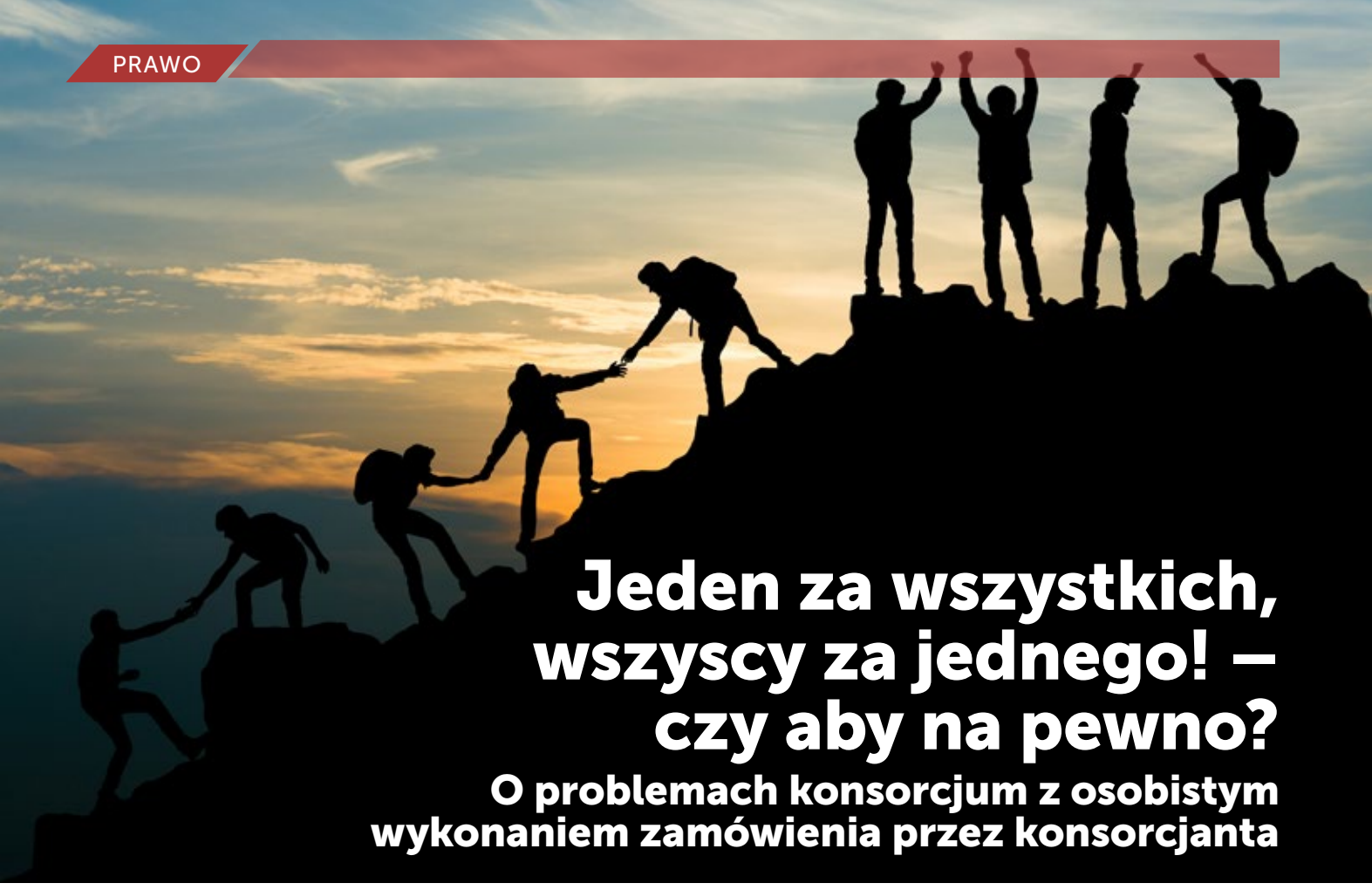

Jeden za wszystkich, wszyscy za jednego! – czy aby na pewno?

O problemach konsorcjum z osobistym wykonaniem zamówienia przez konsorcjanta

Hubert Wiśniewski
Radca prawny, Counsel w kancelarii GESSEL.

Sebastian Pietrzyk
Adwokat, ekspert prawa zamówień publicznych.

Nie wymaga szerszego komentarza, iż o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca może ubiegać się samodzielnie lub w określonej grupie podmiotów – w tym ostatnim przypadku grupa wykonawców potocznie określana jest jako konsorcjum. W praktyce spotykamy się z różnymi modelami współpracy członków konsorcjum, ale zasadniczo w większości przypadków członkowie regulują prawa i obowiązki w ramach konsorcjum na podstawie umowy o współpracy.

Podstawowym celem tworzenia konsorcjum jest przede wszystkim kumulacja doświadczeń, kompetencji i posiadanych przez poszczególnych członków konsorcjum potencjałów. Ma to na celu zarówno spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jak również pokrycie w maksymalnym stopniu poza cenowych kryteriów oceny ofert celem uzyskania najwyższej pozycji w rankingu ocenianych ofert.

Warto w tym miejscu przypomnieć wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 9 czerwca 2017 r. sygn. akt V SA/Wa 1906/16, w którym sąd wyraźnie zaznaczył, iż „nie można żądać kompleksowego, całościowego oddzielnego spełnienia kryteriów uczestnictwa w postępowaniu przetargowym przez jednego z konsorcjantów. Na tym polega istota konsorcjum, że podmioty, które w normalnych warunkach indywidualnie nie byłyby w stanie spełnić wszystkich wymogów, wspólnymi siłami je wypełniając i mogą przystąpić do postępowania przetargowego mając większą szansę wspólnie otrzymać zamówienie”.

W kontekście powyższego, szczególnie interesująca wydaje się kwestia sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez

konsorcjum. Przepis art. 117 ust. 1 Prawa zamówień publicznych **(„PZP") w**skazuje, że zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Wyraźnie zatem widać, iż ta regulacja po pierwsze stanowi wyjątek od generalnej zasady tożsamego traktowania wykonawców niezależnie czy biorą udział samodzielnie czy też w grupie. Po drugie – zamawiający jest uprawniony do regulowania sposobu spełniania warunków udziału dla konsorcjum jedynie jeśli jest to uzasadnione specyfiką zamówienia, jest proporcjonalne i zamawiający będzie w stanie wykazać spełnienie powyższych przesłanek.

W tym kontekście wciąż pozostaje aktualny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2018 roku (sygn.. KIO 2140/18) w którym Izba wskazała *„Aby zamawiający mógł określić szczególny sposób spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, winien powyższe wymaganie obiektywnie uzasadnić. Nadto aby zamawiający mógł zastosować przepis art. 23 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, należy odnieść przedmiot zamówienia do jego specyficznego charakteru."*

Obserwujemy ostatnio duży wzrost postępowań o udzielenie publicznego w szeroko rozumianym sektorze IT, w których to postępowaniach zamawiający korzystają z przywileju przepisu art. 117 ust. 1 PZP, jednak nie do końca – w naszej ocenie – opisanie warunków udziału dla konsorcjum jest adekwatne do przedmiotu zamówienia i jego specyfiki. Niemniej z punktu widzenia udziału konsorcjum w postępowaniu oraz specyfiki łączenia i sumowania kompetencji przepisy art. 117 ust. 2 i 3 PZP wciąż (tj. pomimo upływu już

Podział prac i inne szczegóły dotyczące realizacji zamówienia powinny być wyłącznie przedmiotem ustaleń między konsorcjantami – bowiem to te podmioty biorą na siebie ciężar realizacji zamówienia i odpowiedzialność za to. Jeżeli bowiem, jakieś podmioty decydują się przystąpić do realizacji danego zamówienia publicznego w ramach konsorcjum, to z zasady dzieje się to w sytuacjach, w których samodzielnie nie będą one w stanie czy to pozyskać zamówienia (tj. spełnić wymogów zamawiającego) czy też go zrealizować.

znacznego czasu od ich wprowadzenia do polskiego porządku prawnego) wywołują wątpliwości związane z ich interpretacją oraz generują istotne problemy związane z ich stosowaniem w praktyce.

Otóż, jak wynika z ww. przepisów, jeżeli zamawiający określi warunek / warunki udziału w postępowaniu dotyczący / dotyczące:

– uprawnień do prowadzenia określonej działalności, to warunek ten jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum ma uprawnienia do prowadzenia określonej działalności i zrealizuje zakres prac, do których realizacji te uprawnienia są wymagane;

– wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, to w takim przypadku cześć przedmiotu zamówienia, do której realizacji te zdolności są wymagane, mogą być wykonane jedynie przez członka konsorcjum dysponującego wymaganym przez zamawiającego wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi lub doświadczeniem.

Wedle intencji ustawodawcy, przepisy te stanowiły urzeczywistnienie koncepcji zagwarantowania rzeczywistego zaangażowania w realizację zamówienia, konsorcjanta dysponującego pożądanym przez zamawiającego i kluczowym z punktu widzenia zamówienia potencjałem. Konstrukcja tych regulacji jest zatem zbliżona do regulacji art. 188 PZP dotyczącego zapewnienia rzeczywistego udziału w realizacji zamówienia tzw. podmiotu trzeciego udostępniającego potencjał na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Porównując obie powyższe regulacje, można dojść do wniosku, że ustawodawca niejako zrównuje rolę takiego konsorcjanta do roli podwykonawcy, przyjmując jednak przy tym jego rozszerzoną (tj. właściwą dla członka konsorcjum) odpowiedzialność.

Przyglądając się ww. analogi regulacji, istnieje istotna różnica między relacją wykonawca – podmiot trzeci a relacją konsorcjant – konsorcjant. Między konsorcjantami (wykonawcami) istnieje solidarna odpowiedzialność, która w przypadku podmiotu trzeciego występuje jedynie w ograniczonym zakresie, dotyczącym udostępnienia potencjału finansowego lub ekonomicznego (art. 120 PZP). W pozostałej części odpowiedzialność tak rozumianego podwykonawcy wobec zamawiającego jest ograniczona, a odpowiedzialność za prawidłową realizację zamówienia ponosi wykonawca, który zaangażował takiego podwykonawcę.

Sam w sobie fakt istnienia solidarnej odpowiedzialności po stronie konsorcjum zapewnia zamawiającemu wysoki poziom ochrony. Rodzi to w takim razie pytanie czy omawiane rozwiązanie w ogóle jest potrzebne w porządku prawnym? Skoro zamawiającemu przysługuje swoboda w zakresie żądania spełnienia świadczenia od każdego konsorcjanta, to wymogi zawarte w szczególności w ustępie 3 przepisu art. 117 PZP można uznać za zgodę na nadmierną ingerencję w uprawnienia wykonawców.

Podział prac i inne szczegóły dotyczące realizacji zamówienia powinny być wyłącznie przedmiotem ustaleń między konsorcjantami – bowiem to te podmioty biorą na siebie ciężar realizacji zamówienia i odpowiedzialność

W ocenie autorów przepis art. 117 w zakresie ust. 3 i 4 PZP w obecnym brzmieniu powinien zostać usunięty z przepisów Prawa zamówień publicznych. Wypacza on bowiem nieco sens tworzenia konsorcjów, może ograniczać możliwość udziału w postępowaniach małych lub średnich przedsiębiorców, a ponadto budzi wątpliwości interpretacyjne w zakresie składanego oświadczenia o zakresie wykonywanych prac.

za to. Jeżeli bowiem, jakieś podmioty decydują się przystąpić do realizacji danego zamówienia publicznego w ramach konsorcjum, to z zasady dzieje się to w sytuacjach, w których samodzielnie nie będą one w stanie czy to pozyskać zamówienia (tj. spełnić wymogów zamawiającego) czy też go zrealizować. Tak też, dopuszczając wspólny udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia i jego późniejszą realizację w tej formule, ustawodawca (najpierw unijny, a w ślad za nim polski) dopuścił ten szczególny model, dał możliwość pozyskania zamówień takim podmiotom, w zamian jednak za pełne poddanie się przez nie odpowiedzialności za realizację zamówienia. Wydaje się zatem, że skoro nie wprowadzono żadnego mechanizmu dzielenia tej odpowiedzialności, czy też określenia za które części zamówienia zamawiający może dochodzić odpowiedzialności od poszczególnych konsorcjantów (bowiem każdy z nich odpowiada za realizację całości zamówienia), to nieproporcjonalnym i naruszającym równość stron, jest rozwiązanie, w którym zamawiający może tak dalece ingerować w organizację prac i funkcjonowania konsorcjum.

Źródłem licznych problemów jest również ust. 4 komentowanego przepisu nakładający na zamawiających obowiązek żądania oświadczenia obrazującego sposób realizacji zamówienia przez konsorcjum, w przypadku postawienia wskazanego w ust. 3 wymogu. Przyjmując przedstawione powyżej rozumienie art. 117 ust. 3 PZP, w oświadczeniu tym widnieć powinien jedynie ten podmiot (podmioty), który przedstawia doświadczenie.

Samo określenie charakteru prawnego takiego oświadczenia również rodzi problemy interpretacyjne, bowiem nie został on jasno określony w przepisach PZP. Warto przy tym zaznaczyć, że ustawa PZP posługuje się takimi terminami, jak na przykład „*podmiotowe środki dowodowe*" (art. 7 pkt 17 PZP), „*przedmiotowe środki dowodowe*" (art. 7 pkt 20 PZP) czy „*inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu*" (art. 128 ust. 1 PZP). Z uwagi na okoliczność, że kwalifikacja takiego oświadczenia jako dokumentu danego rodzaju wiąże się chociażby z obowiązkiem sporządzenia go w odpowiedniej formie, a także z zagadnieniem możliwości (lub braku możliwości) jego wyjaśniania, składania, uzupełniania lub poprawiania, powyższy przepis w ocenie autorów wymaga doprecyzowania podczas najbliższej nowelizacji przepisów PZP. Jakkolwiek 26 maja 2021 r. na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych pojawiła się opinia, której autor w jednoznaczny sposób opowiedział się za stanowiskiem zaliczającym Oświadczenie o podziale prac do podmiotowych środków dowodowych, to jednak do dziś kwestia budzi istotne wątpliwości.

W Wyroku KIO z dnia 22 listopada 2022 roku (sygn.. KIO 2925/22) KIO opowiedziała się za wykładnią, iż oświadczenie z art. 117 ust. 4 PZP jest podmiotowym środkiem dowodowym wymaganym do złożenia wraz z ofertą. Jak wskazała Izba „*O takim charakterze świadczy choćby to, że ww. przepis odwołuje się do art. 117 ust. 2 i ust. 3 tej ustawy, które określają sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oświadczenie to nie stanowi zatem treści oferty sensu stricto. Celem jego złożenia jest bowiem wykazanie warunku udziału w postępowaniu, a więc odnosi się ono do kwalifikacji podmiotowej. Konsekwencją takiego charakteru tego oświadczenia jest to, że podlega ono procedurze z art. 128 ust. 1 ww. ustawy.*"

Oceniając komentowane zagadnienie, warto odnieść się do Dyrektywy 2014/24/UE, w której ustawodawca unijny poświęca dużo uwagi kwestii grupy wykonawców pozyskujących i realizujących zamówienia. Mając na uwadze, że wspólne ubieganie się o zamówienie i tym samym łączenie potencjałów jest jednym z fundamentów systemu zamówień publicznych, stanowiącym jednocześnie wyraz równego traktowania i uczciwej konkurencji, to wszelkie ograniczenia w tym obszarze muszą być stosowane w przemyślany i regulowany sposób. Co więcej, w ww. dyrektywie zawarto regulacje, które dla ustanowienia dla grup wykonawców, odmiennych niż w przypadku wykonawców indywidualnych, warunków realizacji zamówienia warunkują zaistnieniem obiektywnych przesłanek oraz stawiają bezwzględny wymóg dochowania reguły proporcjonalności (motyw 15 oraz art. 19 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE).

Tak też nawet w orzecznictwie wspólnotowym zwrócono uwagę, że prawo unijne w szczególności nie wymaga, aby jakikolwiek wykonawca spełniał świadczenie wyłącznie bezpośrednio i z wykorzystaniem własnych zasobów (por. wyroku w sprawach: *CoNISMa* C-305/08 (pkt. 41), *Partner Apelski Dariusz* C-324/14, *Pippo Pizzo* C-27/15 (pkt. 23), *Ostas celtnieks* C-234/14 (pkt 23), *Pippo Pizzo* C-27/15 (pkt. 25 i 26) *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, (pkt 33).

W ocenie autorów przepis art. 117 w zakresie ust. 3 i 4 PZP w obecnym brzmieniu powinien zostać usunięty z przepisów Prawa zamówień publicznych. Wypacza on bowiem nieco sens tworzenia konsorcjów, może ograniczać możliwość udziału w postępowaniach małych lub średnich przedsiębiorców, a ponadto budzi wątpliwości interpretacyjne w zakresie składanego oświadczenia o zakresie wykonywanych prac. ■