pozwalającej na wykonanie zamówienia, bez jakiegokolwiek powiązania wskazanych sytuacji z konkretnym świadczeniem, które ma być zrealizowane w wykonaniu umowy. Dopiero adaptacja przez zamawiającego tych warunków do potrzeb danego zamówienia nadaje im sens odpowiedni do tego, aby mogły stać się przedmiotem weryfikacji z punktu widzenia przesłanek wykluczenia z postępowania. Adaptacja ta musi być proporcjonalna i związana z przedmiotem zamówienia.

W konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi dojść do sprecyzowania ogólnie zakreślonych warunków udziału w postępowaniu wskazanych między innymi w art. 22 ust. 1 Pzp, co się wiąże z art. 36 ust 5 PZP- informującym, co ma zawierać Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz art. 41 ust 1 pkt 7 dotyczącym informacji, jakie powinny być zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu. Powyższe artykuły wskazują na konieczność określenia przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków. Zamawiający dookreślają w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniach do składania ofert istotne dla danego zamówienia doświadczenie wykonawcy, potencjał techniczny, czy też ekonomiczny. Niejednokrotnie również zdarza się, iż zamawiający w jednym postępowaniu stawia równocześnie kilka warunków udziału w postępowaniu, np. dysponowanie określonym potencjałem technicznym i posiadanie kadry o wskazanych kwalifikacjach, minimalny poziom przychodu, określona zdolność kredytowa lub posiadanie środków finansowych, czy też posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanej z przedmiotem

zamówienia. Wówczas wykonawcy ubiegający się wspólnie o uzyskanie zamówienia powinni spełnić wszystkie warunki.

W żadnym artykule ustawy Prawo zamówień publicznych ustawodawca nie określa w jaki sposób warunki udziału w postępowaniu mają spełniać wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Istnieje kilka przepisów w PZP, które dotyczą wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Są to:

1. art. 23 ust.1. *Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.*
2. *W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.*
3. *Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.*
4. *Jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.*
5. *oraz art. 141 Pzp wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.*

Pewna regulacja znalazła się § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). *W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w § 1 ust. 2 i 3, w kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty.*

Z istoty wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wynika, iż wymaganie od każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia spełnienie każdego warunku udziału w postępowaniu byłoby bezprzedmiotowym oraz nieuprawnionym ograniczeniem zasady uczciwej konkurencji. Niewątpliwym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia winni być względem siebie komplementarni.

Celem art. 23 ust. 1 PZP jest umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, osobowego **know - how** – wiedzy i doświadczenia, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu

określonych przez zamawiającego (wyrok ZA z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-119/053) „*należy odpowiednio sumować potencjał wykonawców*”.

Zamawiający kształtując warunki udziału w postępowaniu wymaga, aby poza koniecznością łącznego ich spełnienia przez konsorcjum jako całość – przynajmniej jeden członek konsorcjum spełniał warunek co najmniej w jakiejś części. W specyfikacjach istotnych warunków zamówienia pojawiają się zapisy zgodnie z którymi w przypadku konsorcjum przychód konsorcjantów będzie sumowany, ale pod warunkiem, że przynajmniej jeden z członków konsorcjum wykaże się przychodem w określonej wysokości np. połowy wysokości wymaganej. Takie rozwiązania mają za cel uniknięcie nadmiernego „rozdrobienia” konsorcjów ubiegających się o zamówienie publiczne, co nie znaczy, że takie rozwiązanie w przypadku złożenia odwołania do KIO będzie uznane za prawidłowe.

W ocenie niektórych zamawiających dodatkowe wymagania odnoszące się do poszczególnych konsorcjantów w zakresie warunków udziału w postępowaniu mogą być uzasadnione specyfiką zamówienia. Zaznaczyć należy w tym miejscu, że stanowisko co do możliwości stosowania dodatkowych warunków dla konsorcjum w opisanym wyżej zakresie oraz sposobu dokonywania oceny doświadczenia na zasadach wcześniej wskazanych ma zarówno swoich zwolenników jak i przeciwników. Przepisy ustawy nie dają zamawiającemu podstaw do różnego określania w ogłoszeniu czy specyfikacji istotnych warunków zamówienia sposobu spełniania warunków wymaganych od wykonawców w zależności od tego, czy ofertę składa podmiot samodzielnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, czy też ofertę wspólną składa konsorcjum.

Oznacza to, że żądanie zamawiającego, aby „w przypadku składania oferty przez podmioty występujące wspólnie, warunki udziału w postępowaniu spełniał każdy z podmiotów wspólnie składających ofertę” może zostać uznane za niezgodne z ustawą i prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i nierównego traktowania podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne. Zapisy takie mogą bowiem uniemożliwić złożenie wspólnej oferty, podmiotom występującym wspólnie, gdyż pozbawiają członków konsorcjum możliwości łączenia swoich doświadczeń, umiejętności i potencjałów.

Zdaniem autorów: W. Dzierżanowskiego, J. Jerzykowskiego i M. Stachowiak „Do konsorcjum należy stosować przepisy o wykonawcy, a więc również przepisy zapewniające równe traktowanie wykonawców, np. nieróżnicowanie warunków udziału w postępowaniu w zależności od statusu wykonawcy. Przepis ust. 3 oznacza nie tylko to, że łącznie występujący wykonawcy winni być traktowani jak wykonawca, ale również to, iż

każdy z takich wykonawców z osobna też winien być traktowany jak wykonawca. Taka konstrukcja przepisu i jego cel ułatwienia uzyskiwania zamówienia publicznego wykonawcom niebędącym w stanie ich uzyskać samodzielnie sprawiają, że szczególnie dokładnie należy rozważyć, jakie prawa i obowiązki wykonawców przysługują konsorcjum tylko w przypadku gdy działa wspólnie, a jakie są przypisane każdemu z członków. W świetle orzecznictwa nie ulega wątpliwości, że odrębnie każdy z członków konsorcjum musi spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 1-9. Łącznie natomiast powinny być spełniane warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2, tj. dysponowanie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia.

Kumulacji co do zasady będzie podlegać również potencjał finansowy i ekonomiczny (art. 22 ust. 1 pkt 3) z tym, że niektóre aspekty sytuacji finansowej są integralnie związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum. Podobnie w sytuacji postawienia warunku udziału w postępowaniu posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określoną sumę. Ochrona ubezpieczeniowa jednego z konsorcjantów nie obejmuje innych członków konsorcjum, dlatego też warunek taki powinien spełniać każdy z nich. Należy się również opowiedzieć za brakiem obowiązku posiadania uprawnień ustawowych (art. 22 ust. 1 pkt 1) przez wszystkich członków konsorcjum. Wyjątek będzie jednak stanowić sytuacja, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagają posiadania uprawnień, gdyż wówczas konsorcjant, który ich nie posiada, nie mógłby w ogóle uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia. Łącznym uprawnieniem konsorcjantów jest korzystanie ze środków ochrony prawnej. Kolejną kwestią istotną w przypadku konsorcjów jest sposób wnoszenia wadium. Pogląd wyrażony w wyroku z dnia 7 czerwca 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1603/06), zgodnie z którym to nie wyłącznie data wystawienia dokumentu wadialnego, ale całokształt okoliczności związanych ze złożeniem oferty przesądza o prawidłowości złożenia wadium wystawionego na jednego z konsorcjantów. We wspomnianej sprawie orzeczono, że jeśli z umowy konsorcjum wynika obowiązek wniesienia wadium przez podmiot będący pełnomocnikiem wykonawców, a pełnomocnictwo obejmuje również podpisanie umowy, to wadium opiewające na pełnomocnika w pełni zabezpiecza interesy zamawiającego." [11]

Doświadczenie prawne a faktyczne

Często wykonawca wykazuje się doświadczeniem zawodowym i realizacjami, które zdobył działając w ramach innego konsorcjum, niejednokrotnie stworzonym dla wykazania w kolejnym postępowaniu doświadczenia konsorcjanta. W takim wypadku Krajowa Izba Odwoławcza, w wyroku z 22 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 176/10 potwierdziła, że doświadczenie wykazane przez jednego z członków konsorcjum, składającego ofertę, które nabył działając w ramach innego konsorcjum jest wystarczające dla stwierdzenia, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie posiadają wymagane przez zamawiającego **doświadczenie**.

UZP/ZO/0-2467/05. Umowa konsorcjum ze swej istoty wymaga wspólnej realizacji inwestycji i wspólnego działania Firma X ,jako jedna z partnerów konsorcjum w zadaniu na wybudowanie 30 mieszkań, wykonała stan "0" całej inwestycji i zapewniła kierownika robót stąd też niemożliwe byłoby rozdzielanie odpowiedzialności uczestników konsorcjum za wykonanie zamówienia. W świetle przepisu art. 141 PZP, który jest przepisem o charakterze ius cogens, odpowiedzialność uczestników konsorcjum jest solidarna i wyłączenie tej odpowiedzialności w drodze umowy jest niemożliwe. Zamawiający może zatem uznać, że uczestnicy konsorcjum wspólnie wybudowali 30 mieszkań i każdemu z uczestników konsorcjum można zaliczyć w kryterium "doświadczenie" wybudowanie 30 mieszkań.

W dniu 5.05.2009 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, na zapytanie jednego z zamawiających, jak traktować konsorcjanta, który faktycznie wykonywał niewiele, czy może powoływać się na doświadczenie całego konsorcjum, wypowiedział się w ten sposób: „W opinii Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych co do zasady nie można zgodzić się ze stanowiskiem KIO, wedle którego wykonawca może legitymować się doświadczeniem związanym z wykonaniem zamówienia publicznego konsorcjum, którego był uczestnikiem powyższe wynika z istoty regulacji art.22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, albowiem celem unormowania zawartego w niniejszym przepisie jest zapewnienie, aby zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy zdolnemu do jego należytego wykonania. Gwarancją osiągnięcia powyższego celu ma być udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy posiadającemu odpowiednie doświadczenie w zakresie wykonania zamówień odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi danego zamówienia.

Doświadczenie wykonawcy należy postrzegać w kategoriach fizycznych, a nie prawnych. Warunek udziału w postępowaniu o wykonanie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę

części lub całości zamówienia, a nie prawnych tj. powiązanych z wcześniej zawartymi przez wykonawcę umowami. W związku z tym istnienie solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie umowy wynikające z brzmienia art. 141 Pzp nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci dopuszczalności powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, a więc uprawnienia do legitymowania się pełnym doświadczeniem wynikającym z wykonanego przez konsorcjum zamówienia. Tym samym członek konsorcjum nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac, jakie wykonywał samodzielnie albo przy pomocy podwykonawców, nie nabywa jednak doświadczenia odnośnie prac wykonanych przez innych konsorcjantów.

Przyjęcie odmiennego poglądu wiąże się z:

- aprobowaniem fikcji faktycznej (opartej na założeniu, iż pomimo wykonania 1% zamówienia nabywa się doświadczenie odnoszące się do pełnego zakresu jego realizacji,*
- zwielokrotnianiem doświadczenia np. 10 konsorcjantów uzyskuje doświadczenie w realizacji określonego zamówienia, co faktycznie odpowiada wykonaniu nie jednego ale 10 zamówień publicznych,*
- ograniczeniem zainteresowania większych wykonawców w tworzeniu konsorcjów z mniejszymi podmiotami,*
- tworzeniu fikcyjnych konsorcjów z mniejszymi wykonawcami w celu uzyskania przez nich doświadczenia przekraczającego ich rzeczywiste możliwości realizacji zamówienia, ale umożliwiającego im samodzielne ubieganie się o kolejne zamówienie w większym zakresie. Należy jednocześnie wskazać, że wyżej przedstawione stanowisko nie wyklucza możliwości mniejszych wykonawców do zdobycia w ramach konsorcjum doświadczenia o większym zakresie, gdyż taki konsorcjant jest uprawniony do wykonania większej części zamówienia i pozyskania w ten sposób referencji”.*

Jednakże powyższe wyroki jak i opinia nie znalazła aprobaty w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej czy też w wyrokach sądów okręgowych. Szczególne znaczenie ma wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu Sygn. Akt X Ga 332/09 z dnia 2 grudnia 2009 r., który nie popiera opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i jednoznacznie wskazuje że: *”podkreślić należy, że hipotezą przepisu art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy PZP nie jest objęta okoliczność sposobu nabywania doświadczenia. Z treści wskazanego przepisu nie wynika, by*

prace miały być wykonane samodzielnie lub bezpośrednio faktycznie w całości przez konkretnego wykonawcę, który ubiega się o zamówienie". Nie ma wyroku, który by nie uznawał doświadczenia 100% jakiegokolwiek partnera konsorcjum nawet jak mu się sądownie udowodni, że nic nie wykonywał.

Wspólne doświadczenie

Zgodnie z postanowieniem art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (zwanej dalej PZP) o zamówienie publiczne mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępniania potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. Sens normatywny tego przepisu sprowadza się zatem do ustalenia, że zamówienie publiczne może być udzielone wykonawcy tylko takiemu, który jest zdolny do wykonania danego zamówienia. Jednym z elementów oceny zdolności wykonawcy ubiegającego się o wykonanie zamówienia publicznego w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jest posiadanie przez wykonawcę **odpowiedniego doświadczenia**. Wymóg posiadania odpowiedniej wiedzy wiąże się bezpośrednio z odpowiednią znajomością technologii czy metody, w jakiej wykonane ma być zamówienie tzw. *know-how* oraz wiedzą (kwalifikacjami) osób, które bezpośrednio będą wykonywać zamówienie. W tym celu zamawiający ma możliwość określenia warunków wymaganych od wykonawców w zakresie niezbędnego doświadczenia. Warunki te powinny odpowiadać przedmiotowi zamówienia w taki sposób, aby zapewnić efekt w postaci należytego wykonania zamówienia publicznego. Wymogi określone przez zamawiającego w zakresie niezbędnego doświadczenia mają zatem służyć zapewnieniu, że wykonawca, któremu zostanie udzielone zamówienie, będzie zdolny wykonać je w sposób należyty, odpowiadający interesowi zamawiającego. Jedynym ograniczeniem dla zamawiającego w tym zakresie jest zakaz określania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Jak wykazano powyżej istota unormowania zawartego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP sprowadza się do ustalenia, że podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (wykonawca) jest zdolny do wykonania takiego zamówienia. W celu potwierdzenia, że wykonawca posiada niezbędne doświadczenie, zamawiający może żądać od wykonawcy wykonania odpowiednich usług, dostaw lub robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia z podaniem ich

wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców, oraz żądania dokumentów potwierdzających, że te usługi, dostawy lub roboty zostały wykonane należycie (art. 25 ust. 1 PZP oraz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy -Dz. U. Nr 226, poz. 1817, z późn. zm.). Takie rozumienie doświadczenia wykonawcy, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP przemawia za stanowiskiem, według którego doświadczenie to winno wynikać z wykonania fizycznego przez wykonawcę zamówienia odpowiadającego swoim rodzajem i wartością przedmiotowi danego zamówienia. Jednocześnie należy wskazać, iż odnośnie możliwości legitymowania się przez uczestnika konsorcjum doświadczeniem zdobytym w ramach wykonywania zamówień publicznych przez konsorcjum. o którym mowa w art. 23 ustawy PZP, Krajowa Izba Odwoławcza i Zespoły Arbitrów wypowiedziały się w wyrokach: KIO/UZP 630/08,UZP/ZO/0-1752/06),UZP/ZO/0-2880/06, UZP/ZO/0-1173/07),KIO/UZP 99/08), KIO/UZP 1285/08 KIO/UZP 530/08 KIO/UZP 5681/08 i w wielu innych w sposób następujący: „W celu wykazania swojego doświadczenia konsorcjantowi przysługuje prawo posługiwania się dokumentami (referencjami), udzielanymi z tytułu zrealizowania zadań przez konsorcjum, co spełnia wymagania art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP Konsekwencją odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum za należyte wykonanie całego zamówienia jest możliwość posługiwania się przez każdego z członków konsorcjum dokumentami poświadczającymi wykonanie zamówienia, za które każdy ponosi pełną odpowiedzialność. Nie można odmówić konsorcjantowi prawa do doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przy inwestycji realizowanej jako całości, przy jednoczesnej zgodzie na zawiązywanie konsorcjum celem spełniania warunku określonego przez zamawiającego. Należy zauważyć, iż gdyby uznać za prawidłowe rozumowanie przeciwne, to mały przedsiębiorca nigdy nie nabyłby doświadczenia, bo nawet gdyby zawiązał konsorcjum, to i tak wykazywałby doświadczenie w zakresie tego, co sam zrealizował, a nie tego, co było przedmiotem zamówienia. Doświadczenie w realizacji zamówienia publicznego nie powoduje, że geodeta staje się prawnikiem a prawnik geodetą na skutek wspólnie realizowanego przedsięwzięcia, ale że „ten prawnik" w przypadku ogłaszania innego zamówienia publicznego, będzie miał wiedzę, jakimi osobami musi dysponować, aby je zrealizować, jaki sprzęt będzie mu potrzeby, ile środków musi zabezpieczyć na prefinansowanie realizacji zamówienia, w jakim czasie jest on zdolny wykonać i za jaką cenę, tak aby realizując zamówienie samodzielnie wykonał je z należytą starannością.

Ta zasada funkcjonuje nawet w przypadku, gdy konsorcjant nic faktycznie nie wykonał. Inaczej wygląda sprawa, gdy udowodni się konsorcjantowi, że pomimo zadań wyznaczonych przez lidera konsorcjum faktycznie nie wykonał danego zadania. Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska zamawiającego, iż wykonawca nie może wykazać, jako posiadanego doświadczenia do zrealizowania zamówienia roboty zrealizowanej przez konsorcjum firm, którego był uczestnikiem (liderem). Możliwość powoływania się na wcześniej zdobyte doświadczenie jako członek konsorcjum zgodne jest z utrwalonym orzecznictwem Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej. W takim przypadku Odwołujący mógł wykazać doświadczenie zdobyte w ramach działania konsorcjum”.

Osią całego zagadnienia dla przyjęcia powyższego stanowiska ma stanowić art. 141 ustawy PZP, w myśl którego wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1 ustawy PZP ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Istota zobowiązania solidarnego, o której mowa w art. 141 ustawy PZP, polega bowiem na tym, iż wierzyciel (zamawiający) może żądać całości lub części doświadczenia od wszystkich uczestników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna (argument. z art. 366 k.c.). Innymi słowy każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, któremu udzielono zamówienia publicznego jest odpowiedzialny wobec zamawiającego za wykonanie danego zamówienia niezależnie od wewnętrznego podziału zadań pomiędzy poszczególnych członków konsorcjum, jak również niezależnie czy którykolwiek z konsorcjantów cokolwiek wykonywał.

Rola CNBOP w realizacji projektów naukowych jako współkonsorcjanta

Celem konsorcjum zgodnie z art. 23 ust. 1 PZP jest umożliwienie grupie wykonawców połączenia ich potencjału technicznego, osobowego **know - how** – wiedzy i doświadczenia, ekonomicznego i finansowego w sytuacji, gdy każdy z osobna nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego (wyrok ZA z dnia 28 stycznia 2005 r., sygn. UZP/ZO/0-119/053) „*należy odpowiednio sumować potencjał wykonawców*”.

Zamawiający kształtując warunki udziału w postępowaniu wymaga, aby poza koniecznością łącznego ich spełnienia przez konsorcjum jako całość – przynajmniej jeden członek konsorcjum spełniał warunek co najmniej w jakiejś części.

Know-how stanowi często efekt działalności naukowej oraz badań naukowych. Badania naukowe oraz prace rozwojowe zostały wpisane w system działalności innowacyjnej

uregulowanej w przepisach ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz. U. z 2005 r. nr 179, późn. 1484 ze zm.).

„CNBOP w ramach działalności statutowej prowadzi badania techniczne i naukowe dot. bezpieczeństwa oraz działań kryzysowych w zakresie ochrony przeciwpożarowej. Zespoły informacji o wiedzy w tym zakresie stanowią niematerialne dobra CNBOP, które mogą być wykorzystywane w realizacji przedsięwzięć wraz z innymi podmiotami. Klasycznym przykładem jest projekt PROTEUS¹.

Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów wraz z kilkoma ośrodkami naukowo-badawczymi, w tym Centrum Naukowo-Badawczym Ochrony Przeciwpowarowej w Józefowie k/Otwocka, rozpoczął pracę nad innowacyjnym projektem, któremu nadano nazwę **PROTEUS**, którego wyniki będą odpowiedzią na nowe wyzwania stojące przed służbami odpowiedzialnymi za ratownictwo, zarządzanie kryzysowe i bezpieczeństwo publiczne. W styczniu 2009 r. rozpoczęto realizację projektu, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Innowacyjna Gospodarka 2007 - 2013, Poddziałanie 1.1.2 *Strategiczne programy badań naukowych i prac rozwojowych*.

Projekt jest realizowany przez konsorcjum, złożone z siedmiu polskich podmiotów, w którym jednostką wiodącą jest Przemysłowy Instytut Automatyki i Pomiarów.

Osoby prowadzące działania ratownicze narażone są na wiele niebezpieczeństw oraz oddziaływanie wielu niekorzystnych czynników, między innymi na wysoką temperaturę, eksplozje gazów, pyłów i par cieczy, obecność toksycznych związków chemicznych i substancji żrących, urazy mechaniczne spowodowane zawaleniem się konstrukcji i urządzeń technologicznych i inne². Realizacja projektu PROTEUS pozwoli na pokonanie barier i przełamanie luk technologicznych, które uniemożliwiały do tej pory opracowanie w Polsce zintegrowanego mobilnego systemu wspomagającego działania antyterrorystyczne i antykryzysowe. W czasie realizacji projektu PROTEUS zostanie zbudowana wersja demonstracyjna systemu. Umożliwi to zweryfikowanie w praktyce opracowanych na potrzeby projektu nowych technologii i rozwiązań technicznych³.

Pierwszym zadaniem podczas realizacji ww. projektu było „Opracowanie wstępnych założeń taktyczno-technicznych dla systemu i podsystemów”. W ramach realizacji tego zadania CNBOP przeprowadziło ankietę wśród przedstawicieli różnych jednostek

¹ www.cnbop.pl

² www.cnbop.pl

³ www.piap.pl

organizacyjnych PSP dotyczącą potrzeb i oczekiwań strażaków w zakresie funkcjonalności i możliwości projektowanego systemu. Na podstawie zebranych informacji opracowano wykaz oczekiwanych zastosowań systemu. Po dokonaniu analizy zebranych ankiet zorganizowano spotkanie w celu prezentacji oczekiwań strażaków przedstawicielom konsorcjum realizującego projekt, a także przedstawienia strażakom dodatkowych możliwości jakie stwarzają najnowsze technologie.

Kolejnym etapem prac było szczegółowe doprecyzowanie funkcjonalności poszczególnych elementów zintegrowanego systemu wspomagającego działania antyterrorystyczne i antykryzysowe oraz określenie warunków środowiskowych, jakie mogą wystąpić w miejscu akcji. Na podstawie tych opracowań oraz wymagań użytkowników końcowych zostały przygotowane scenariusze potencjalnych działań ratowniczych, zarządzania kryzysowego z zastosowaniem projektowanego systemu.

Scenariusze są oparte na analizach akcji ratowniczo-gaśniczych, które miały miejsce w rzeczywistości⁴.

Opracowanie scenariuszy użycia robotów i mobilnego centrum dowodzenia dla sytuacji kryzysowych pozwoliło na zidentyfikowanie parametrów niezbędnych do przeprowadzenia analizy i wyboru kryteriów oceny działania systemu.

Ostatnim etapem realizacji zadania nr 1 w projekcie było opracowanie wstępnych założeń taktyczno-technicznych dla systemu i podsystemów. Uwzględniają one zarówno oczekiwania potencjalnych użytkowników jak również realne możliwości techniczne realizacji. Założenia te są materiałem wyjściowych dla naszych partnerów w projekcie do rozpoczęcia prac projektowych konstrukcyjnych”. [12]

Zakończenie

Podsumowując rozważanie dotyczące udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy stwierdzić, że jest to instytucja korzystna dla wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie spełnić warunków udziału w postępowaniu, tym samym nie mogą wziąć udziału w postępowaniu. Łącząc się z innymi wykonawcami, którzy posiadają oczekiwany przez zamawiającego potencjał ekonomiczny, techniczny, nie tracą charakteru wykonawcy określonego na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Moja ocena wskazuje, że wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne jest niekiedy jedynym sposobem na skuteczne otrzymanie zamówienia i rzetelne jego wykonanie oraz

⁴ www.cnbop.pl

zdobyć nowego doświadczenia. Dzięki regulacjom stawianym konsorcjom na równi z pojedynczym wykonawcą możliwa jest realizacja złożonych co do zakresu, sposobu świadczenia i terminu realizacji przedsięwzięć.

Z moich dociekań wynika, że udział wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiającemu przysparza zwiększenia ilości składanych ofert, a tym samym zwiększa prawdopodobieństwo wyboru korzystniejszej oferty.

Podjęta w tym artykule charakterystyka konsorcjum jest ważną przesłanką do zrozumienia bytu prawnego tej instytucji.

Literatura

1. Biskupski Z., *Encyklopedia gazety prawnej*, w: www.gazetaprawna.pl, [dostęp 15 lipca 2010];
2. *Popularna Encyklopedia Powszechna*, Wydawnictwo Fogra, 2002
3. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. WE, polskie wydanie specjalne, rozdz. 6, tom 7, s. 132).
4. Ustawa z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759).
5. Stecki L., *Konsorcjum*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń, 1997.
6. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych komentarz*, Wydawnictwa C. H. Beck, 2009r.
7. Raczkiewicz Z., *Konsorcjum w ramach zamówień publicznych*, Kwartalnik PZP, Nr 2(21)/2009
8. Lic J., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, Przegląd Zamówień Publicznych nr 4/2008;
9. *Zamówienia Publiczne Doradca*, nr 11/2009
10. Pastusiak M., *Warunki udziału konsorcjum w zamówieniach publicznych*, w: www.prawnie.pl, 2009;
11. Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Komentarz, LEX 2007, Komentarz do art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych*

(Dz. U.07.223.1655), [w:] Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. III;

12. *Zintegrowany mobilny system wspomagający działania antyterrorystyczne i antykryzysowe* – Proteus, www.cnbop.pl

13. www.piap.pl