

UNIwersytet Warszawski  
Wydział Prawa i Administracji

Irena Skubiszak

**Konsorcjum jako instrument zwiększający konkurencyjność w  
zamówieniach publicznych**

Rozprawa doktorska przygotowana pod kierunkiem  
**prof. ucz. dr hab. Andrzeja Wacha**

Warszawa 2024

## Spis treści

<b>Wykaz skrótów .....</b>	<b>5</b>
1. Źródła prawa.....	5
2. Organy orzekające .....	6
3. Czasopisma i publikatory .....	6
4. Inne .....	7
<b>Wstęp.....</b>	<b>8</b>
<b>Rozdział 1. Zagadnienia wstępne.....</b>	<b>14</b>
1.1. Uwarunkowania historyczne zamówień publicznych .....	14
1.2. Rynek zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Polska na europejskim rynku zamówień publicznych .....	19
1.3. Rynek zamówień publicznych w Polsce .....	23
1.4. Pojęcie zamówień publicznych .....	26
1.5. Regulacje i zakres ich obowiązywania.....	30
1.6. Zamawiający.....	35
1.6.1. Zamawiający publiczni .....	37
1.6.2. Zamawiający sektorowi .....	40
1.6.3. Zamawiający subsydiowani .....	41
1.7. Wykonawca .....	41
1.7.1. Definicja.....	41
1.7.2. Podstawy wykluczenia.....	45
1.7.3. Warunki udziału w postępowaniu.....	48
1.7.4. Grupa wykonawców .....	50
<b>Rozdział 2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie na gruncie prawa unijnego .....</b>	<b>52</b>
2.1. Grupy wykonawców w motywach dyrektywy klasycznej .....	52
2.2. Grupy wykonawców w przepisach dyrektywy klasycznej.....	54
2.3. Grupy wykonawców a poleganie na zdolnościach innych podmiotów.....	58
2.4. Grupy wykonawców w wybranych orzeczeniach TSUE .....	60
2.4.1. Status wykonawcy w procedurze.....	60
2.4.3. Pełnomocnik grupy wykonawców .....	62
2.4.4. Udział wykonawcy w procedurze jako wykonawca samodzielny oraz członek grupy wykonawców .....	63

2.4.5. Sumowanie zdolności grupy wykonawców .....	67
2.4.6. Stosowanie sankcji wobec członków grupy .....	72
2.4.7. Zmiana składu grupy wykonawców .....	74
<b>Rozdział 3. Konsorcjum w Prawie zamówień publicznych.....</b>	<b>78</b>
3.1. Wspólne ubieganie się o zamówienie – uwagi wstępne.....	78
3.2. Definicja terminu „konsorcjum” .....	79
3.3. Konsorcjum w ujęciu prawnym.....	80
3.4. Rodzaje konsorcjów .....	85
3.4.1. Konsorcja w znaczeniu szerokim i ścisłym .....	85
3.4.2. Konsorcja jednostkowe i jednolite.....	86
3.4.3. Konsorcja wewnętrzne i zewnętrzne .....	86
3.4.4. Konsorcja scentralizowane i zdecentralizowane .....	87
3.4.1. Rodzaje konsorcjów ze względu na przeznaczenie .....	88
3.5. Konsorcjum utworzone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie .....	88
3.5.1. Zasada swobody umów a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego .....	88
3.5.3. Pełnomocnik konsorcjum.....	92
3.5.4. Umowa konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie .....	96
3.5.5. Zasady odpowiedzialności konsorcjantów .....	99
3.5.6. Odpowiedzialność konsorcjantów na etapie postępowania .....	111
3.5.7. Wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie .....	114
3.5.8. Legitymacja procesowa konsorcjum.....	130
3.5.9. Zmiany w składzie konsorcjum .....	135
3.6. Wnioski.....	152
<b>Rozdział 4. Konsorcjum a korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego .....</b>	<b>155</b>
4.1. Cel wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne .....	155
4.2. Konsorcjum a podstawy wykluczenia .....	157
4.3. Zasady sumowania potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na gruncie d.p.z.p. ....	175
4.4. Orzeczenie Esaprojekt .....	180
4.5. Regulacje u.p.z.p. dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.....	182
4.6. Szczególny obiektywnie uzasadniony sposób spełniania warunków .....	184

4.7. Uprawnienia, zdolności zawodowe .....	187
4.8. Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie .....	192
4.9. Oświadczenie z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. ....	197
4.10. Inny sposób realizacji umowy .....	210
4.11. Posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego.....	214
4.11.1. Zagadnienia ogólne .....	214
4.11.2. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w prawie unijnym .....	217
4.11.3. Zastąpienie podmiotu trzeciego .....	221
4.11.4. „Stosowne przypadki” .....	240
4.11.5. Skuteczność udostępnienia zasobów .....	252
4.12. Posługiwanie się potencjałem nabytym w ramach konsorcjum .....	263
4.12.1. Bezpośredni udział w realizacji zamówienia .....	263
4.12.2. Wykładnia pojęcia „faktycznego” udziału.....	267
4.12.3. Indywidualna ocena ad casum .....	273
4.12.4. Korzystanie z podwykonawcy a realność zdobytego doświadczenia.....	280
<b>Rozdział 5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w przebiegu postępowania</b> .....	<b>282</b>
5.1. Zagadnienia ogólne.....	282
5.2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie przed wszczęciem postępowania	282
5.3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie po wszczęciu postępowania .....	284
5.4. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.....	284
5.4.1. Wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.....	284
5.4.2. Złożenie oferty w przetargu nieograniczonym .....	286
5.4.3. Wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy .....	288
5.5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego.....	289
5.5.1. Wszczęcie postępowania w trybie przetargu ograniczonego.....	289
5.5.2. Złożenie wniosku w przetargu ograniczonym .....	289
5.5.3. Złożenie oferty .....	291
5.5.4. Wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy .....	292
5.6. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem .....	292

5.7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego .....	295
5.8. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie partnerstwa innowacyjnego .....	297
5.9. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia.....	298
5.10. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki .....	302
5.11. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w postępowaniach prowadzonych w procedurze krajowej.....	303
<b>Zakończenie .....</b>	<b>307</b>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>321</b>

## Wykaz skrótów

### 1. Źródła prawa

Dyrektywa klasyczna lub dyrektywa 2014/24/UE - Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE

d.p.z.p. – ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.); uchylona z dniem 1 stycznia 2021 r.

k.c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 1061, 1237 z późn. zm.)

k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 17, 1228 z późn. zm.)

k.p. – ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1465 z późn. zm.)

k.p.a. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 572 z późn. zm.)

k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2023 r. poz. 1550 z późn. zm.)

k.s.h. – ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 18, 96 z późn. zm.)

r.p.s.d. – Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415 z późn. zm.)

r.s.k.e. – rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452)

u.d.i.p. – ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 902 z późn. zm.)

u.f.p. – ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 1530 z późn. zm.)

u.k.s.c. – ustawa z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 959, 1237.)

u.o.k.k. – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 594, 1237 z późn. zm.)

u.o.n.d.f.p. – ustawa z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 104z późn. zm.)

u.p.z.p. – ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 z późn. zm.)

u.z.n.k. – ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn.: Dz. U. z 2022 r. poz. 1233z późn. zm.)

## **2. Organy orzekające**

KIO – Krajowa Izba Odwoławcza

NSA – Naczelny Sąd Administracyjny

SA – sąd apelacyjny

SN – Sąd Najwyższy

SO – sąd okręgowy

TK – Trybunał Konstytucyjny

TSUE – Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej

WSA – wojewódzki sąd administracyjny

## **3. Czasopisma i publikatory**

BZP – Biuletyn Zamówień Publicznych

Dz. U. – Dziennik Ustaw

Dz. U. UE – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej

Legalis – System Informacji Prawnej „Legalis”

LEX – System Informacji Prawnej „LEX”

M.P. – Monitor Polski

OSNC – Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna

ZOTSiS – Zbiór Orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości i Sądu

#### **4. Inne**

CEIDG – Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej

EOG – Europejski Obszar Gospodarczy

JEDZ – Jednolity Europejski Dokument Zamówienia

JOT – jednostka oceny technicznej

KRK – Krajowy Rejestr Karny

KRUS – Kasa Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego

STWiORB – Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych

SIWZ – specyfikacja istotnych warunków zamówienia

SWZ – specyfikacja warunków zamówienia

ś.k.e. – środki komunikacji elektronicznej

US – urząd skarbowy

UZP – Urząd Zamówień Publicznych

ZUS – Zakład Ubezpieczeń Społecznych



# Wstęp

## 1. Zarys problematyki rozprawy doktorskiej

Zamówienia publiczne są istotnym narzędziem wspierającym funkcjonowanie wielu sektorów gospodarki, od infrastruktury publicznej począwszy po usługi zaspokajające różnorakie potrzeby obywateli i państwa. Wspólnym celem postępowań o udzielenie zamówień publicznych jest wybór oferty, która spełnia określone wymagania i zapewnia najlepsze korzyści dla jednostek sektora publicznego, a w konsekwencji dla ogółu społeczeństwa. W ciągu ostatnich dwudziestu lat, tzw. grupy wykonawców stały się istotną i ważną formułą, przy pomocy której realizowane są kontrakty na rzecz sektora publicznego. Współpraca pomiędzy przedsiębiorstwami umożliwia takim grupom wykonawców udział w zamówieniach publicznych w sposób zorganizowany i efektywny. Odbywa się ona w formule tzw. konsorcjów albo przy użyciu potencjału podmiotu trzeciego.

Konsorcja w zamówieniach publicznych stanowią formę współpracy, w której kilka lub więcej niezależnych podmiotów (firm, organizacji, przedsiębiorstw), najczęściej o różnych specjalizacjach i kompetencjach łączy swoje zasoby i umiejętności (określane jako połączone potencjały) w celu spełnienia narzuconych przez organizatorów postępowań kryteriów kwalifikacji, aby wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne, a następnie zrealizować zadanie w ramach zawartej umowy. W ten sposób są w stanie zaoferować kompleksowe rozwiązania, których samodzielny wykonawca nie byłby zdolny wykonać oraz znacząco zwiększają dostęp małych i średnich przedsiębiorstw do dużych i bardziej skomplikowanych przedsięwzięć. Ryzyko i koszty przy wspólnej realizacji zamówienia są dzielone pomiędzy uczestniczących w nim przedsiębiorców, co zmniejsza ich obciążenia organizacyjne, finansowe i operacyjne.

Formuła wykorzystująca potencjał podmiotu trzeciego, służąca zasadniczo tym samym celom co konsorcjum, polega na udostępnianiu przez podmiot nieskładający oferty i niepretendujący do uzyskania statusu strony umowy o zamówienie publiczne, brakujących oferentowi zdolności, w zamian za otrzymanie części zamówienia do realizacji (albo, w sytuacjach patologicznych, wyłącznie w ramach tzw. „handlu referencjami”).

## 2. Główny problem badawczy rozprawy doktorskiej

W rozprawie doktorskiej zwrócona zostanie uwaga na kilka problemów badawczych, które w świetle obecnie obowiązujących przepisów prawnych, dorobku wypracowanego przez doktrynę, a także polskiego i unijnego orzecznictwa rodzą istotne komplikacje praktyczne we właściwym stosowaniu instytucji konsorcjum.

Istotnym zagadnieniem, które należy poddać dokładnej analizie jest w szczególności możliwość sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Podjęta wobec tego zostanie próba usystematyzowania i dookreślenia kwestii, w zakresie jakich warunków udziału w postępowaniu może odbywać się rzeczony sumowanie potencjałów. W tym kontekście, na zasadzie porównania, zostanie także przybliżone zagadnienie posługiwania się przez wykonawcę zdolnościami podmiotu trzeciego, ze wskazaniem podobieństw i różnic w stosunku do instytucji konsorcjum. Szczególna uwaga poświęcona zostanie orzeczeniu TSUE w sprawie Esaprojekt, które, jak zostanie wykazane, w znacznym stopniu wpłynęło na kształt aktualnych przepisów u.p.z.p. oraz orzecznictwo KIO w tym obszarze.

W związku z powyższym poruszony zostanie także, pomijany w literaturze przedmiotu, problem uprawnień, które w tym zakresie posiada zamawiający. Nie jest bowiem oczywiste czy, a jeżeli tak, to w jakim stopniu, przysługuje organizatorowi postępowania zamówieniowego swoboda w decydowaniu o dopuszczalności oraz zakazywaniu łącznego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, jak również wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu trzeciego.

Ponadto analizie poddane zostanie zagadnienie, czy wykonawca może posługiwać się doświadczeniem nabytym wskutek uprzednio realizowanej umowy w formule konsorcjum. Istotnym jest także czy ewentualne uprawnienie w tym względzie (o ile występuje w danym przypadku) przysługuje z zastrzeżeniem konkretnych warunków i okoliczności, czy też wykonawca posiada całkowitą dowolność w tym aspekcie.

Kolejną, doniosłą z praktycznego punktu widzenia instytucji konsorcjum, kwestią jest próba rozstrzygnięcia czy możliwa jest zmiana składu osobowego konsorcjum w trakcie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym rozważaniom poddana zostanie, w przypadku opowiedzenia się za taką ewentualnością, kwestia, jakie okoliczności winny zostać spełnione ażeby, z jednej strony, zagwarantować prawidłową realizację zawartego

kontraktu, a z drugiej nie naruszyć zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się uprzednio o ten kontrakt. W tym kontekście, zostanie ponadto omówiony problem solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów względem zamawiającego oraz dokonywanego przez nich podziału zadań.

### **3. Przesłanki podjęcia tematu rozprawy doktorskiej**

Bezpośrednim motywem do wyboru i podjęcia powyższego zagadnienia jest obserwacja dotychczasowej, wieloletniej już przecież, praktyki zamówień publicznych w sferze wspólnego ubiegania się o zamówienia publiczne, w ramach której nie wypracowano dotychczas jednolitych reguł prawnych i interpretacyjnych, mimo istniejącego już w tym zakresie orzecznictwa TSUE i polskich sądów powszechnych oraz KIO, wskazujących na cechy wspólne i różnice w działaniu konsorcjum. Rozważaniom w tym zakresie nie poświęcono na gruncie prawa polskiego opracowania o charakterze monograficznym, dość ubogi jest również dorobek publicystyczny w innych formatach. Stąd niniejsza rozprawa ma służyć uporządkowaniu szeregu zagadnień w sferze konkurencyjności zamówień publicznych, której sprzyjać mają formuła konsorcjum oraz instytucja polegania na zasobach podmiotów trzecich. Co więcej, w oparciu o badanie akt z wyroków KIO oraz sądów okręgowych w pracy zostanie wykazane, że orzecznictwo polskie interpretując przepisy dyrektywy 2014/24/UE, formułuje niejednokrotnie wnioski rozbieżne z intencjami prawodawcy unijnego. Powyższe natomiast nie pozostaje bez wpływu zarówno na sposób implementacji przepisów unijnych na grunt krajowy (czego przykładem jest art. 123 u.p.z.p. wprowadzony w wyniku orzeczenia TSUE w sprawie Esaprojekt), jak również praktykę wśród zamawiających, którzy w tym zakresie częstokroć pozostają nieświadomi przysługujących im uprawnień oraz ciążących na nich ograniczeń.

W konsekwencji powyższego, koniecznym wydaje się podjęcie próby zmierzenia się z obranym tematem rozprawy, który rodzi szereg problemów interpretacyjnych oraz wpływa na niejednolite stosowanie instytucji konsorcjum w praktyce, co w konsekwencji nierzadko skutkuje wypaczeniem konkurencyjnych reguł gry rynkowej. Niepożądane bowiem jest, aby stan obecnie istniejący utrzymywał się w przyszłości z uwagi na dużą skalę stosowania omawianej instytucji w obrocie gospodarczym oraz rangę i rozmiar inwestycji, w tym w szczególności realizowanych ze środków UE, których wykonawcą są częstokroć właśnie konsorcja.

#### 4. Tezy badawcze

Podstawowym celem niniejszej rozprawy doktorskiej jest wykazanie, że ustawodawca polski w przepisach Prawa zamówień publicznych nie uregulował w sposób wyczerpujący kwestii sumowania potencjałów w ramach grupy wykonawców, zwłaszcza w kontekście unormowań dotyczących możliwości polegania przez wykonawców na zasobach podmiotów trzecich. Nadto, w tym zakresie, za niewystarczające należy również uznać regulacje ustawowe dotyczące stabilności konsorcjum i niezmienności jego składu na etapie realizacji umowy zawartej z zamawiającym, z uwzględnieniem problematyki podziału zadań pomiędzy poszczególnymi konsorcjantami.

Pierwsza teza rozprawy stanowi, że na zamawiającym spoczywa bezwzględny obowiązek przeprowadzenia analizy, które z wymaganych w danym postępowaniu potencjałów niezbędnych do oceny podmiotowej wykonawców mogą wykazywać wykonawcy łącznie w ramach konsorcjum, które w ramach polegania na zasobach podmiotów trzecich, a które muszą być spełnione samodzielnie przez pojedynczego wykonawcę lub poszczególnych członków konsorcjum.

Drugą tezą jest, że w konsekwencji powyższego obowiązku, zamawiający ma uprawnienie, a w niektórych przypadkach nawet obowiązek, formułowania ograniczeń w sposobie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu odmiennie dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne i dla wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich. Prawo zamawiającego w tym względzie nie jest jednak nieograniczone, a limitowane zawsze musi być specyfiką danego przedmiotu zamówienia oraz realizowane przy zachowaniu zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności.

Trzecia teza zakłada, że prawo powoływania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego na uprzednio zdobyte doświadczenie w ramach konsorcjum winno być szczegółowo badane *ad casum*, gdyż niemożliwe jest sformułowanie sztywnych reguł ogólnych w tym zakresie, ponieważ jest ono uzależnione od specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia.

Czwarta teza stanowi, że zmiana składu osobowego konsorcjum w toku postępowania oraz w trakcie realizacji zamówienia nie może być dokonywana automatycznie, wyłącznie z powołaniem się na zasadę solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, bez wnikliwej analizy

każdego stanu faktycznego przez zamawiającego. Zmiana taka nie w każdym przypadku będzie możliwa.

## **5. Metody badawcze i źródła wykorzystane w rozprawie doktorskiej.**

W przygotowywanej rozprawie doktorskiej wykorzystana jest przede wszystkim metoda formalno-dogmatyczną, w ramach której stosowane są wszystkie dostępne metody wykładni: gramatyczna, systemowa i funkcjonalna. W celu właściwego i kompleksowego przedstawienia tematu niniejszego opracowania niezbędne było omówienie aktualnego stanu polskiego ustawodawstwa w zakresie analizowanej problematyki. Realizacja celów badawczych byłaby niemożliwa bez szerokiego uwzględnienia orzecznictw sądów powszechnych i Krajowej Izby Odwoławczej w sferze działalności konsorcjów oraz w zakresie sumowania potencjałów w ramach grupy wykonawców, w szczególności w kontekście regulacji dotyczących możliwości polegania przez wykonawców na zasobach osób trzecich.

Ponadto, dla dokonania ustaleń badawczych w obszarze przygotowywanej rozprawy uzasadnione było także korzystanie z metody prawnoporównawczej. Wybór takiej metodologii rozprawy jest uzasadniony jej tematem i zakresem przedmiotowym – rozprawa dotyczy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji prawa krajowego i unijnego. Stąd też w niniejszych rozważaniach uwzględniono w szerokim zakresie orzecznictwo TSUE poświęcone analizowanej problematyce. Zostało ono przy tym skonfrontowane z orzecznictwem polskich sądów i KIO.

Do opracowania niniejszej pracy wykorzystano w możliwym zakresie literaturę przedmiotu, w tym monografie, artykuły naukowe czy komentarze do ustaw. Ponadto w pracy przedstawiono liczne orzeczenia zarówno TSUE, jak i polskich sądów, w tym SN i sądów okręgowych, jak również Krajowej Izby Odwoławczej.

## **6. Struktura rozprawy doktorskiej.**

Problematyka rozprawy została ujęta w pięciu rozdziałach. W podsumowaniu zawarto wnioski końcowe.

W pierwszym rozdziale przedstawiono teoretyczne podstawy instytucji zamówień publicznych oraz roli zamawiających i wykonawców w procesie ich udzielania. Omówiono kluczowe pojęcia związane z zamówieniami publicznymi, w tym w szczególności sygnalizując występowanie instytucji grupy wykonawców.

Drugi rozdział prezentuje regulacje unijne dotyczące konsorcjów w zamówieniach publicznych, z uwzględnieniem instytucji polegania na zasobach podmiotów trzecich. W tym zakresie poddano analizie podstawowe przepisy dyrektywy 2014/24/UE, mające wpływ na organizację, działanie i odpowiedzialność konsorcjów. Omówiono również orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE odnoszące się do tematyki wspólnego ubiegania się o zamówienie, w tym najbardziej aktualny wyrok z dnia 26.09.2024 r. wydany w sprawie Luxone Srl odnoszący się do kwestii niezmienności składu osobowego konsorcjum w toku procedury zamówieniowej.

Trzeci rozdział poświęcony jest unormowaniom krajowym dotyczącym konsorcjum, ze szczególnym uwzględnieniem roli tego instrumentu prawnego w zamówieniach publicznych. Zaprezentowano zagadnienia związane z zawiązywaniem konsorcjum, jego funkcjonowaniem oraz ponoszeniem odpowiedzialności przez jego członków, porównując z umową spółki cywilnej.

Czwarty, kluczowy z punktu widzenia postawionych tez badawczych, rozdział koncentruje się na przybliżeniu różnic występujących pomiędzy instytucją konsorcjum, a poleganiem przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich. Omówiono zatem zasady sumowania potencjałów członków konsorcjum oraz wykonawcy i podmiotu trzeciego udostępniającego mu swoje zasoby, jak również zagadnienie związane z posługiwaniem się przez wykonawcę doświadczeniem zdobytym w ramach grupy wykonawców. Wnikliwej analizie poddano orzeczenie Esaprojekt oraz aktualne unormowania ustawy Prawo zamówień publicznych, ukształtowane w oparciu o wnioski wywodzone z tego orzeczenia.

Piąty rozdział omawia udział grupy wykonawców w procesie udzielania zamówień publicznych, od przygotowania postępowania do zawarcia umowy z zamawiającym. W tym zakresie wskazano na odrębności funkcjonowania konsorcjum występujące w różnych trybach procedury zamówieniowej.

W podsumowaniu przedstawia się wnioski i rekomendacje dla praktyki oraz dalszych badań nad problematyką konsorcjów. Rozprawa niniejsza ma na celu wzbogacenie debaty na temat konsorcjów w zamówieniach publicznych w Polsce oraz dostarczenie praktycznych wytycznych dla wszystkich zainteresowanych tą formą współpracy w sektorze publicznym i prywatnym.

# Rozdział 1

## Zagadnienia wstępne

### 1.1. Uwarunkowania historyczne zamówień publicznych

Roboty publiczne opłacane z pieniędzy władcy znane już były w starożytnym Rzymie, gdzie przy zastosowaniu tej instytucji prowadzono budowę dróg czy regulowano rzeki. Jednak jej rzeczywisty rozwój nastąpił dopiero w latach późniejszych, kiedy to państwo sporządzało wykaz towarów i usług oraz dokonywało wyboru wykonawcy i dostawcy.<sup>1</sup>

Historia polskich zamówień publicznych ma swoje początki po odzyskaniu niepodległości przez Polskę w 1918 r. Wynikła w tym okresie konieczność zmiany infrastruktury i ujednoczenia gospodarki państwa wymagała skutecznych i jasnych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym scentralizowania zamówień rządowych, które wcześniej funkcjonowały pod trzema zaborami.

Jednym z pierwszych aktów prawnych z okresu dwudziestolecia międzywojennego, regulujących rynek zamówień publicznych było rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 17 marca 1927 r. o wydzielaniu z administracji państwowej przedsiębiorstw państwowych przemysłowych, handlowych i górniczych oraz ich komercjalizacji<sup>2</sup>. Ustanawiało ono przepisy prawne o dostawach i robotach dla Skarbu Państwa, samorządu terytorialnego, instytucji prawa publicznego, zakładów przedsiębiorstw państwowych, nie wydzielonych z ogólnej administracji państwowej.

Kolejnym aktem prawnym z tego obszaru była ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego<sup>3</sup>. Stanowiła ona, że dostawy i roboty objęte zakresem jej regulacji powinny być z reguły wykonywane przez przedsiębiorstwa krajowe, mające siedziby w kraju albo przez przedsiębiorstwa zagraniczne, posiadające w odpowiedniej wysokości wydzielony kapitał w kraju, a przy tym dopuszczono do działalności i zarejestrowane w kraju. Prawodawca przyjął także zasadę, że dostawy i roboty powinny być wykonywane przy użyciu sił krajowych i surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego, względnie, o ile produkcja w kraju jest niewystarczająca, z użyciem tych surowców i wyrobów w takim stopniu, aby produkcja ich została całkowicie wykorzystana (art. 2 omawianej ustawy).

---

<sup>1</sup> A. Sołtysińska, *Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004 r., s. 22.

<sup>2</sup> Dz. U. R.P. z 1927 r. Nr. 25, poz. 195

<sup>3</sup> Dz. U. R.P. z 1933 r. Nr 19, poz. 127

Rada Ministrów otrzymała kompetencje do wydania rozporządzeń określających specjalne przepisy, normujące warunki dostaw i robót w monopolach i przedsiębiorstwach państwowych, posiadających samoistną osobowość prawną. Z kolei, poszczególni ministrowie, w ramach swoich upoważnień, ustalonych rozporządzeniami Rady Ministrów, otrzymali możliwość wydawania szczegółowych przepisów o dostawach i robotach dla podległych im działów administracji państwowej oraz instytucji, będących pod ich nadzorem. Dla administracji ogólnej i samorządu terytorialnego przepisy takie mógł wydawać Minister Spraw Wewnętrznych w porozumieniu z Ministrami Przemysłu i Handlu oraz Skarbu, a także innymi zainteresowanymi ministrami.

W dniu 29 stycznia 1937 r. wydano Rozporządzenie Rady Ministrów o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucji prawa publicznego<sup>4</sup> (dalej: Rozporządzenie z 1937 r.) regulujące warunki i tryby udzielania zamówień. Ten akt normatywny zawierał m.in. katalog przesłanek wskazujących komu nie wolno udzielić zamówienia np. osobom prawomocnie skazanym za występki przekupstwa (§ 5 Rozporządzenia z 1937 r.), czy okoliczności wyłączenia osób z wykonywania czynności w postępowaniu (§ 12 Rozporządzenia z 1937 r.). Wprowadzał on następujące tryby udzielania zamówienia: w drodze pisemnego przetargu ofertowego nieograniczonego lub ograniczonego, albo w drodze publicznego przetargu ustnego, albo z wolnej ręki, albo przez zakup bezpośredni za zwykłym rachunkiem (§ 6 Rozporządzenia z 1937 r.). Rozporządzenie uwzględniało przy tym szczególne potrzeby wojska.

Już wówczas dopuszczono składanie ofert wspólnie przez wykonawców. Zgodnie z § 19 ust. 1 pkt 5 Rozporządzenia z 1937 r. oferta powinna zawierać oświadczenie oferentów, wnoszących wspólną ofertę, że zobowiązania ich co do oferty oraz co do wykonania dostawy lub roboty są solidarne.

Kolejny etap funkcjonowania zamówień publicznych przypadł już na okres Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Wiązał się immanentnie z koniecznością odbudowy infrastruktury i gospodarki po II wojnie światowej i musiał uwzględnić zmiany ustroju państwa. W celu zapewnienia zaopatrzenia państwa, wprowadzono system centralnego planowania gospodarki. Nie pozwalał on na rozwój klasycznych zamówień publicznych. W tym okresie zamówienia opierały się na zasadzie planowania, a oferty przedsiębiorców państwowych były przedstawiane na indywidualne zaproszenie do złożenia oferty, bez przeprowadzania konkurencyjnych przetargów.

---

<sup>4</sup> Dz. U. R.P. z 1937 r. Nr 13, poz. 92



Dnia 18 listopada 1948 r. uchwalono ustawę o dostawach, robotach i usługach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych<sup>5</sup>. Akt ten, oprócz dostaw i robót, wprowadzał usługi jako trzeci rodzaj zamówienia. Jednakże najważniejszą zmianą w ówczesnym systemie zamówień publicznych było ustanowienie zasady, zgodnie z którą zamówienia powinny być udzielane: przedsiębiorstwom państwowym, przedsiębiorstwom pod zarządem państwowym, przedsiębiorstwom samorządowym, przedsiębiorstwom pozostającym pod zarządem związków samorządu terytorialnego, przedsiębiorstwom państwowo-spółdzielczym i centralom spółdzielczo-państwowym (art. 5 ustawy). Zgodnie zaś z art. 6 cytowanej ustawy, przedsiębiorstwom nie wymienionym w art. 5, zamówienia mogły być udzielane tylko wówczas, jeżeli przedmiot zamówienia nie był objęty działalnością przedsiębiorstw, wymienionych w art. 5, albo jeżeli te przedsiębiorstwa nie podjęłyby się wykonania zamówienia w ilości i w terminach koniecznych dla zamawiającego.

Powyższe oznaczało, że zamówienia publiczne co do zasady miały być realizowane przez szeroko rozumiane przedsiębiorstwa państwowe i spółdzielnie. Ponadto przedsiębiorstwom państwowym udzielano zamówień w trybie bezprzetargowym, zaś pozostałym przedsiębiorstwom w drodze pisemnego przetargu nieograniczonego.

Aktem wykonawczym do wskazanej ustawy było Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 19 lutego 1949 roku w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz niektórych kategorii osób prawnych<sup>6</sup>.

Następnie, uchwalono ustawę z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych<sup>7</sup>, która dopuszczała, przy niewielkiej wartości zamówień, udzielanie zamówień również rzemieślnikom, przedsiębiorstwom prywatnym lub innym osobom nie będącym jednostkami gospodarki uspołecznionej. Aktem wykonawczym do wskazanej ustawy było Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 1958 roku w sprawie dostaw, robót i usług na rzecz jednostek państwowych<sup>8</sup>, następnie zmienione 20 marca 1969 r.<sup>9</sup>

Uchwałą nr 11 Rady Ministrów z dnia 11 lutego 1983 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o wykonanie inwestycji, robót i remontów

---

<sup>5</sup> Dz. U. z 1948 r. Nr 63, poz. 494

<sup>6</sup> Dz. U. z 1949 r. Nr 12, poz. 73

<sup>7</sup> Dz. U. z 1958 r. Nr 3, poz. 7

<sup>8</sup> Dz. U. z 1963 r. Nr 26, poz. 158, tekst jednolity

<sup>9</sup> Dz. U. z 1969 r. Nr 9, poz. 65

budowlanych wprowadzono wzory umów dotyczących prac projektowych i wykonania robót budowlanych.<sup>10</sup>

Kolejną zmianę w polskim systemie zamówień publicznych przyniosła ustawa z dnia 21 grudnia 1983 r. o zmianie niektórych ustaw wprowadzających reformę gospodarczą<sup>11</sup>. Art. 7 tego aktu normatywnego uchylił ustawę z dnia 28 grudnia 1957 r. o dostawach, robotach i usługach na rzecz jednostek państwowych. W to miejsce wprowadzono jedynie Zarządzenie Ministra Budownictwa, Gospodarki Przestrzennej i Komunalnej z dnia 25 marca 1986 r. w sprawie zasad i trybu przeprowadzenia przetargów na wykonanie inwestycji, robót i remontów budowlanych<sup>12</sup>. Ten akt normatywny nie ograniczał udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia jedynie do przedsiębiorstw państwowych. Regulacja ustanawiała dwa tryby wyłonienia wykonawcy – pisemny przetarg nieograniczony lub przetarg ograniczony do wykonawców określonych przez zamawiającego w zaproszeniu do składania ofert (§ 3 ust. 2 Zarządzenia).

Po upadku systemu komunistycznego w Polsce, konieczność modernizacji i liberalizacji gospodarki wymusiła na prawodawcy wprowadzenie bardziej otwartych i konkurencyjnych procedur zamówień publicznych. Dnia 10 czerwca 1994 r. została uchwalona ustawa o zamówieniach publicznych<sup>13</sup>. Zwiększyła ona zdecydowanie przejrzystość i konkurencyjność udzielania zamówień, umożliwiając każdemu przedsiębiorcy udział w przetargach publicznych. Należy zatem uznać, że współczesny system zamówień publicznych w Polsce został wprowadzony od 1 stycznia 1995 r., tj. od momentu wejścia w życie ustawy o zamówieniach publicznych regulującej sposób wydawania środków publicznych przez jednostki sektora publicznego. Ustawa przewidywała następujące tryby udzielenia zamówienia: przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, przetarg dwustopniowy, negocjacje z zachowaniem konkurencji, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki (art. 13 ustawy). Utworzono Urząd Zamówień Publicznych jako centralny organ administracji państwowej właściwy w sprawach zamówień publicznych. W celu zapewnienia konkurencyjności, przejrzystości i powszechności udzielania zamówień przewidziano wydawanie Biuletynu Zamówień Publicznych, w którym zamieszczano ogłoszenia o zamówieniach publicznych dostępne dla każdego wykonawcy. Ponadto wprowadzono środki ochrony prawnej dla wykonawców: protest rozpatrywany przez

---

<sup>10</sup> M.P. z 1983 r. Nr 8, poz. 47

<sup>11</sup> Dz. U. z 1983 r. Nr 71, poz. 318

<sup>12</sup> M.P. z 1986 r. Nr 11, poz. 72

<sup>13</sup> Dz. U. Nr 76, poz. 344

zamawiającego i odwołanie od rozstrzygnięcia protestu wnoszone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpatrywane przez zespół arbitrow.

Analizując systematykę tej ustawy oraz jej instytucje można zauważyć nawiązanie projektodawców do Rozporządzenia z 1937 r., szczególnie w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania, przesłanek wyłączenia osób z wykonywania czynności w postępowaniu i trybów prowadzenia postępowań.

Odnosnie zagadnienia konsorcjów należy zauważyć, że ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych<sup>14</sup> zostały wprowadzone przepisy umożliwiające wykonawcom wspólne ubieganie się o zamówienia publiczne. Nazwane one zostały „podmiotami występującymi wspólnie” (art. 2 pkt 6 tejże ustawy).

W kolejnych latach Polska podejmowała działania mające na celu dostosowanie prawa polskiego do wymogów unijnych, w tym procedur udzielania zamówień publicznych. Zanim Polska stała się członkiem Unii Europejskiej zobowiązana była wszakże zaimplementować unijne dyrektywy do przepisów o zamówieniach publicznych. W związku tym, w dniu 29 stycznia 2004 r. uchwalono ustawę Prawo zamówień publicznych<sup>15</sup>. Za przyjęciem tego aktu normatywnego przemawiały dwie zasadnicze okoliczności. Pierwszą z nich była niedoskonałość istniejącej regulacji spowodowana w głównej mierze jej częstymi nowelizacjami. Drugą, równie istotną, była konieczność zakończenia procesu pełnej harmonizacji przepisów polskiego prawa z wymogami prawa wspólnotowego.<sup>16</sup> Ustawa była wielokrotnie nowelizowana. W 2008 roku weszła w życie tzw. duża nowelizacja ustawy Prawo zamówień publicznych, która miała na celu uproszczenie procedur i liberalizację przepisów. W 2009 roku implementowano przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z 11 grudnia 2007 r. 2007/66/WE zmieniającej dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG dotyczących poprawy skuteczności procedur odwoławczych w zamówieniach publicznych (Dz.Urz.UE L 335 z 20.12.2007 r., s. 31). W 2012 roku implementowano dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. U UE L 216 z 20.08.2009 r., s. 76, z późn. zm.). W 2016 roku Polska dokonała kolejnych zmian w Prawie zamówień publicznych,

---

<sup>14</sup> Dz. U. z 2001 r., Nr 71, poz. 813, ze zm.

<sup>15</sup> Dz. U. z 2004 r., Nr 19, poz. 177, ze zm.

<sup>16</sup> J. Baehr, T. Czajkowski, W. Dzierżanowski, T. Kwieciński, W. Łysakowski, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2004 r., s.11.

implementując Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.). oraz Dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.). Nowelizacja ta wprowadziła m.in. zmienione przesłanki wykluczeń wykonawców i elektroniczny system zamówień publicznych.

W trakcie prac nad wdrożeniem nowych dyrektyw unijnych rozpoczęto prace nad nowym aktem normatywnym w analizowanym obszarze. W dniu 11 września 2019 r. uchwalono ustawę Prawo zamówień publicznych<sup>17</sup>. Zaczęła ona obowiązywać od 1 stycznia 2021 r. Prawo zamówień publicznych, poprzez swoją systematykę i wprowadzone nowe narzędzia, zmienia sposób patrzenia na zagadnienie udzielania zamówień publicznych. Ustawa traktuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie tylko jako procedurę wydatkowania środków publicznych, ale przede wszystkim jako proces, który w zamierzeniu ustawodawcy ma nie tylko doprowadzić do realizacji założonego celu zakupowego czy inwestycyjnego, ale również służyć jako podstawa do wyciągnięcia wniosków i lepszego przygotowania się do prowadzenia kolejnych postępowań.<sup>18</sup>

Podsumowując, historia zamówień publicznych w Polsce to nieustanna zmiana. Od budowania systemu zamówień publicznych w dwudziestolecie międzywojennym, poprzez jego ograniczanie w ramach centralnego planowania gospodarki, następnie tworzenie współczesnego systemu zamówień publicznych opartego na zasadzie konkurencyjności i przejrzystości wydatków publicznych, aż do obecnego zelektronizowania procedur zamówieniowych.

## **1.2. Rynek zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Polska na europejskim rynku zamówień publicznych**

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej mają znaczący wpływ na gospodarki państw członkowskich. Każdego roku ponad 250 000 organów publicznych w UE wydaje około 14 %

---

<sup>17</sup> Dz. U. z 2019 r., poz. 2019.

<sup>18</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2023 r., s. 15.

PKB (około 2 bln euro rocznie) na zakup usług, robót budowlanych i dostaw.<sup>19</sup> Ze względu na wspólny wewnętrzny rynek europejski ustawodawca unijny zdecydował się na zharmonizowanie przepisów w obszarze zamówień publicznych. Wspólne zasady pozwalają na lepsze wykorzystanie funduszy publicznych poprzez szerszy dostęp do towarów i usług o wysokiej jakości. Wprowadzenie wspólnych reguł postępowania ułatwia przedsiębiorcom ubieganie się o zamówienia publiczne w innych krajach co powoduje zwiększanie konkurencyjności pomiędzy przedsiębiorstwami w Unii Europejskiej.

Oprócz zapewnienia zasady uczciwej konkurencji prawodawca unijny uznał za ważne tzw. włączenie społeczne mające na celu aktywizowanie osób zagrożonych wykluczeniem społecznym, grup społecznie defaworyzowanych. Ponadto, nastąpiło zachęcanie do uwzględniania aspektów środowiskowych (proekologicznych) i innowacyjnych w udzielaniu zamówień publicznych.

Europejski Trybunał Obrachunkowy (ETO) w ostatnim czasie przeprowadził kontrolę funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej, w szczególności poziomu konkurencji na tym rynku. W grudniu 2023 r. ETO opublikował sprawozdanie specjalne 28/2023: „*Zamówienia publiczne w UE Konkurencja w zamówieniach na roboty, towary i usługi zmniejszyła się w latach 2011-2021*”

Z tego dokumentu wynika, że w 2021 r. zamówienia udzielone bez zaproszenia do składania ofert stanowiły 15,8% wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia na jednolitym rynku UE, które państwa członkowskie zgłosiły na platformie TED. Z analizy Trybunału wynika ponadto, że odsetek przypadków bezpośredniego udzielenia zamówienia jest różny w poszczególnych państwach członkowskich. W 2021 r. odsetek ten wynosił od 3,1% (w Grecji) do 42,3% (na Cyprze), co wskazuje na znaczne różnice w praktykach udzielania zamówień publicznych stosowanych przez instytucje zamawiające w państwach członkowskich.<sup>20</sup> W Polsce, w 2021 r. odsetek ten wyniósł 10%. Według założeń przyjętych przy opracowywaniu dokumentu, jeżeli odsetek postępowań bez publikacji zaproszenia do składania ofert, przekroczy 10%, uznawany jest za wysoki.

Europejski Trybunał Obrachunkowy wskazał także, że w latach 2011–2021 odsetek postępowań o udzielenie zamówienia, w których złożono tylko jedną ofertę, wzrósł znacząco

---

<sup>19</sup> Informacja na stronie Komisji Europejskiej, dostępna pod adresem internetowym: [https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en) (dostęp: 24.09.2024 r.)

<sup>20</sup> *Sprawozdanie specjalne 28/2023: Zamówienia publiczne w UE – Konkurencja w zamówieniach na roboty, towary i usługi zmniejszyła się w latach 2011–2021*, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.eca.europa.eu/pl/publications/SR-2023-28> (dostęp: 24.09.2024 r.), s. 20

na jednolitym rynku UE – z poziomu 23,5% (w 2011 r.) do 41,8% (w 2021 r.). W tym samym okresie niemal dwukrotnie zmalała średnia liczba oferentów uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia – z poziomu 5,7 do 3,2<sup>21</sup>

Według założeń sprawozdania specjalnego, jeżeli odsetek postępowań, w których złożono tylko jedną ofertę, przekroczy 20%, uznawany jest za wysoki.

W świetle tych danych w 2021 r. tylko w Finlandii, na Malcie i w Szwecji odsetek postępowań, w których złożono tylko jedną ofertę nie przekroczył 20%. W Polsce, w 2021 r. w ponad 50% postępowaniach złożono tylko jedną ofertę. Na tle innych krajów Unii Europejskiej Polska znajduje się w grupie państw członkowskich z największym odsetkiem postępowań, w których złożono tylko jedną ofertę.

Jednocześnie z analizy kontrolerów Trybunału wynika, że we wszystkich państwach członkowskich nadal zdecydowanie przeważają zamówienia, w których wybierana jest oferta z najniższą ceną. W 2021 r. w ośmiu państwach członkowskich odsetek postępowań, w których wybrano ofertę z najniższą ceną, przekroczył 80%, co w tabeli wyników uznawane jest za poziom wysoki.<sup>22</sup> W Polsce w 2021 r. w ponad 50% zamówień wybrano ofertę z najniższą ceną. W 2011 r. odsetek ten wynosił ponad 80%, co oznacza znaczną zmianę na rynku krajowym, w kierunku udzielania zamówień nie tylko na podstawie kryterium najniższej ceny.

Europejski Trybunał Obrachunkowy w podsumowaniu sprawozdania specjalnego stwierdził, że poziom konkurencji w zamówieniach publicznych rynku UE obniżył się. Zdaniem Trybunału, wskaźniki do pomiaru konkurencji są na poziomie niezadawalającym w większości państw członkowskich. Wskazuje na to między innymi fakt, iż w 16% zamówień zostało udzielanych bezpośrednio (bez zaproszenia do składania ofert), a w prawie 60% postępowań uczestniczył tylko jeden oferent.<sup>23</sup>

Ogólnie rzecz ujmując, zaobserwowano nieznaczne efekty promowania strategicznych zamówień publicznych, co miało zachęcić do uwzględniania w większym stopniu aspektów środowiskowych, społecznych i innowacyjnych. Ponadto mimo reformy z 2014 r. odsetek zamówień, w których przyjęto inne kryteria udzielenia zamówienia niż cena, jest nadal niski.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Ibidem, s. 21

<sup>22</sup> Ibidem, s. 34

<sup>23</sup> Ibidem, s. 55

<sup>24</sup> Ibidem, s. 56

Biorąc pod uwagę wyniki analiz Europejskiego Trybunału Obrachunkowego państwa członkowskie, w tym Polska powinny przedsięwziąć działania zmierzające do poprawy konkurencyjności, a także efektywnej realizacji polityki strategicznych zamówień publicznych.

Oceniając sytuację polskich przedsiębiorców na rynku europejskich zamówień publicznych, należy zauważyć, że w 2022 r. w tym obszarze oferty polskich<sup>25</sup> przedsiębiorców były wybierane w 114 postępowaniach<sup>26</sup>. Jest to nieznacznie mniej niż w 2021 r., w którym polskim wykonawcom udzielono 123 zamówienia i nieco więcej niż w latach 2019 i 2020, w których polskim wykonawcom udzielono po 109 zamówień<sup>27</sup>.

Przedsiębiorcom z Polski najwięcej zamówień udzielono w Czechach (26), Niemczech (14) oraz w Luksemburgu (9). Natomiast ze względu na wartość polscy wykonawcy największe środki pozyskali w Czechach (ok. 404 mln euro), Słowacji (ok. 154 mln euro) oraz Rumunii (ok. 65 mln euro).<sup>28</sup>

Powyższe wskazuje, że polscy przedsiębiorcy w głównej mierze realizują zamówienia w krajach sąsiednich, zarówno ze względu na liczbę zamówień jak i wartość uzyskanych kontraktów.

Jak wynika ze statystyk, rynek zamówień publicznych w Europie ma ogromne oddziaływanie na gospodarki państw członkowskich, co w szczególności potwierdza 14% wskaźnik produktu krajowego brutto wydatków publicznych w tym obszarze.

W dniu 3 czerwca 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zostały opublikowane konkluzje Rady w sprawie sprawozdania specjalnego nr 28/2023 Europejskiego Trybunału Obrachunkowego (ETO) pn. „Bardziej uczciwa i skuteczna konkurencja w zakresie unijnych zamówień publicznych na roboty budowlane, towary i usługi” (C/2024/3521). W konkluzjach Rada zwróciła się do Komisji o niezwłoczne przeprowadzenie pogłębionej analizy istniejących ram prawodawczych dotyczących zamówień publicznych (w tym dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE i 2014/25/UE), aby ocenić, czy konieczna jest ich zmiana w trakcie kadencji 2024–2029 w świetle istotnych zobowiązań poczynionych przez Unię Europejską z myślą o

---

<sup>25</sup> Kraj podmiotu identyfikowany jest wyłącznie poprzez miejsce zamieszkania lub siedzibę podane w treści ogłoszenia o udzieleniu zamówienia. Nie jest badana struktura własnościowa przedsiębiorców z uwagi na brak informacji w tym zakresie w publikowanych ogłoszeniach.

<sup>26</sup> Dane z ogłoszeń o udzieleniu zamówienia opublikowanych w 2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE.

<sup>27</sup> W opracowaniu nie uwzględniono zamówień o wartościach poniżej progów unijnych, udzielanych polskim przedsiębiorcom na rynku europejskim, z uwagi na brak publikacji tego rodzaju ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym UE.

<sup>28</sup> *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.*, czerwiec 2023 r., dostępne pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2022-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp: 24.09.2024 r.), s. 38

osiągnięciu do 2030 r. celów dotyczących zrównoważonego rozwoju. Zaznacza ona jednak, że oprócz przeprowadzenia pogłębionej analizy konieczne jest lepsze zrozumienie podstawowych przyczyn spadku konkurencji w zamówieniach publicznych.<sup>29</sup>

Tym samym, prawdopodobne jest, że Komisja Europejska podejmie decyzje o zmianie obecnie obowiązujących dyrektyw dotyczących zamówień publicznych.

### **1.3. Rynek zamówień publicznych w Polsce**

W 1995 r. w Polsce zaczął funkcjonować współczesny rynek zamówień publicznych. W pierwszych latach realizowano na nim cel polegający na otwarciu dostępu do zamówień publicznych dla ogółu przedsiębiorców. Porządkowano również system wydatków publicznych. W następnych latach, oprócz wdrażania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, dostrzeżono konieczność likwidowania korupcji. Obecnie rynek zamówień publicznych rozwija się bardzo dynamicznie, a kontrakty publiczne łącznie wynoszą ok. 274,8 mld zł. Jest to bez wątpienia bardzo zróżnicowany rynek. Funkcjonują na nim zamówienia klasyczne, sektorowe, w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, usługi społeczne i inne szczególne usługi. W ostatnich latach, w związku z pandemią Covid i wojną w Ukrainie zastosowano również specjalne wyłączenia przepisów mające na celu sprawne dokonywanie zakupów zapobiegające rozprzestrzenianiu się wirusa i wspierające przedsięwzięcia pomocowe dla Ukrainy. Poniżej podane zostały bieżące statystyki rynku zamówień publicznych obrazujące skalę kontraktów publicznych w różnych ich gałęziach.

Wartość samego rynku zamówień publicznych realizowanych z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp, określona w oparciu o dane zawarte w rocznych sprawozdaniach o zamówieniach udzielonych w roku 2022, wyniosła ok. 274,8 mld zł (w 2021 r. – 184,6 mld zł).

Oszacowana wartość zamówień udzielonych z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp stanowiła ok. 8,93% produktu krajowego brutto (PKB) z 2022 r. Według szacunków GUS produkt krajowy brutto (PKB) w 2022 r. kształtował się na poziomie 3 078,3 mld zł (Biuletyn Statystyczny Nr 4/2023).

W przypadku zamówień udzielanych od najniższego progu ustawowego do progów unijnych wartość zawartych kontraktów kształtowała się na poziomie ok. 74,6 mld zł (w 2021 r. – 49,1

---

<sup>29</sup> *Konkluzje Rady w sprawie sprawozdania specjalnego nr 28\_2023 Europejskiego Trybunału Obrachunkowego*, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/konkluzje-rady-w-sprawie-sprawozdania-specjalnego-europejskiego-trybunalu-obrachunkowego-dotyczacego-zamowien-publicznych-w-unii-europejskiej-w-latach-2011-2021> (dostęp: 24.09.2024 r.), s. 2



mld zł). W zamówieniach o wartościach równych lub przekraczających progi unijne kwota podpisanych umów opiewała na ok. 200,2 mld zł (w 2021 r. – 134,8 mld zł). Wartość zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi udzielonych w 2022 r. wyniosła 5,3 mld zł (w 2021 – było to 2,8 mld zł).<sup>30</sup>

Jak wskazano w Sprawozdaniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu w 2022 r., w 2012 r. rynek zamówień publicznych w Polsce wart był 132,70 mld zł, następnie w 2016 r. zanotował spadek do 107,40 mld zł, następnie rósł i w latach 2020 - 2021 ukształtował się na poziomie około 184 mld zł, aż do 274,80 mld zł w roku 2022. Powyższa statystyka wskazuje na generalny wzrost wartości zamówień publicznych w Polsce.

Odnosząc wskazaną wartość do szacunków Głównego Urzędu Statystycznego, to rynek zamówień publicznych wynosi około 9% produktu krajowego brutto w 2022 r. Oznacza to, że wydatki z obszaru zamówień publicznych stanowią istotny element polskiego rynku.

Ważną informacją obrazującą strukturę rynku zamówień publicznych są dane, z których wynika, że w 2022 r. ponownie obniżył się odsetek wartości zamówień na roboty budowlane, tj. 34% wartości zamówień (w 2021 r. – 39%). Największy odsetek wartości zamówień stanowiły dostawy – 37% (w 2021 r. – 31%).<sup>31</sup>

W 2022 r. wartość udzielonych zamówień sektorowych wyniosła ok. 64,187 mld zł (w 2021 r. – 32,451 mld zł), tj. ok. 23% wartości wszystkich zamówień udzielanych na podstawie przepisów ustawy Pzp (w 2021 r. ok. 18%).<sup>32</sup>

W 2022 r. w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na podstawie przepisów ustawy Pzp udzielono 211 zamówień (w 2021 r. – 188) na łączną kwotę 16,343 mld zł (w 2021 r. – 5,825 mld zł). Postępowania tego typu najczęściej dotyczyły dostaw. Również na dostawy wydatkowano najwięcej środków.<sup>33</sup>

W przypadku udzielania koncesji na roboty budowlane lub usługi zamawiający zobowiązani są do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych (zwanym również dalej „BZP”) lub do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszeń dotyczących zawierania umów

---

<sup>30</sup> *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r., ..., op.cit.*, s. 18, 19

<sup>31</sup> *Ibidem*, s. 21, 22

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 22

<sup>33</sup> *Ibidem*, s. 24

koncesji na roboty budowlane lub usługi. W 2022 r. opublikowano łącznie 34 takie ogłoszenia (w 2021 r. – 39; w 2020 r. – 34; w 2019 r. – 32).<sup>34</sup>

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przedstawił również dane statystyczne dotyczące zamówień in-house, zgodnie z którymi - na podstawie art. 10 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w 2022 r. udzielono 3 225 zamówień na kwotę ok. 435,607 mln zł. W 2021 r. zamówień takich udzielono 1 884 na kwotę ok. 365,633 mln zł. Natomiast na podstawie art. 214 ust. 1 ustawy Pzp, w 2022 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych, zamieszczono ogółem 840 ogłoszeń o wyniku postępowania (lub o udzieleniu zamówienia), w których wskazano, że wykorzystano przesłanki zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki w zakresie zamówień in-house. W 2021 r. ogłoszeń takich opublikowano 712.<sup>35</sup>

W 2022 r. zamawiający stosowali również przepisy ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U. z 2021 r. poz. 2095, z późn. zm.). Z danych zawartych w BZP wynika, że w 2022 r. opublikowano 1 014 ogłoszeń informujących o udzieleniu zamówienia z wykorzystaniem wyłączeń stosowania ustawy Pzp<sup>36</sup> określonych w tej ustawie.

W 2022 r. w BZP opublikowano 10 751 ogłoszeń informujących o udzieleniu zamówienia na podstawie wyłączeń określonych w ustawie o pomocy obywatelom Ukrainy w związku z konfliktem zbrojnym na terytorium tego państwa. Najwięcej takich zamówień dotyczyło usług – 7 069 ogłoszeń (65%), następnie dostaw – 3 426 ogłoszeń (32%) oraz robót budowlanych – 55 ogłoszeń (1%). W 201 ogłoszeniach (2%) nie podano rodzaju zamówienia.<sup>37</sup>

Ustawa z dnia 27 października 2022 r. o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych (Dz. U. poz. 2236, z późn. zm.) wprowadziła wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp do zamówień udzielanych w celu realizacji zadań wynikających z tego aktu prawnego. Jednocześnie zobligowano zamawiających do zamieszczania w Biuletynie Zamówień Publicznych informacji o udzieleniu zamówienia podlegającego wskazanemu wyłączeniu. Przepisy ustawy weszły w życie z dniem następującym po dniu ogłoszenia, tj. w dniu 3 listopada 2022 r.

---

<sup>34</sup> Ibidem, s. 24

<sup>35</sup> Ibidem, s. 25, 26

<sup>36</sup> Ibidem, s. 27

<sup>37</sup> Ibidem, s. 28

Jak wynika z danych zawartych w BZP, w 2022 r. opublikowano 2 572 ogłoszenia informujące o udzieleniu zamówienia z wykorzystaniem wyłączeń stosowania ustawy Pzp określonych w ustawie o zakupie preferencyjnym paliwa stałego dla gospodarstw domowych.

Najwięcej takich zamówień dotyczyło dostaw – 1 280 ogłoszeń (50%), a następnie usług – 1 115 ogłoszeń (43%). W 177 ogłoszeniach (7%) nie podano rodzaju zamówienia.<sup>38</sup>

Łączna liczba opublikowanych ogłoszeń o wyniku postępowania / udzieleniu zamówienia w roku 2022 wyniosła 180 484, w tym 142 904 w Biuletynie Zamówień Publicznych i 37 580 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W trybie podstawowym bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy) wszczętych zostało 86,71% postępowań krajowych, a w trybie przetargu nieograniczonego 98,70% postępowań unijnych. Średnia liczba składanych ofert wynosiła 2,21.<sup>39</sup>

W roku 2023 łączna liczba opublikowanych ogłoszeń o wyniku postępowania / udzieleniu zamówienia wyniosła 180 715, w tym 139 458 w Biuletynie Zamówień Publicznych i 41 257 w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. W trybie podstawowym bez negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy) wszczętych było 85,11% postępowań krajowych, a w trybie przetargu nieograniczonego 98,67% postępowań unijnych. Średnia liczba składanych ofert wynosiła 2,63<sup>40</sup>.

Porównując rok 2022 z 2023 liczba postępowań utrzymuje się na podobnym poziomie, a dominującymi trybami stosowanymi przez zamawiających są tryby bez negocjacji. Nieznacznie wzrosła liczba składanych w postępowaniu ofert.

Przytoczne powyżej dane statystyczne potwierdzają, że rynek zamówień w Polsce ma niebagatelną wartość i dużą skalę postępowań, co wywołuje istotny wpływ na funkcjonowanie gospodarki, a także umożliwia rozwój polskich przedsiębiorców w warunkach uczciwej konkurencji i przejrzystych reguł postępowania.

#### **1.4. Pojęcie zamówień publicznych**

---

<sup>38</sup> Ibidem, s. 29

<sup>39</sup> *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2022*, dostępny pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/informator-uzp-nr-42022> (dostęp: 24.09.2024 r.), s. 71.

<sup>40</sup> *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2023*, dostępny pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/informator-uzp-nr-42023> (dostęp: 24.09.2024 r.), s. 56.

Przez zamówienie publiczne (zwane także dalej: „zamówieniami”) rozumie się umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług. Taką ich definicję formułuje art. 1 i art. 7 pkt 32 u.p.z.p. Akcentują one fakt wydatkowania środków publicznych, które mają pochodzić od zamawiającego, być czasowo kredytowane przez wykonawcę, jak również pochodzić od podmiotu trzeciego, co odnosi się w szczególności do środków unijnych, ministerialnych, czy samorządowych.

Nowymi elementami definicji zamówienia są pojęcie „nabycia” oraz sformułowanie „od wybranego wykonawcy”, które powinny być rozumiane zgodnie z motywem 4 preambuły dyrektywy 2014/24/UE<sup>41</sup>.

Przepisy u.p.z.p. wyraźnie wyodrębniają poszczególne etapy prowadzące do udzielenia poszczególnych zamówień i zawarcia umowy. Zgodnie z art. 7 pkt 25 u.p.z.p., jej zawarcie kwalifikowane jest jako udzielenie zamówienia.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego charakteryzuje się:

- 1) odpłatnością;
- 2) stronami umowy, którymi są, ustawowo zdefiniowani w art. 7 pkt 30 i 31 u.p.z.p., zamawiający i wykonawca;
- 3) przedmiotem umowy, którym są dostawy, usługi lub roboty budowlane, również określone w ramach definicji legalnych zawartych w art. 7 pkt 4, 28 i 21 u.p.z.p.

Przyjęta przez polskiego prawodawcę definicja jest tożsama z art. 2 ust. 1 pkt 5 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym zamówienia publiczne oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług.

Zamówienia publiczne stanowią jedną z form publiczno – prawnej interwencji państwa w gospodarce rynkowej. Choć zamawiający są w dużej mierze organami władzy publicznej – mającymi do swojej dyspozycji środki władczego rozstrzygania spraw, m.in. w postaci decyzji administracyjnej – to współczesne prawo zamówień publicznych odnosi się do procesu prywatnoprawnego istniejącego w relacjach między autonomicznymi i formalnie równorzędnymi stronami. Stąd też stosunki prawne w ramach prawa zamówień publicznych

---

<sup>41</sup> M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 47

należy generalnie traktować jako mające charakter cywilnoprawny. Świadczy o tym przede wszystkim art. 8 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1061, 1237), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Oznacza to zatem, iż postanowienia ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów Kodeksu cywilnego. Prawo zamówień publicznych w znacznym stopniu przejmuje sposoby zawarcia umów, uregulowane w tytule IV dziale II księgi pierwszej części ogólnej Kodeksu cywilnego, w istotny sposób je uszczegółowiając. Innymi słowy, w Prawie zamówień publicznych określono szczególne zasady zawierania umów cywilnoprawnych, w których stroną zamawiającą jest szeroko rozumiany podmiot publiczny.

W literaturze przedmiotu i orzecznictwie brakuje zgodności poglądów co do tego, czy umowa w sprawie zamówienia publicznego jest umową nazwaną czy umową nienazwaną, przy czym częściej prezentowane jest stanowisko o nienazwanym charakterze tej umowy, do którego osobiście się przychyliam<sup>42</sup>.

Obserwacja praktyki wskazuje, iż przy udzielaniu zamówień publicznych najczęściej stosowane są umowy sprzedaży, dostawy, o roboty budowlane, o dzieło, zlecenia, rachunku bankowego czy ubezpieczenia.

Wymienione przykładowe umowy nazwane zawierane są w systemie zamówień publicznych ze względu na przedmiot ich regulacji. Bez wątpienia każda z nich musi mieć pewne specyficzne, przewidziane przez u.p.z.p., cechy. Jednak w dalszym ciągu taka umowa, zachowując właściwe dla siebie *essentialia negotii*, będąc określonym typem umowy nazwanej. Wydaje się więc nieuzasadnione określenie pojęciem umowy nazwanej takiego kontraktu, którego treścią może być wiele innych umów nazwanych<sup>43</sup>.

Wyrażany jest także pogląd o pozakodeksowym typie umowy nazwanej<sup>44</sup>.

Punktem wyjścia do dyskusji w omawianym zakresie stał się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 września 2001 r.<sup>45</sup> Sformułowany w nim został pogląd, iż powstanie i realizacja zamówienia

---

<sup>42</sup> Zob. szerzej: I. Skubiszak-Kalinowska, *Charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Temidium 2014, nr 4/5 (60/61), s. 54; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2015, art. 139, teza nr 1. Autorzy ci wskazują, że ma ona charakter nienazwany.

<sup>43</sup> Zob. szerzej I. Skubiszak-Kalinowska, *Charakter prawny umowy o partnerstwie...*, *op.cit.*, s. 54.

<sup>44</sup> P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2016, art. 139, teza nr 3.

<sup>45</sup> Sygn. akt: IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75.

publicznego następuje przy wykorzystaniu instrumentów cywilnoprawnych. Powyższe wynika z samego unormowania omawianego aktu normatywnego, który przewiduje, iż do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Ponadto, umowy w sprawach zamówień publicznych wymagają formy pisemnej pod rygorem nieważności, chyba że przepisy szczególne wymagają innej formy szczególnej. Zostają one także zawarte z chwilą podpisania przez obie strony. To doprowadziło Sąd do postawienia tezy, iż umowę o zamówienie publiczne – mimo występujących zastrzeżeń, na które zwraca się uwagę w piśmiennictwie prawniczym – należy uznać za pozakodeksowy typ umowy nazwanej.

Odmienne od powyższego, zasadne w mojej ocenie, stanowisko sformułowane zostało w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5.12.2006 r.<sup>46</sup>. Przyjęto w nim, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego nie może być uznana za wyodrębniony typ umowy nazwanej. Powyższą tezę Sąd Najwyższy wyprowadził z faktu, iż brak jest wspólnych *essentialia negotii*, czy też właściwości (natury) stosunku, wspólnych dla wszystkich umów o udzielenie zamówienia publicznego. Należy wszakże zauważyć, iż Prawo zamówień publicznych z 2004 r. (tak samo zresztą, jak i obowiązująca u.p.z.p. z 2019 r.) posługiwała się swoistą, autonomiczną nomenklaturą, która nie rzutuje na kwalifikację materialnoprawną umów z punktu widzenia prawa cywilnego. Stąd też należy dojść do wniosku, że przykładowo umowa o roboty budowlane, zawarta przez jednostkę sektora publicznego po przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pozostaje umową, o której mowa w art. 647 i n. k.c.

Analizowane w tym miejscu zagadnienie rozstrzygnął, jak się zdaje, ostatecznie wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18.02.2016 r.<sup>47</sup>. W jego treści przyjęto, że umowy zawierane w reżimie prawa zamówień publicznych nie są odrębnym typem umów nazwanych, wobec czego powinny być kwalifikowane na zasadach ogólnych.

Podkreślenia wymaga, że zamówienia publiczne w rozumieniu art. 7 pkt 32 u.p.z.p. obejmują wszystkie umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem jest nabycie przez zamawiającego od wybranego wykonawcy robót budowlanych, dostaw lub usług, niezależnie od ich wartości. Tymczasem, u.p.z.p. znajduje zastosowanie jedynie do tych umów, których wartość przekracza określony w przepisach próg. Pozostałe

---

<sup>46</sup> sygn. akt: II CSK 327/06, LEX nr 238947.

<sup>47</sup> sygn. akt: II CSK 197/15, LEX nr 2019505.

zamówienia, o mniejszej wartości nazywane są „zamówieniami doprogowymi” i udzielane są na zasadach wynikających z k.c.

Prawodawca jednak, jak wynika z cytowanego powyżej przepisu, nie uzależnił uznania danej umowy za zamówienie publiczne od tego, czy znajdują do niej zastosowanie przepisy ustawy, czy też nie. Tym samym, umowy, które zawierane są poza reżimem u.p.z.p. ze względu na swoją niską wartość, również są zaliczane do zamówień publicznych.

### **1.5. Regulacje i zakres ich obowiązywania**

Podstawowym aktem prawnym systemu zamówień publicznych w Polsce jest ustawa z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych<sup>48</sup>. Obowiązuje ona, co do zasady, od 1 stycznia 2021 r. Zastąpiła ustawę z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>49</sup>, wielokrotnie nowelizowaną, ale opartą także, w ostatnich latach jej obowiązywania, na dyrektywach unijnych z 2014 r.

Nazwa obecnie obowiązującej ustawy zawiera sformułowanie „prawo”, co podkreśla kompleksowość regulacji, a także jej doniosłe znaczenie dla rynku zamówień publicznych i całego sektora krajowej gospodarki.

Podkreślenia jednak wymaga, że analizowany akt normatywny nie reguluje wszystkich spraw z zakresu udzielania zamówień publicznych. Zawiera zatem odesłania do innych regulacji prawnych. I tak:

- 1) Art. 8 ust. 1 u.p.z.p. odsyła do ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1061, 1237 ze zm.), stwierdzając, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców i uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy tego kodeksu, jeżeli przepisy Prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej;
- 2) Art. 579 ust. 2 u.p.z.p. odsyła do przepisów ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm.) o apelacji, jeżeli ustawa – Prawo zamówień publicznych nie stanowi inaczej w przedmiocie postępowania toczącego się wskutek wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej.

---

<sup>48</sup> t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.

<sup>49</sup> t.j.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.

Jak już wskazano powyżej, przepisy u.p.z.p. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów k.c. W szczególności, normy u.p.z.p. modyfikują art. 70<sup>1</sup>–70<sup>5</sup> k.c. dotyczące zawarcia umowy w drodze przetargu albo aukcji<sup>50</sup>.

Czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowy należy, co do zasady, oceniać przez pryzmat regulacji k.c., co wskazuje na cywilnoprawny charakter postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie można jednak tracić z pola widzenia faktu, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje się szereg specyficznych rozwiązań, mających charakter publicznoprawny, a więc odmiennych od rozwiązań kodeksowych, opartych, zasadniczo, na zasadzie równości stron. Użyte przez prawodawcę w przywołanym powyżej przepisie pojęcie „czynności w postępowaniu” nie oznacza więc czynności prawnych w rozumieniu k.c., lecz czynności specyficzne dla u.p.z.p. Natomiast w pozostałej sferze, nieunormowanej omawianą ustawą, czynności podejmowane przez zamawiającego i wykonawcę powinny być interpretowane i rozstrzygane w oparciu o przepisy k.c., w szczególności z uwzględnieniem takich zasad jak zakaz nadużywania prawa, czy obowiązek dochowania należytej staranności<sup>51</sup>.

Ustawa – Prawo zamówień publicznych wdraża następujące regulacje unijne:

- 1) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65 ze zm.);
- 2) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243 ze zm.);
- 3) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2007/66/WE z 11.12.2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz. UE L 335, s. 31);
- 4) dyrektywę Rady 89/665/EWG z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania

---

<sup>50</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2021, art. 8, teza nr 2.

<sup>51</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych Komentarz*, Warszawa 2023, dostępny pod adresem: <https://ekomentarzpzp.uzp.gov.pl> (dostęp: 24.09.2024 r.), art. 8, teza nr 1.



procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz. WE L 395, s. 33 ze zm.);

- 5) dyrektywę Rady 92/13/EWG z 25.02.1992 r. koordynującą przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. WE L 76, s. 14 ze zm.);
- 6) dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z 13.07.2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 216, s. 76 ze zm.).

Zakres stosowania u.p.z.p. określa jej art. 2 ust. 1, z którego wynika, iż w zależności od tego, jakiego rodzaju zamówień dotyczy oraz jacy zamawiający udzielają zamówienia, funkcjonują różne progi stosowania ustawy. W przypadku zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających publicznych oraz sektorowych, u.p.z.p. stosuje się wyłącznie, gdy ich wartość jest równa lub przekracza ustaloną w przepisach krajowych kwotę (aktualnie wynoszącą 130 000 złotych). Natomiast w odniesieniu do pozostałych zamówień (sektorowych, w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz klasycznych, ale udzielanych przez zamawiających subsydiowanych) przepisy u.p.z.p. stosuje się, gdy wartość ich jest równa lub przekracza progi unijne.

Te z kolei zostały zaś określone przepisami rozporządzeń delegowanych Komisji (UE)<sup>52</sup>. Prawodawca unijny ustalił odrębne kwoty progów unijnych, w zależności od tego, czy przedmiotem zamówienia są dostawy lub usługi, czy też roboty budowlane. Ponadto, progi unijne zostały określone odmiennie dla zamawiających będących instytucjami administracji centralnej oraz poniżej szczebla centralnego, jak również zamawiających sektorowych.

Zważywszy na fakt, iż w rozporządzeniach delegowanych Komisji (UE) kwoty progów unijnych zostały określone w euro, w związku z tym, Komisja Europejska w odrębnym

---

<sup>52</sup> Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 2021/1952 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 23–24); Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 2021/1953 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane oraz konkursów (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 25); Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) nr 2021/1950 z dnia 10 listopada 2021 r. zmieniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE w odniesieniu do progów dotyczących zamówień na dostawy, usługi i roboty budowlane (Dz. Urz. UE L 398 z 11.11.2021, s. 19).

komunikacie określiła równowartość kwot progowych wyrażonych w euro w odniesieniu do walut krajowych, jak również średni kurs złotego w stosunku do euro, stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych<sup>53</sup>. Na gruncie prawa krajowego, informację o aktualnych progach unijnych, ich równowartości w złotych oraz o równowartości w złotych kwot wyrażonych w ustawie w euro, jak również o średnim kursie złotego w stosunku do euro, publikuje Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w obwieszczeniach wydawanych na podstawie art. 3 ust. 3 u.p.z.p. i ogłaszanych w „Monitorze Polskim”<sup>54</sup>.

Podkreślenia wymaga, że zamówienia klasyczne udzielane przez zamawiających publicznych o wartości mniejszej od progów unijnych, lecz o wartości wyższej od progu stosowania ustawy, uregulowane są w odrębnym dziale III u.p.z.p. Przewidziano dla nich specyficzną, uproszczoną procedurę zamówieniową (tzw. „krajową”).

*Ratio legis* wyłączenia spod reżimu ustawowego zamówień o stosunkowo niskiej wartości (określonej za pomocą sztywnej kwoty) wiąże się z potrzebą uelastycznienia, przyspieszenia oraz uproszczenia procedury ich udzielenia. Rozciągnięcie obowiązku stosowania ustawy na wszystkie zamówienia, bez względu na ich wartość, mogłoby prowadzić do niepożądanego sytuacji, w której koszty przeprowadzenia postępowania przewyższałyby wartość uzyskanych przez zamawiającego dóbr lub usług. Jednocześnie zamawiający powinni mieć na uwadze, że wyłączenie stosowania ustawy w stosunku do zamówień „doprogowych”, nie oznacza nieograniczonej niczym swobody w ich udzielaniu. Zamawiający, jako jednostki sektora finansów publicznych, zobowiązani są bowiem do respektowania, wprowadzonych przez prawodawcę, zasad przejrzystości i niedyskryminacji, funkcjonujących na podstawie przepisów unijnych, prawa cywilnego, prawa finansów publicznych, w tym w pewnym zakresie również u.p.z.p.<sup>55</sup>.

Ponadto, w odniesieniu do zamówień, które nie są objęte przepisami dyrektyw znajduje zastosowanie Komunikat wyjaśniający KE (2006/C 179/02) dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych. Komisja Europejska w Komunikacie wskazuje na najlepsze praktyki wspierające państwa członkowskie w czerpaniu pełnych

---

<sup>53</sup> Dz. Urz. UE C 457 z 11.11.2021, s. 1–3

<sup>54</sup> Obwieszczenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 3 grudnia 2021 r. w sprawie aktualnych progów unijnych, ich równowartości w złotych, równowartości w złotych kwot wyrażonych w euro oraz średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych lub konkursów, (M.P. poz. 1177), dostępne pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/akty-wykonawcze-do-ustawy-pzp-z-2019-r2> (dostęp: 25.09.2024 r.).

<sup>55</sup> Wyrok WSA w Lublinie z dnia 5 października 2017 r., I SA/Lu 779/16, LEX nr 2152011

korzyści z rynku wewnętrznego oraz przedstawia wykładnię orzecznictwa TSUE, przy czym, co oczywiste, nie ustanawia żadnych nowych przepisów prawnych.

Jak wynika z Komunikatu, w odniesieniu do zamówień doprogowych również znajdują zastosowanie zasady traktatowe WE, w szczególności zasady swobodnego przepływu towarów, swobody świadczenia usług, niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Zasady traktatowe powinny być respektowane przez zamawiających, zwłaszcza w tych przypadkach, gdy dane zamówienie jest istotne dla rynku wewnętrznego. Ocena, czy dane zamówienie ma taki charakter, dokonywane jest na gruncie konkretnego stanu faktycznego.

Zamawiający jest zobowiązany przede wszystkim do zachowania zasady równego traktowania i niedyskryminacji, które pociągają za sobą obowiązek przejrzystości, czyli zagwarantowania wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji dotyczących zamówień, dzięki czemu zwiększa się konkurencyjność rynku wewnętrznego. Przy takim ujęciu przekazywanie informacji dotyczących zamówień poprzez nawiązanie kontaktu z potencjalnymi oferentami (nawet jeśli są liczni i pochodzą z różnych państw członkowskich UE), nie jest wystarczającym środkiem do zagwarantowania udzielenia zamówienia „doprogowego” z poszanowaniem zasad traktatowych. W Komunikacie wyjaśniającym wskazuje się, że najlepszym rozwiązaniem w tym zakresie jest publikacja wystarczająco dostępnego ogłoszenia przed udzieleniem zamówienia. Narzędziami gwarantującymi najpełniejszy dostęp są m.in. Internet, dzienniki urzędowe czy lokalne środki publikacji.

Nie bez znaczenia pozostaje również sama treść ogłoszenia, aczkolwiek może być ono ograniczone do krótkiego opisu podstawowych informacji dotyczących zamówienia. Ważne, aby wraz z ewentualną dodatkową dokumentacją zawierało tyle danych, ile racjonalnie jest niezbędne dla wykonawcy z innego państwa członkowskiego do podjęcia decyzji o wyrażeniu zainteresowania uzyskaniem zamówienia.

Udzielenie zamówienia bez uprzedniego publicznie dostępnego ogłoszenia powinno następować wyjątkowo, np. w przypadku wystąpienia pilnej konieczności spowodowanej nieprzewidywalnymi wydarzeniami oraz zamówień, które z przyczyn technicznych bądź artystycznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych mogą zostać wykonane jedynie przez określony podmiot gospodarczy.

Z powyższego wyprowadzić należy wniosek, że również przy udzielaniu zamówień nieprzekraczających progu stosowania u.p.z.p. (czyli o wartości do 130 tys. zł) należycie działający zamawiający, co do zasady, powinien kierować się wskazanymi przez KE wytycznymi.

Oprócz wyłączenia stosowania omawianej ustawy w odniesieniu do zamówień publicznych o niskiej wartości (poniżej 130 tys. zł w przypadku zamówień klasycznych oraz poniżej „progów unijnych” w przypadku zamówień pozostałych lub zamówień klasycznych udzielanych przez zamawiających subsydiowanych), jej przepisów nie stosuje się również do szeregu zamówień wymienionych w art. 9 – 14 u.p.z.p. Regulacje te wyłączają obowiązek stosowania ustawy wobec zamówień m.in. ze względu na inną podstawę ich udzielenia (np. prawo międzynarodowe, prawo pracy, ustawę z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>56</sup>), ich przedmiot (np. niektóre zamówienia udzielane przez Narodowy Bank Polski, Bank Gospodarstwa Krajowego), specyfikę zamówienia wykluczającą jego udzielenie zgodnie z reżimem ustawy (np. usługi arbitrażowe lub pojednawcze, niektóre usługi prawne, niektóre usługi badawcze lub rozwojowe), czy konieczność ochrony informacji niejawnych lub istotny interes bezpieczeństwa państwa.

W pozostałym zakresie, podmioty posiadające status zamawiającego są zobligowane do stosowania przepisów ustawy, w celu zawarcia umowy z wykonawcą, której przedmiotem ma być realizacja robót budowlanych, usług lub dostaw.

## **1.6. Zamawiający**

Pojęcie zamawiającego zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 31 u.p.z.p. Zgodnie z cytowanym przepisem, jest nim osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, obowiązana do stosowania ustawy. Definicja ta ma charakter ogólny, zaś zakres podmiotowy stosowania analizowanego aktu normatywnego został szczegółowo określony w art. 4 – 6 u.p.z.p., wskazujących na krąg podmiotów objętych ustawą.

Na gruncie prawa unijnego stosowane jest pojęcie „instytucji zamawiającej”. Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE należy przezeń rozumieć „państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego”. Wśród instytucji zamawiających, prawodawca wymienia:

---

<sup>56</sup> t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 541, z 2022 r. poz. 1726

- instytucje administracji centralnej, które oznaczają instytucje zamawiające wymienione w załączniku I do dyrektywy 2014/24/UE oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi (art. 2 ust. 1 pkt 2 dyrektywy 2014/24/UE);
- instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego, które oznaczają wszystkie instytucje zamawiające, które nie są instytucjami administracji centralnej (art. 2 ust. 1 pkt 3 dyrektywy 2014/24/UE). W Polsce należą do nich przede wszystkim jednostki samorządu terytorialnego.

Zgodnie z prawem unijnym, do kręgu instytucji zamawiających zalicza się również podmioty prawa publicznego, których pojęcie zostało zdefiniowane w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE. Jak wynika z cytowanego przepisu, należy do nich podmiot który posiada łącznie wszystkie poniższe cechy:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną oraz
- 3) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub inne podmioty prawa publicznego bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów, bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Wskazane regulacje unijne zostały implementowane do treści art. 4 – 6 u.p.z.p.

Katalog podmiotów wymienionych w tych przepisach tworzy tzw. zakres podmiotowy ustawy, precyzujący krąg jednostek bezwzględnie zobowiązanych do jej stosowania. O ile zatem planowany zakup ze względu na jego przedmiot nie zostanie wyłączony spod regulacji analizowanej ustawy w oparciu o jej przepisy art. 2 i 9 – 14, to każdy z podmiotów objętych zakresem art. 4 – 6 u.p.z.p. ma obowiązek udzielenia zamówienia publicznego na podstawie stosowanego aktu normatywnego.

W tym względzie, zaznaczyć należy, iż przepisy u.p.z.p. wyróżniają kategorie zamawiających: publicznych, sektorowych i subsydiowanych.

Powyższe rozróżnienie ma znaczenie między innymi dla ustalenia zakresu obowiązywania ustawy (jak wskazano powyżej w podrozdziale: „Regulacje i zakres ich obowiązywania” dla

poszczególnych grup zamawiających funkcjonują inne progi stosowania ustawy) oraz dla procedur, do których przestrzegania zamawiający są zobowiązani (np. udzielania zamówień sektorowych).

### 1.6.1. Zamawiający publiczni

Na gruncie prawa krajowego, krąg zamawiających publicznych określa art. 4 u.p.z.p.

Podstawową grupę zamawiających publicznych, zgodnie z pkt 1 cytowanej normy stanowią jednostki sektora finansów publicznych wymienione w art. 9 u.f.p. Katalog zawarty w tym przepisie nie ma jednak charakteru zamkniętego. Przesądza o tym art. 9 pkt 14 u.f.p. w brzmieniu „inne państwowe lub samorządowe osoby prawne (...)”. Do grona tych podmiotów można zaliczyć np. fundacje tworzone na podstawie ustaw<sup>57</sup>.

Ponadto, do kręgu zamawiających publicznych zalicza się inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej<sup>58</sup>. Jednostkami tymi są wyodrębnione państwowe jednostki organizacyjne korzystające z mienia Skarbu Państwa. Są one uzależnione od państwa działającego przez swoje organy<sup>59</sup>. Wpływ organów państwowych może polegać na ustawowym określaniu zadań zamawiających, o których mowa w art. 4 pkt 2 u.p.z.p., powoływaniu członków władz tego podmiotu czy też finansowaniu jego działalności<sup>60</sup>. Przykładem państwowej jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, a równocześnie niebędącej jednostką sektora finansów publicznych jest Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe reprezentujące Skarb Państwa w zakresie zarządzanego mienia, co wynika z przepisu art. 32 ustawy z 28.09.1991 r. o lasach (Dz. U. z 2022 r. poz. 672 ze zm.)<sup>61</sup>.

Trzecią enumeratywnie wymienioną kategorią zamawiających publicznych, wskazaną w art. 4 pkt 3 u.p.z.p., są inne, niż określone w art. 4 pkt 1 u.p.z.p. (czyli jednostki sektora finansów publicznych), osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w art. 4 pkt 1 i 2 u.p.z.p., pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

---

<sup>57</sup> W. Misiąg, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2014, art. 9, teza nr I.1.

<sup>58</sup> Art. 4 pkt 2 u.p.z.p.

<sup>59</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, *op.cit.*, art. 4, teza nr 17.

<sup>60</sup> J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2019, art. 3, teza nr 20.

<sup>61</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych...*, *op.cit.*, art. 4, teza nr 17.

- a) finansują je w ponad 50% lub
- b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;

Są to zatem podmioty prawa publicznego, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE.

Cechą wyróżniającą tę kategorię zamawiających jest ukierunkowanie ich działalności na zaspokojenie zbiorowych potrzeb, nie zaś na osiągnięcie zysku<sup>62</sup>.

Oznacza to między innymi, że podmiot prawa publicznego musi zostać powołany w konkretnym celu, t.j. zaspokajania w sposób ciągły potrzeb o charakterze powszechnym<sup>63</sup> lub inaczej – zbiorowym, czyli typowych dla wielu niezindywidualizowanych adresatów, zazwyczaj na rzecz ludności<sup>64</sup>.

Wiążą się one zatem z realizacją interesu ogólnospołecznego, czy interesu publicznego, powiązanego z działalnością państwa. W nawiązaniu do prawodawstwa i orzecznictwa unijnego, pojęcie to powinno być interpretowane w szerokim znaczeniu. W wyroku TSUE z dnia 15.01.1998 r.<sup>65</sup> przyjęto, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza charakter powierzonych mu zadań, a w szczególności powiązanie z działalnością państwa.

Dla określenia pojęcia potrzeb o charakterze ogólnym (powszechnym) istotne znaczenie ma termin „działalność o charakterze użyteczności publicznej służąca zaspokojeniu powyższych potrzeb”. Jego wykładni dokonał Trybunał Konstytucyjny w uchwale z dnia 12.03.1997 r.<sup>66</sup>, stwierdzając, że zadania mające charakter ”użyteczności publicznej” należy interpretować możliwie najszerszej, co prowadzi do ich utożsamiania z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na organach administracji rządowej i samorządowej. Istotne natomiast jest to, że jednostki organizacyjne realizujące tego typu zadania wykonują je niezależnie od tego, czy są w stanie pokryć związane z tym wydatki z własnych dochodów. Wobec powyższego ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i najczęściej jest

---

<sup>62</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., Motyw 10 dyrektywy 2014/24/UE

<sup>63</sup> Wyrok TSUE z 10.11.1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV, ECLI:EU:C:1998:525

<sup>64</sup> G. Herc, *Zakres podmiotowy ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX nr 92936.

<sup>65</sup> sygn. akt: C-44/96, Legalis nr 151403

<sup>66</sup> sygn. akt: W 8/96, Legalis nr 10351

dofinansowywana ze środków publicznych. Konkludując, Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „przez państwowe i komunalne jednostki organizacyjne wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej należy rozumieć wszystkie jednostki, których celem jest zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa o charakterze ogólnym, należących do zadań publicznych, a których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku”<sup>67</sup>.

Stąd też omawiana cecha podmiotów prawa publicznego jest definiowana w sposób negatywny. Wyłączono bowiem z kręgu zamawiających te z nich, których głównym celem jest dążenie do zysków oraz prowadzenie działalności w warunkach konkurencji na rynku właściwym<sup>68</sup>. Jednocześnie, fakt występowania konkurencji na danym rynku, nie przesądza wcale o utracie statusu podmiotu prawa publicznego<sup>69</sup>. Natomiast jej zupełny brak i zmonopolizowanie rynku przez jednego przedsiębiorcę zaspokajającego potrzeby społeczne uważa się za modelowy wzór instytucji prawa publicznego<sup>70</sup>.

Ostatnim elementem charakteryzującym omawianą kategorię zamawiających są specyficzne zasady finansowania lub nadzorowania ich działalności.

Prawodawca unijny w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE użył sformułowania „w przeważającej części” dla określenia udziału finansowego instytucji publicznych lub państwa, co należy rozumieć jako część większą niż połowa<sup>71</sup>. Istotne jest, aby takie wsparcie nie wiązało się ze świadczeniem wzajemnym ze strony tegoż podmiotu, gdyż zostanie wówczas utracona cecha podporządkowania i zależności w łączących ich relacjach<sup>72</sup>. Finansowanie takie może obejmować także wpłaty od użytkowników, które są nakładane, obliczane i ściągane zgodnie z zasadami prawa publicznego<sup>73</sup>.

Kolejną kategorią zamawiających publicznych, wskazaną w art. 4 pkt 4 u.p.z.p., są związki podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 u.p.z.p., lub podmiotów, o których mowa w art. 4 pkt 3 u.p.z.p.

---

<sup>67</sup> Ibidem.

<sup>68</sup> Wyrok TSUE z 10.04.2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH), ZOTSiS 2008/4A/I-2339

<sup>69</sup> Wyrok TSUE z dnia 1.02.2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja Europejska przeciwko Francji, ECLI:EU:C:2001:70

<sup>70</sup> Wyrok TSUE z dnia 10.11.1998 r. w sprawie C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525

<sup>71</sup> Dz.U.U.E.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., Motyw 10 dyrektywy 2014/24/UE

<sup>72</sup> Wyrok TSUE z dnia 3.10.2000 r. w sprawie C-380/98 The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529

<sup>73</sup> Dz.U.U.E.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., Motyw 10 dyrektywy 2014/24/UE



Przez pojęcie „związki podmiotów” należy rozumieć organizację o charakterze członkowskim charakteryzującą się odrębnością organizacyjną oraz posiadającą osobowość prawną<sup>74</sup>. Jednocześnie wskazuje się, że status „związku podmiotów” jako zamawiającego powinien być ustalany z uwzględnieniem art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: *„instytucje zamawiające oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub z wielu takich jednostek lub z jednego lub z wielu podmiotów prawa publicznego”*. Oznacza to zatem, że wystarczy członkostwo jednego z podmiotów wymienionych w art. 4 pkt 1, 2 lub 3 w związku, aby był on zobowiązany do stosowania ustawy<sup>75</sup>. Do kategorii związków zaliczyć można np. związek międzygminny.

### **1.6.2. Zamawiający sektorowi**

Do kręgu zamawiających sektorowych zalicza się z kolei zamawiających publicznych oraz podmioty, na które zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio wywierają dominujący wpływ, jak również te, które na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych wykonują jeden z rodzajów działalności sektorowej.

Podstawowym kryterium wyróżniającym tę kategorię zamawiających jest prowadzenie przez nich działalności sektorowej. Zgodnie z art. 5 ust. 4 u.p.z.p., obejmuje ona takie obszary jak gospodarka wodna, energia elektryczna, gaz i energia cieplna, usługi transportowe porty, przystanie i porty lotnicze, usługi pocztowe, wydobywanie paliw.

Niektóre podmioty wykonują ją na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych. Zgodnie z art. 5 ust. 2 u.p.z.p., przyznawane są one w drodze ustawy lub decyzji administracyjnej i polegają na zastrzeżeniu uprawnienia do prowadzenia określonej działalności dla jednego lub większej liczby podmiotów. Z tej kategorii wyłączone są prawa, które przyznano w drodze procedury zapewniającej odpowiednie upublicznienie postępowania i opierającej się na obiektywnych kryteriach.

Obowiązkiem stosowania Prawa zamówień publicznych mogą zatem zostać objęte podmioty pozostające pod wpływem państwa, jak również podmioty prywatne niepowiązane ze Skarbem Państwa bądź jednostkami samorządu terytorialnego, jeśli tylko prowadzą jeden z rodzajów działalności określonych w art. 5 ust. 4 u.p.z.p. i wykonują go na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych.

---

<sup>74</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych.....*, *op.cit.*, art. 4, teza nr 19.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

### **1.6.3. Zamawiający subsydiowani**

Do stosowania ustawy zobowiązane mogą być również podmioty, które nie należą do kręgu zamawiających publicznych lub sektorowych.

Warunkiem uznania, iż dany podmiot jest zamawiającym subsydiowanym jest źródło finansowania udzielanego przez niego zamówienia, którym są środki publiczne w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych lub środki zamawiających publicznych (art. 4 u.p.z.p.) lub wykonujących działalność sektorową (art. 5 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.).

Kolejne kryteria wyróżniające zamawiających subsydiowanych to wartość zamówienia (która musi być równa lub przekraczać progi unijne) oraz jego przedmiot – roboty budowlane w zakresie obiektów o określonym przeznaczeniu lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Łączne spełnienie powyższych przesłanek powoduje konieczność stosowania przepisów ustawy przy udzielaniu tego typu zamówienia.

## **1.7. Wykonawca**

### **1.7.1. Definicja**

Specyfiką umów w sprawie zamówienia publicznego jest szczegółowe uregulowanie statusu jej stron. Tak jak pojęcie zamawiającego jest zdefiniowane w art. 7 pkt 31 u.p.z.p., tak samo prawodawca w art. 7 pkt 30 u.p.z.p. wskazuje, jak należy rozumieć termin „wykonawca”. Zgodnie z tym przepisem, wykonawcą jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług względnie ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego<sup>76</sup>.

Z punktu widzenia tematu niniejszej rozprawy, wskazana definicja ma kluczowe znaczenie. Wynika z niej, iż pojęcie wykonawcy ma zmienny zakres, uzależniony od etapu prowadzonego postępowania. Jest nim w pierwszym rzędzie podmiot, który nie tylko pobrał dokumenty zamówienia, ale złożył w procedurze zamówieniowej wnioski lub ofertę, a w końcowej jej

---

<sup>76</sup> t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605, art. 7 pkt 30 u.p.z.p.,

fazie wyłącznie ten wykonawca, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.

Pojęcie „wykonawcy” sformułowane w art. 7 pkt 30 u.p.z.p. koresponduje z definicją przyjętą przez prawodawcę unijnego. Z art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE wynika, iż „wykonawcą” jest każda osoba fizyczna lub prawna, podmiot publiczny lub grupa takich osób lub podmiotów, w tym tymczasowe stowarzyszenie przedsiębiorstw, które oferują na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług<sup>77</sup>.

W motywie 14 omawianej dyrektywy prawodawca unijny wskazał przy tym, iż analizowane pojęcie powinno być interpretowane szeroko. Należy nim obejmować wszelkie osoby lub podmioty, które oferują wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności<sup>78</sup>. Tym samym, chodzi tu w szczególności o firmy, oddziały, jednostki zależne, spółki cywilne, spółdzielnie, spółki akcyjne, uniwersytety – publiczne czy prywatne – oraz formy tych podmiotów, inne niż osoby fizyczne. Zakresem pojęcia „wykonawca” powinny być zatem objęte wszystkie podmioty, bez względu na to, czy są one osobami prawnymi w jakichkolwiek okolicznościach.

Intencją prawodawcy unijnego jest zatem jak najszersze otwarcie rynku zamówień publicznych, w sposób gwarantujący zamawiającym zachowanie odpowiedniego poziomu konkurencji oraz pozwalający na wybór optymalnego rozwiązania na korzystnych warunkach. Szerokie rozumienie pojęcia wykonawcy stanowi tym samym przejaw równego traktowania i niedyskryminacji. Nie jest w szczególności usprawiedliwione eliminowanie z rynku podmiotu, który jest w stanie należycie wykonać świadczenie na rzecz zamawiającego tylko z tego powodu, iż nie posiada właściwości, która nie ma znaczenia dla prawidłowej realizacji umowy. Potwierdzeniem tego jest art. 19 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Wynika z niego, iż wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać wyeliminowani z procedury zamówieniowej jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>78</sup> Ibidem, Motyw 14 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>79</sup> Ibidem, Art. 19 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

W kontekście zatem przepisów unijnych i krajowych, co do zasady, zarówno osoba fizyczna, jak i osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, czyli każdy podmiot, który przejawia wolę uzyskania zamówienia publicznego, może być wykonawcą, bez względu na posiadanie statusu przedsiębiorcy.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że o ile nie można odmawiać podmiotom dostępu do udziału w postępowaniu zamówieniowym ze względu na brak posiadania przez nie określonej właściwości, które nie mają znaczenia dla prawidłowej realizacji zamówienia, o tyle, zamawiający mają prawo oczekiwać, aby poszczególni wykonawcy wykazywali się określonymi zdolnościami, potencjałem, uprawnieniami, bądź statusem, jeżeli od tego zależy prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy. Takie stanowisko wynika *expressis verbis* z treści art. 19 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Norma ta wskazuje, iż w przypadku zamówień publicznych na usługi i roboty budowlane, jak również na dostawy obejmujące dodatkowo usługi lub prace dotyczące rozmieszczenia i instalacji, zamawiający może wymagać od wykonawców wskazania w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału nazwisk i odpowiednich kwalifikacji zawodowych personelu, który będzie odpowiedzialny za wykonanie danego zamówienia<sup>80</sup>.

Na gruncie prawa polskiego podstawową normą stawiającą określone wymagania podmiotom deklarującym udział w procedurze zamówieniowej jest art. 57 u.p.z.p. Norma ta stanowi, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

Przepis ten stanowi implementację art. 56 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z brzmieniem unijnej regulacji, zamówień udziela się na podstawie kryteriów cenowych oraz jakościowych, pod warunkiem, że instytucja zamawiająca sprawdziła, iż oferta jest zgodna z wymaganiami, warunkami i kryteriami określonymi w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania oraz w dokumentach zamówienia oraz, że pochodzi ona od oferenta, który nie został wykluczony oraz spełnia kryteria kwalifikacji określone przez instytucję zamawiającą<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Ibidem, Art. 19 ust. 1 zd. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>81</sup> Ibidem, Art. 56 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

Z powyższego wynika, iż brak występowania podstaw wykluczenia wobec wykonawcy oraz spełnienie przez niego kryteriów kwalifikacji (zwanymi na gruncie regulacji krajowych, warunkami udziału) jest bezwzględnym warunkiem udzielenia zamówienia<sup>82</sup>.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, iż art. 57 u.p.z.p. stanowi emanację jednej z naczelných zasad ustawy, wyrażonej w art. 17 ust. 2 u.p.z.p., zgodnie z którą zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>83</sup>. W tym kontekście, jako problematyczna jawi się kwestia późniejszej ewentualnej cesji uzyskanego zamówienia na rzecz podmiotu trzeciego. Tylko bowiem ten wykonawca, który został uprzednio zweryfikowany przez zamawiającego pod kątem podmiotowym, może zawrzeć umowę, a następnie ją realizować.

W judykaturze podkreśla się, iż ze względu na analizowaną normę, zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. doznaje, specyficznego dla procedury zamówieniowej, ograniczenia<sup>84</sup>. Wynika to z celu ustawy Prawo zamówień publicznych, która akcentuje interes publiczny oraz ma eliminować sytuacje korupcjogenne. W związku z powyższym, przelew wiarytelności wykonawcy na inny podmiot, będzie nieważny, ponieważ stanowić będzie obejście bezwzględnie obowiązującego przepisu, nakazującego udzielenie zamówienia zgodnie z procedurą<sup>85</sup>.

Należy jednak zauważyć, iż zakaz zmiany wykonawcy nie ma charakteru absolutnego, skoro sam prawodawca taką możliwość dopuszcza w art. 455 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Równocześnie, wskazany przepis określa szczegółowe warunki, od których spełnienia uzależnione jest zastąpienie dotychczasowego wykonawcy innym podmiotem. Podkreślić należy, że konstrukcja ta znajduje zastosowanie wyłącznie na etapie po podpisaniu umowy. Brak jest natomiast analogicznego rozwiązania w trakcie samej procedury udzielania zamówienia, co prowadzi do wniosku, iż, co do zasady, konieczne jest zachowanie tożsamości wykonawcy od początku do samego końca postępowania.

---

<sup>82</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Legalis/el. 2017, art. 56, teza nr 2.

<sup>83</sup> A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023, art. 57.

<sup>84</sup> Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt: V CK 97/03, Legalis nr 63261. Por. wyroki Sądu Najwyższego z dnia 13.12.1999 r., III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118, z dnia 28.6.2000 r., IV CKN 70/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 9 oraz z dnia 10.4.2003 r., III CKN 1320/00, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 112

<sup>85</sup> Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 13 stycznia 2004 r., sygn. akt: V CK 97/03, Legalis nr 63261.

Z treści przepisów ustawy wynika zarazem, iż zamawiający powinien obligatoryjnie określić i stosować przesłanki wykluczenia wyraźnie wskazane przez ustawodawcę<sup>86</sup>. Natomiast stosowanie przesłanek wykluczenia o charakterze fakultatywnym oraz formułowanie warunków udziału w postępowaniu jest uzależnione od decyzji zamawiającego i stanowi, zasadniczo, jego uprawnienie<sup>87</sup>.

W wyroku z 18.10.2012 r. TSUE<sup>88</sup> podkreślił, iż przepisy dyrektywy klasycznej pozostawiają instytucjom zamawiającym relatywnie dużą swobodę w kreowaniu kryteriów dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawców. Obejmuje ona prawo nie tylko do kształtowania treści warunków, ale również decydowania, czy zostaną one w ogóle określone w danym postępowaniu<sup>89</sup>. Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zna realia związane z przedmiotem zamówienia i w związku z tym, ma także wiedzę czy, i ewentualnie w jaki sposób, należy ustanowić warunki udziału w postępowaniu<sup>90</sup>.

Niemniej wskazana swoboda nie jest nieograniczona. Zamawiający zobowiązany jest określać kryteria podmiotowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że muszą one być obiektywnie odpowiednie do tego, by dostarczyć informacji na temat zdolności do wykonania zamówienia przez danego wykonawcę, a ustanowiony w ten sposób próg musi być dostosowany do wagi konkretnego zamówienia. Wymagania te mają więc obiektywnie stanowić pozytywne wskazanie występowania zdolności wykonawcy, wystarczającej do wykonania tego zamówienia, a jednocześnie nie wykraczać poza to, co jest racjonalnie niezbędne w tym celu<sup>91</sup>.

### **1.7.2. Podstawy wykluczenia**

Jeżeli chodzi o podstawy wykluczenia, to na gruncie u.p.z.p. w zamówieniach klasycznych funkcjonują ich dwie grupy: o charakterze obligatoryjnym (art. 108 u.p.z.p.) oraz fakultatywnym (art. 109 u.p.z.p.).

Pierwsze z nich odnoszą się do zasadniczych uchybień występujących po stronie wykonawcy, będącego zwłaszcza osobą fizyczną, które nie pozwalają na traktowanie go jako podmiotu

---

<sup>86</sup> Art. 108 u.p.z.p.

<sup>87</sup> Art. 109 i art. 57 pkt 2 u.p.z.p. Por. także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 r., KIO 1890/22, Legalis nr 2854565

<sup>88</sup> Wyrok TSUE wydany w sprawie C-218/11 (Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukovázó), Hochtief Construction AG Magyarország v. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság), Legalis nr 538841, pkt 28.

<sup>89</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2022 r., KIO 1890/22, Legalis nr 2854565.

<sup>90</sup> Ibidem

<sup>91</sup> Wyrok TSUE wydany w sprawie C-218/11 ..., *op.cit.*, pkt 29

stwarzającego gwarancję rzetelnego przeprowadzenia postępowania zamówieniowego. Wskazane podstawy wiążą się w szczególności z prawomocnym skazaniem za określone przestępstwa, występowaniem zaległości podatkowych lub za ubezpieczenia społeczne bądź zdrowotne potwierdzone prawomocnym wyrokiem lub decyzją, podleganiem zakazowi ubiegania się o zamówienia publiczne, uczestnictwem w zмовie przetargowej czy dopuszczeniem się zakłócenia konkurencji.

Katalog obligatoryjnych podstaw wykluczenia został poszerzony ponadto o tzw. „przesłanki sankcyjne”, przewidziane w regulacjach unijnych oraz krajowych, a będące wynikiem zastosowanych przez UE oraz Polskę sankcji na Rosję w związku z jej agresją wojskową wobec Ukrainy od 24.02.2022 r.<sup>92</sup>

W dniu 12 stycznia 2023 r. weszło również w życie Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny, którego regulacje mają przeciwdziałać zakłóceniom rynku wewnętrznego UE powodowanym przez subsydia zagraniczne, w tym w kontekście zamówień publicznych. Od 12 października 2023 r., w odniesieniu do zamówień, których szacunkowa wartość zamówienia wynosi co najmniej 250 mln euro, a w przypadku zamówień podzielonych na części – gdy łączna wartość części, o które ubiega się subsydiowany wykonawca, jest równa lub przekracza wartość 125 mln euro, wykonawcy mają obowiązek zgłoszenia zamawiającemu zagranicznych wkładów finansowych. Obowiązek zgłoszenia aktualizuje się w odniesieniu do wykonawcy, w tym jego spółki zależnej bez autonomii handlowej, jego spółki holdingowej, oraz, w stosownych przypadkach, jego głównych podwykonawców i dostawców uczestniczących w tej samej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli otrzymali w ciągu trzech lat poprzedzających zgłoszenie lub, w stosownych przypadkach, zaktualizowane zgłoszenie, łączne wkłady finansowe równe 4 mln EUR lub wyższe na każde państwo trzecie.<sup>93</sup>

W treści art. 109 u.p.z.p. określone zostały z kolei fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jeżeli zamawiający przewiduje realizację tego uprawnienia na podstawie okoliczności wskazanych w ust. 1 cytowanej normy, to powinien je wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia. Jeżeli zamawiający zdecyduje się na

---

<sup>92</sup> Rozporządzenie (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1 oraz art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 129), art. 5k.

<sup>93</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny (Dz.U. L 330 z 23.12.2022, p. 1–45), art. 29.

takie rozwiązanie, to wówczas obowiązany jest stosować konkretne przesłanki w stosunku do wykonawców i w przypadku ich wystąpienia w stosunku do któregośkolwiek z nich konieczne jest wykluczenie go z danego postępowania. „Fakultatywność” w rozumieniu art. 109 ust. 1 u.p.z.p. nie oznacza zatem uznaniowości przy stosowaniu przesłanek wykluczenia, ale swobodę w ich doborze przed wszczęciem procedury zamówieniowej.

Zgodnie z art. 110 ust. 1 omawianej ustawy, wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Przepis ten wdraża art. 57 ust. 5 dyrektywy 2014/24/UE, który przewiduje, iż instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i jego trakcie – wobec danego wykonawcy występuje stosowana w postępowaniu przesłanka wykluczenia.

Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, na podstawie wskazanej regulacji można sformułować dwie tezy. Po pierwsze, zamawiający dokonuje wykluczenia na dowolnym etapie postępowania, wszczętym i jeszcze niezakończonym, gdy tylko ujawnią się podstawy wykluczenia. Po drugie, podstawą do wykluczenia są zarówno okoliczności powstałe przed wszczęciem postępowania, jak i zaistniałe w jego trakcie<sup>94</sup>. W konsekwencji powyższego, wobec wykonawcy mogą występować podstawy wykluczenia przez cały czas trwania postępowania, nie zaś tylko w dniu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>95</sup>.

Z tego też powodu, omawiana regulacja ma szczególne znaczenie w przypadku procedur wieloetapowych, w których weryfikacji podmiotowej wykonawców dokonuje się w początkowym etapie postępowania. Nawet jeśli wykonawca przeszedł pozytywnie kwalifikację podmiotową po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie oznacza to, że nie może zostać wykluczony w późniejszej fazie procedury<sup>96</sup>.

W uzasadnionych przypadkach, zamawiający może jednak odstąpić od wykluczenia wykonawcy, pomimo występowania ku temu przesłanek. Pierwszym instrumentem jest tzw. „zasada proporcjonalności” przewidziana w art. 109 ust. 3 u.p.z.p., która znajduje zastosowanie do niektórych przesłanek fakultatywnych, określonych w art. 109 ust. 1 pkt 1–5 i 7 u.p.z.p. Stosując tę zasadę, zamawiający powinien zawsze rozważyć, czy wykluczenie wykonawcy na jednej z tych podstaw, nie będzie „w sposób oczywisty nieproporcjonalne”. Sformułowana w

---

<sup>94</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 110, teza nr 1.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*.



art. 109 ust. 3 u.p.z.p. zasada proporcjonalności umożliwia odstępnie od nieuzasadnionego wykluczenia wykonawcy z postępowania, jeżeli zastosowana sankcja byłaby nadmierna w stosunku do stwierdzonego uchybienia.

Z drugiej strony, na odstępnie od wykluczenia pozwala również instytucja określana mianem *self-cleaning* przewidziana w art. 110 ust. 2 i 3 u.p.z.p. Jej celem jest umożliwienie wykonawcy podjęcia działań naprawczych w sytuacji, gdy zaktualizuje się wobec niego przesłanka wykluczenia. W takim przypadku, uczestnicząc w postępowaniu, wykonawca przedstawia zamawiającemu wyjaśnienia i dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Ich uznanie przez zamawiającego za wystarczające powoduje stwierdzenie braku konieczności wykluczenia wykonawcy, pomimo formalnego wystąpienia danej przesłanki. Procedura „samooczyszczenia” nie dotyczy wszystkich podstaw wykluczenia. Wyłączone z tej konstrukcji zostały przesłanki wykluczenia dotyczące zaległości w płatności podatków, opłat oraz składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, gdyż podstawy te same w sobie przewidują możliwość odstępnie od sankcji wobec wykonawcy, jak również przesłanki dotyczące naruszeń, których negatywnych skutków nie można wyeliminować w inny sposób, jak właśnie poprzez zastosowanie sankcji wobec wykonawcy. W pozostałym zakresie, dopuszczono możliwość stosowania „samooczyszczenia”.

### **1.7.3. Warunki udziału w postępowaniu**

Warunki udziału w postępowaniu (określone również jako „warunki pozytywne”<sup>97</sup>) umożliwiają, łącznie z podstawami wykluczenia z postępowania, przeprowadzenie prawidłowej kwalifikacji podmiotowej wykonawców. Zamawiający, w ramach przedmiotowych warunków, określa oczekiwania wobec potencjalnych wykonawców, jakie muszą spełnić, aby możliwe było uznanie, iż są w stanie prawidłowo zrealizować dane zamówienie. Ustanawiając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ogranicza konkurencję tylko do tych wykonawców, którzy, w jego przekonaniu, dają rękojmię należytego wykonania zamówienia. Takie ograniczenie, o ile oczywiście jest proporcjonalne i związane z przedmiotem zamówienia, jest dozwolone i w szczególności stanowi przejaw troski zamawiającego o to, aby realizacja zamówienia publicznego, finansowana ze środków publicznych, nie została powierzona podmiotowi, który nie jest w stanie wykonać danego zamówienia.

---

<sup>97</sup> Tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2017 r., KIO 714/17, LEX nr 2311255

Sposób określenia i warunki udziału w postępowaniu sformułowane zostały w art. 112 ust. 1 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający określa je w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Powinny one zarazem umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oznacza ich formułowanie w sposób adekwatny, nienadmierny, niewygórowany, ograniczony tylko w zakresie koniecznym do osiągnięcia celu<sup>98</sup>. Warunki zarówno co do ich treści, jak i zakresu, powinny być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem i stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia<sup>99</sup>.

Za nieproporcjonalne należy z kolei uznać takie warunki udziału, które zostały określone w sposób nieuzasadniony potrzebami zamawiającego (np. zbyt wysoki poziom zdolności w stosunku do niezłożonego zamówienia).

Zamawiający nie powinien tracić z pola widzenia faktu, że warunki mają służyć weryfikacji wykonawcy pod kątem tego, czy jest on zdolny do należytego wykonania zamówienia. Stąd też wymaga to każdorazowo kierowania się przez zamawiającego specyfiką zamówienia w ramach danego postępowania. Jeżeli przedmiot zamówienia jest wysoce specjalistyczny i wymaga posiadania odpowiednich zdolności w danej branży, wówczas celowe jest sformułowanie odpowiedniego warunku, który, choć doprowadzi do ograniczenia kręgu potencjalnych wykonawców, to pozwoli wyłonić spośród nich takiego, który daje gwarancję realizacji zamówienia w sposób należyty. Z kolei, jeżeli zamówienie ma charakter standardowy lub powszechny, które jest w stanie wykonać praktycznie każdy podmiot specjalizujący się w danej dziedzinie, to niecelowe będzie wymaganie wykazaniem się wysokim poziomem zdolności. Zamawiający powinien jednak określać zawsze warunki za pomocą minimalnych poziomów zdolności, wystarczających dla zapewnienia wyboru właściwego wykonawcy.

Naruszeniem postanowień u.p.z.p. będzie zatem określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, w szczególności poprzez użycie takich sformułowań, które prowadzą do faworyzowania konkretnego podmiotu lub grupy podmiotów i wyeliminowania pozostałych, w sytuacji gdy nie jest to uzasadnione w żaden sposób obiektywną i rzeczywistą potrzebą zamawiającego.

---

<sup>98</sup> Por. w tym zakresie wyroki KIO: z dnia 14 marca 2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024, oraz z dnia 15 maja 2017 r., KIO 714/17, LEX nr 2311255. Aczkolwiek orzeczenia te zostały wydane na tle poprzedniego stanu prawnego, to zachowują aktualność na gruncie u.p.z.p. z 2019 r.

<sup>99</sup> Tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.10.2021 r., KIO 2746/21, Legalis nr 2675963

Nie można również zapominać, że na konieczność występowania związku pomiędzy przedmiotem zamówienia a warunkiem udziału w postępowaniu (kryterium kwalifikacji) wskazuje wprost art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. Norma ta przyjmuje, iż wszystkie wymagania muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do tego przedmiotu<sup>100</sup>.

Art. 112 ust. 2 u.p.z.p. określa katalog warunków udziału wykonawców w postępowaniu. Wskazuje zatem na potencjalne obszary, w ramach których zamawiający może weryfikować udział tych podmiotów w procedurze zamówieniowej. Przedmiotowe warunki mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Określony w art. 112 ust. 2 u.p.z.p. katalog dopuszczalnych warunków udziału w postępowaniu ma charakter zamknięty. Oznacza to, że zamawiający nie może formułować innych warunków wykraczających poza określone w przepisie kategorie. Takie „inne warunki” będą wszakże naruszać przepisy ustawy<sup>101</sup>.

#### **1.7.4. Grupa wykonawców**

Szczególną formą uczestnictwa w postępowaniu jest wspólne złożenie oferty przez więcej niż jednego wykonawcę. Wywodzi się ona z regulacji unijnych, na gruncie których pojawi się termin „tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw”<sup>102</sup>. W polskim systemie zamówień publicznych funkcjonuje pojęcie „wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie”, potocznie nazywanych „konsorcjum”. Zostało ono uregulowane w dziale I w przepisach art. 58–60 u.p.z.p., w dziale II w przepisie art. 117 u.p.z.p. i art. 125 ust. 4 u.p.z.p., oraz w dziale VII w przepisie art. 445 u.p.z.p. Przepisy te mają odzwierciedlać zasady uczestnictwa grupy

---

<sup>100</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 58 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>101</sup> W szczególności KIO w wyroku z dnia 20 października 2021 r., KIO 2716/21, LEX nr 3345960 wskazała, iż warunki udziału w postępowaniu, mają charakter zamknięty: tym samym warunki udziału w postępowaniu nie mogą dotyczyć innych zakresów, niż wskazane w omawianej regulacji. Stąd też, kwalifikacja podmiotowa wykonawców w ramach tych warunków wykraczająca poza powyższy katalog, stanowi naruszenie ustawy Pzp. Celem przepisu art. 114 omawianej ustawy jest natomiast weryfikacja, czy wykonawca jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej bądź wykonywania zawodu objętych zamówieniem.

<sup>102</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE.

wykonawców wyrażone w motywie 15 i art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE i stanowią *lex specialis* wobec ogólnych reguł udziału w postępowaniu przez pojedynczego wykonawcę.

W niniejszej rozprawie podjęta została próba kompleksowego przeanalizowania istoty konsorcjum na gruncie prawa unijnego i krajowego. W szczególności postaram się wykazać, iż w rzeczywistości regulacje krajowe nie są wystarczające dla prawidłowego udziału wykonawców wspólnie składających ofertę. Polski ustawodawca bowiem nie unormował w sposób dokładny kwestii sumowania potencjałów podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Nie odniósł się także do kwestii stabilności i niezmienności składów tzw. konsorcjów na etapie realizacji zamówienia.

## Rozdział 2

### Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie na gruncie prawa unijnego

#### 2.1. Grupy wykonawców w motywach dyrektywy klasycznej

Na gruncie prawa unijnego, instytucja wykonawców wspólnie występujących w postępowaniu uregulowana jest m.in. w treści art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE. Norma ta operuje niejednorodną terminologią w zakresie określenia wykonawcy. Prawodawca unijny we wskazanej regulacji posługuje się pojęciami „grup osób fizycznych, osób prawnych lub podmiotów publicznych” oraz „tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw”, wymieniając je na równi z innymi kategoriami wykonawców (osobami fizycznymi, osobami prawnymi oraz podmiotami publicznymi)<sup>103</sup>.

Jako immanentną cechą wyżej wymienionych podmiotów, świadczących o posiadaniu przez nich statusu wykonawców, prawodawca unijny wymienia oferowanie przez nich na rynku wykonania robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawy produktów lub świadczenia usług<sup>104</sup>.

Poszerzenie kręgu wykonawców o grupy osób fizycznych, osób prawnych lub podmioty publiczne świadczy o dopuszczeniu przez prawodawcę unijnego do udziału w procedurze nie tylko wykonawców, biorących w nim samodzielny udział, ale także takich podmiotów, które wspólnie starają się o uzyskanie zamówienia.

Zabieg ten podyktowany jest przede wszystkim potrzebą zapewnienia jak najszerszej konkurencji w postępowaniach zamówieniowych, co wynika z łącznej analizy motywu 14 i 15 dyrektywy 2014/24/UE.

W pierwszym z nich, prawodawca unijny zwrócił uwagę na konieczność interpretowania pojęcia „wykonawców” w sposób szeroki, tak aby obejmowało ono wszystkie osoby lub podmioty oferujące wykonanie robót budowlanych, dostawę produktów lub świadczenie usług na rynku, niezależnie od formy prawnej przyjętej przez nie do prowadzenia działalności<sup>105</sup>.

W motywie 15, prawodawca unijny precyzuje natomiast, że przyjmowanie określonej formy prawnej nie jest również wymagane dla wzięcia udziału w postępowaniu przez grupę

---

<sup>103</sup> Ibidem, art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> Ibidem, Motyw 14 dyrektywy 2014/24/UE

wykonawców, nawet w sytuacji, gdy występuje ona w formie tymczasowego stowarzyszenia<sup>106</sup>.

Prawodawca unijny zaznaczył przy tym, że jeżeli jest to konieczne, można wymagać określonej formy od grupy, której udzielono zamówienia. Za taki przypadek uzasadniający narzucenie określonej formy prawodawca uznał wymaganie odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne.

Podobnie zatem, jak w przypadku pojedynczych wykonawców, według prawodawcy unijnego, narzucenie grupie wykonawców określonej formy prawnej, która nie ma znaczenia z punktu widzenia należytego wykonania zamówienia, byłoby działaniem dyskryminującym. A *contrario*, w przypadkach, gdy jest to uzasadnione, przyjęcie określonej formy działania przez grupę wykonawców jest działaniem prawidłowym w świetle motywu 15 dyrektywy 2014/24/UE.

W tym miejscu zaznaczenia jednak wymaga, iż skorzystanie przez zamawiającego z tego uprawnienia w konkretnym postępowaniu wymaga prawidłowej implementacji dyrektywy 2014/24/UE do porządku krajowego w tym zakresie.

Na zasadzie analogii, prawodawca unijny przyjął również, że jeśli jest to uzasadnione z punktu widzenia należytej realizacji zamówienia, od grupy wykonawców, w tym „tymczasowego stowarzyszenia przedsiębiorstw”, zamawiający może oczekiwać określonego sposobu spełnienia wymagań w zakresie ich zdolności, potencjału, czy uprawnień. Realizacja tych wymagań może przy tym różnić się od warunków, które są stawiane wykonawcom samodzielnie starającym się o zamówienie. Swoistym ograniczeniem takiego odmiennego uregulowania warunków dla grupy wykonawców jest zasada proporcjonalności. Z motywu 15 dyrektywy 2014/24/UE wynika, że instytucje zamawiające powinny mieć możliwość jednoznacznego określenia sposobu, w jaki grupy wykonawców mają spełnić wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej, związane z uczestnictwem w procedurach zamówieniowych, bądź kryteria dotyczące zdolności technicznej i zawodowej, które są wymagane od wykonawców biorących w nich udział samodzielnie. Realizacja zamówień przez wspólnie działających wykonawców może usprawiedliwiać ustanowienie warunków, których spełnienia nie wymaga się od uczestników indywidualnych. Takie, uzasadnione obiektywnymi przesłankami i proporcjonalne warunki mogłyby np. obejmować konieczność wyznaczenia przedstawiciela, pełnomocnika lub lidera do celów postępowania o udzielenie zamówienia lub

---

<sup>106</sup> Ibidem, Motyw 15 dyrektywy 2014/24/UE

wymóg przedstawienia informacji o składzie takich grup. Osobiście uważam, iż odmienności mogą również dotyczyć samego sposobu wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. limitowania możliwości sumowania określonych potencjałów. Kwestia ta zostanie podjęta w toku dalszych rozważań.

## **2.2. Grupy wykonawców w przepisach dyrektywy klasycznej**

Art. 19 ust. 2 i 3 dyrektywy 2014/24/UE reguluje zasady udziału grup wykonawców w procedurze zamówieniowej. Przepisy te stanowią doprecyzowanie intencji prawodawcy unijnego sformułowanej w motywie 15.

W art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny wyraźnie wskazuje, iż grupy wykonawców, w tym tymczasowe stowarzyszenia, mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Zastrzega przy tym, iż instytucje zamawiające nie mogą wymagać od nich posiadania określonej formy prawnej, by grupy te mogły przedłożyć ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału<sup>107</sup>.

Tym samym, jak podnosi A. Sołtysińska, do zainteresowanych wykonawców należy podjęcie decyzji o formie i stopniu ich wzajemnego powiązania. Wykonawcy w tym względzie mogą zawrzeć porozumienie umowne, utworzyć nową osobę prawną lub nawet podmiot publiczny. Definicja „wykonawcy” przyjęta na gruncie dyrektywy 2014/24/UE nie wyklucza wszakże możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez podmioty należące do szeroko rozumianego sektora publicznego<sup>108</sup>. Równocześnie wykonawcy mogą zdecydować o utworzeniu grupy na potrzeby konkretnego postępowania lub też o charakterze stałym<sup>109</sup>.

Dla określenia konsorcjum stałego, istotne znaczenie ma treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Srl v. Comune di Milano<sup>110</sup>. We wskazanym orzeczeniu sędziowie unijni uznali za niezgodne z zasadą równości przepisy prawa włoskiego, które przewidywały możliwość automatycznego wykluczenia z postępowania konsorcjum stałego, jak również przedsiębiorstw będących jego członkami, w przypadku jednoczesnego złożenia konkurencyjnych ofert przez to konsorcjum i jednego lub więcej jego członków, podczas gdy takiej sankcji przepisy nie przewidywały względem innych, podobnych do konsorcjum stałego, zrzeszeń. Z cytowanego wyroku TSUE

---

<sup>107</sup> Ibidem, Art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>108</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE [w:] Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III*, LEX/el. 2016, art. 19, teza nr 1.

<sup>109</sup> Ibidem, teza nr 3.

<sup>110</sup> Sprawa C-376/08, ZOTS 2009/12B/I-12164.

wynika zatem generalny zakaz różnicowania form współpracy grupy wykonawców. Według równych zasad powinny być traktowane konsorcja utworzone na potrzeby danego zamówienia, konsorcja stałe, jak i każde inne, prawnie dopuszczalne porozumienia lub umowy zawierane przez wykonawców<sup>111</sup>.

Niemniej, jak się podkreśla się w literaturze przedmiotu, zawarcie określonej formy porozumienia, czy też umowy, nie jest niezbędne do tego, aby grupa podmiotów uzyskała status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Za wystarczające w tym względzie uznaje się wspólne złożenie oferty bądź wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu<sup>112</sup>.

Brak konieczności wymagania przyjęcia określonej formy przez grupę wykonawców na etapie postępowania, nie stoi jednak na przeszkodzie, aby instytucja zamawiająca, na podstawie przepisów prawa krajowego, mogła oczekiwać wskazania zasad współpracy członków tej grupy<sup>113</sup>.

W szczególności, wykonawcy tworzący grupę na podstawie porozumienia o współpracy, powinni wskazać instytucji zamawiającej lidera lub inną osobę uprawnioną do ich reprezentowania. Również zakres upoważnienia lidera lub reprezentanta powinien być precyzyjnie określony. W szczególności, powinno zostać wyraźnie wskazane, czy umocowanie obejmuje wyłącznie czynności związane ze złożeniem oferty, czy też w zakresie środków ochrony prawnej. Upoważnienie to powinno być zawarte w umowie lub osobnym pełnomocnictwie<sup>114</sup>. Jak podkreśliła A. Sołtysińska, przedstawicielem grupy może być jeden z wykonawców będący jej członkiem lub osoba zupełnie postronna (np. radca prawny lub adwokat)<sup>115</sup>.

Przepis art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje tymczasem możliwość sprecyzowania w dokumentach zamówienia przez instytucje zamawiające szczególnego sposobu spełnienia wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej przez grupy wykonawców. Prawodawca unijny dopuszcza możliwość określenia przez instytucję zamawiającą odmiennego sposobu spełnienia warunków przez grupę wykonawców wyłącznie w przypadku zaistnienia takiej potrzeby oraz pod warunkiem że jest to obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

---

<sup>111</sup> Ibidem.

<sup>112</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. ...*, *op.cit.*, art. 19, teza nr 1.

<sup>113</sup> Ibidem, teza nr 6.

<sup>114</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ... op.cit.*, art. 19, teza nr 3.

<sup>115</sup> Ibidem.



Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, skorzystanie z tego uprawnienia przez instytucję zamawiającą nie polega na wprowadzeniu innych, dodatkowych warunków udziału dla grupy wykonawców ponad te, które już zostały przewidziane dla wykonawców indywidualnych. Intencją prawodawcy unijnego było wszakże umożliwienie dookreślenia przez instytucję zamawiającego specyficznego dla grupy wykonawców sposobu wypełnienia bądź udokumentowania kryteriów kwalifikacji<sup>116</sup>.

Specyficzny sposób spełnienia kryteriów kwalifikacji przez grupę wykonawców powinien uwzględniać charakter zasobów, w tym dopuszczalność ich łączenia i rzeczywistą możliwość ich wykorzystania poprzez udostępnienie przez jednego z członków grupy. Jak przyjmuje A. Sołtysińska, w tym względzie instytucje zamawiające powinny kierować się wskazówkami wynikającymi z wykładni art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, który reguluje sposób korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Poleganie na zasobach grupy wykonawców, zdaniem Autorki, nie odbiega bowiem zasadniczo od polegania na potencjale podmiotu trzeciego, a główna różnica w tym zakresie dotyczy wyłącznie relacji prawnych. Członkowie grupy wykonawców ostatecznie bowiem stają się stronami umowy, podczas gdy podmiot trzeci pozostaje w relacji przede wszystkim z wykonawcą, któremu udostępnił zasoby, z wyjątkiem sytuacji, w której ponosi on solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego<sup>117</sup>.

Sprecyzowanie sposobu spełniania kryteriów kwalifikacji przez grupę wykonawców powinno realizować się na dwóch poziomach – w zakresie możliwości łączenia zasobów, jak również możliwości faktycznego wykorzystania potencjału, jakim dysponują poszczególni jej członkowie. Dopuszczenie lub wyłączenie możliwości łączenia potencjałów powinno uwzględniać charakter zasobu. Zdaniem A. Sołtysińskiej, łączeniu bez wątpienia powinny podlegać zasoby w postaci środków finansowych, w odróżnieniu od doświadczenia lub określonych wskaźników sytuacji ekonomicznej wykonawcy, które ze względu na swoją naturę nie mogą być sumowane<sup>118</sup>. Osobiście uważam ten pogląd za dyskusyjny. W mojej ocenie, wyłączenie możliwości sumowania potencjału grupy wykonawców będzie przede wszystkim zależało od tego, czy będzie ono proporcjonalne w stosunku do przedmiotu zamówienia. Innymi słowy, to specyfika zamówienia, która również determinuje rodzaj zdolności niezbędnych do jego zrealizowania, będzie kluczowa dla oceny, czy ograniczenie możliwości łączenia zasobów zostało trafnie przewidziane. Przy takim ujęciu, za dopuszczalne można

---

<sup>116</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. ...*, op.cit., art. 19, teza nr 2.

<sup>117</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ...* op.cit., art. 19, teza nr 3.

<sup>118</sup> Ibidem.

uznać łączenie doświadczenia dwóch lub więcej członków grupy wykonawców – o ile taka „rozdrobiona” zdolność techniczna i zawodowa okaże się wystarczająca dla należytego wykonania zamówienia. Również z tych samych względów, za prawidłowe można uznać wyłączenie możliwości sumowania środków finansowych przez konsorcjantów, jeżeli to właśnie od posiadanej ilości tych środków zależy, czy wykonawca jest w stanie zrealizować przyszłe zamówienie.

Oprócz dookreślenia kwestii łączenia potencjałów, zamawiający winien również doprecyzować sposób faktycznego wykorzystania danego zasobu przez grupę. Oznacza to, że zamawiający może wymagać, aby dane prace zostały zrealizowane wyłącznie przez tego z konsorcjantów, który wykazuje się określonym doświadczeniem. Za nieproporcjonalne, według A. Sołtyśńskiej, należy z kolei uznać żądanie zrealizowania prac przez członka grupy, dysponującego stosownym urządzeniem, jeżeli jego obsługę może zagwarantować inny konsorcjant<sup>119</sup>. Z powyższym zapatrywaniem należy się zgodzić, skoro wskazanemu rozwiązaniu przeczy natura tego zasobu. Dysponowanie określonymi urządzeniami nie stanowi wszakże potencjału nierozzerwalnie związanego z kondycją wykonawcy w takim stopniu, jak na przykład doświadczenie.

Finalnie, na podstawie art. 19 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE instytucjom zamawiającym przyznano również szczególne uprawnienie w określeniu wymagania, by grupy wykonawców przyjęły określoną formę prawną w przypadku udzielenia im zamówienia, w zakresie, w jakim taka zmiana jest niezbędna do zadowalającej realizacji zamówienia<sup>120</sup>. O ile zatem na etapie składania oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu grupie wykonawców nie mogą zostać narzucone w tym względzie żadne ograniczenia, o tyle w fazie realizacji zamówienia, instytucje zamawiające uprawnione są do formułowania stosownych wymagań. Podkreślić jednak należy, że zamawiający w tym zakresie nie korzystają z niczym nieograniczonej swobody. Skorzystanie z uprawnienia jest możliwe, wyłącznie wówczas, gdy jest to uzasadnione, tj. gdy przyjęcie przez grupę wykonawców określonej formy jest niezbędne zarówno dla zapewnienia odpowiedniej jakości oraz bezpieczeństwa wykonania umowy, jak również usprawnienia i zabezpieczenia prawidłowego toku procesu nadzoru nad realizacją kontraktu. Jak stwierdził Rzecznik Generalny TSUE w opinii z dnia 4 czerwca 2015 r. wydanej w sprawie C-234/14, wymaganie przyjęcia przez grupę wykonawców określonej formy prawnej po udzieleniu zamówienia ma charakter wyjątkowy, a co za tym idzie, może być

---

<sup>119</sup> Ibidem.

<sup>120</sup> Dz.U.U.E.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 19 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

formułowane wyłącznie wtedy, gdy okazuje się obiektywnie konieczne i jest zgodne z zasadą proporcjonalności<sup>121</sup>.

Ponadto, wymaganie określonej formy współdziałania na etapie realizacji zamówienia nie może prowadzić do wykluczenia możliwości udziału w postępowaniu, jak również ograniczenia możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego<sup>122</sup>.

W literaturze przedmiotu podkreśla się, że normę zawartą w ust. 3 art. 19 dyrektywy 2014/24/UE należy odczytywać łącznie z treścią motywu 15, w którym sugeruje się możliwość wymagania solidarnej odpowiedzialności członków grupy wykonawców względem zamawiającego<sup>123</sup>.

Niezależnie jednak od tego, jakie zostaną przewidziane warunki co do określonej formy prawnej grupy wykonawców na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, powinny one być sformułowane w prawie krajowym, a jeżeli przewiduje je instytucja zamawiająca – w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia<sup>124</sup>. Zachowanie przejrzystości warunków w tym zakresie pozwoli wykonawcom na ewentualne kwestionowanie takiego wymagania przewidzianego przez zamawiającego w drodze środków odwoławczych lub przez rezygnację z udziału w postępowaniu. W przypadku sporu, zamawiający natomiast będzie musiał wykazać, iż jego żądanie było zasadne<sup>125</sup>.

### **2.3. Grupy wykonawców a poleganie na zdolnościach innych podmiotów**

Do instytucji konsorcjum odnosi się również art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, który kompleksowo reguluje zasady polegania na zdolnościach innych podmiotów. Cytowany przepis jest odzwierciedleniem intencji prawodawcy unijnego wyrażonej w motywie 15 dyrektywy 2014/24/UE w odniesieniu do szczególnego sposobu spełnienia wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej i zawodowej przez grupę wykonawców.

Zgodnie z ust. 1 omawianej regulacji, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, co do kryteriów dotyczących z jednej strony sytuacji

---

<sup>121</sup> Sprawa C-234/14 *Ostas celtnieks SIA v. Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs*, ZOTSiS 2016/1/I-6

<sup>122</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji*. ..., *op.cit.*, art. 19, teza nr 6.

<sup>123</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji*. ..., *op.cit.*, art. 19, teza nr 4 oraz A.

Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ... op.cit.*, art. 19, teza nr 3.

<sup>124</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ... op.cit.*, art. 19, teza nr 3.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

ekonomicznej i finansowej, z drugiej zaś zdolności technicznej i zawodowej, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Odminną zasadę statuuje prawodawca unijny w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego. W tym zakresie wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie realizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. Jeżeli wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać podlegają sprawdzeniu przez instytucję zamawiającą odnośnie do tego, czy spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy występują wobec nich podstawy wykluczenia określone w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE. Jeżeli podmiot nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec niego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił ten podmiot. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją również nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.

W przypadku, gdy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia<sup>126</sup>.

Zgodnie z zdaniem ostatnim ust. 1 art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, na tych samych warunkach grupa wykonawców może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów. Innymi słowy, członkowie konsorcjum mogą korzystać z sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznej i zawodowej innego członka konsorcjum w celu wykazania spełnienia kryteriów (kwalifikacji lub selekcji)<sup>127</sup>. Jak trafnie stwierdził J. Pawelec, ogólne odesłanie sformułowane w omawianej regulacji, nie oznacza, że wszystkie zasady dotyczące podmiotu udostępniającego zdolności będą odnosić się do członków grupy wykonawców. Nie znajdują bowiem zastosowania postanowienia zawarte w art. 63 ust. 1 akapit 2 zd. 2 i 3, przewidujące możliwość nakazania przez zamawiającego zastąpienia podmiotu

---

<sup>126</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE

<sup>127</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. ...*, op.cit., art. 63, teza nr 14.

udostępniającego zdolności, wobec którego istnieją obligatoryjne lub fakultatywne podstawy wykluczenia. W przypadku konsorcjum, jeżeli wobec jednego z członków będą zachodzić jakiegokolwiek podstawy wykluczenia, wykluczeniu podlega cała grupa. Dokonywanie zmian podmiotowych w konsorcjum (tj. wymiana jednego z członków), zasadniczo bowiem nie jest możliwe<sup>128</sup>.

Do grupy wykonawców znajduje zastosowanie również ust. 2 art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, przez uczestnika tej grupy.

Innymi słowy, instytucja zamawiająca uprawniona jest sformułować wymaganie, aby pewne istotne dla niej elementy zamówienia były realizowane przez wykonawcę – czy to działającego samodzielnie, czy jako członek konsorcjum, nie zaś podmioty go wspierające (czyli podwykonawców)<sup>129</sup>.

## **2.4. Grupy wykonawców w wybranych orzeczeniach TSUE**

### **2.4.1. Status wykonawcy w procedurze**

W wyroku TSUE z dnia 11 czerwca 2020 r. wydanym w sprawie C-219/19 przedmiotem analizy była możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu podmiotu (fundacji) nie prowadzącego działalności w celu zarobkowym, lecz oferującego na rynku wykonanie usług architektonicznych i inżynierskich. Sąd odsyłający powziął wątpliwość w tym zakresie w związku z brzmieniem przepisów włoskiego kodeksu zamówień publicznych. Te zaś w odniesieniu do zamówień na usługi architektoniczne i inżynierskie ograniczały możliwość wzięcia udziału w postępowaniu podmiotom prowadzącym działalność o charakterze niezarobkowym.

Odpowiadając na pytanie prejudycjalne, sędziowie luksemburscy powołali się na wyrok TSUE z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie CoNISMa (C-305/08, EU:C:2009:807), w którym w punkcie wyjścia wskazano, że państwa członkowskie mają możliwość udzielania określonym kategoriom wykonawców zezwoleń na świadczenie określonych usług, przy czym mogą

---

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> Ibidem

przyjąć zróżnicowane rozwiązania w stosunku do podmiotów, które nie dążą do osiągnięcia celu zarobkowego i których głównym zadaniem jest prowadzenie działalności naukowo-dydaktycznej. Zgoda na prowadzenie działalności na rynku uzależniona jest od abstrakcyjnego stwierdzenia możliwości jej pogodzenia z ich celami statutowymi. Niemniej, jeżeli podmioty takie są uprawnione do oferowania określonych usług na rynku, to prawo krajowe nie może zabraniać im udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi.

W 2020 r. TSUE podkreślił, że powyższe stanowisko zostało potwierdzone w późniejszym orzecznictwie<sup>130</sup>. Pomimo, iż w znacznym zakresie dotyczyło ono przepisów uchylonej dyrektywy 2004/18/UE, to w ocenie Trybunału pozostaje ono nadal aktualne również na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy, ze względu na brak istotnych zmian pojęcia „wykonawcy”, zdefiniowanego w art. 1 ust. 8 dyrektywy 2004/18/UE oraz art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE.

Oprócz definicji „wykonawcy”, TSUE zwrócił również uwagę na motyw 14 dyrektywy 2014/24/UE, który wskazuje wyraźnie, że pojęcie to należy interpretować „szeroko”, tak aby obejmowało wszelkie osoby lub podmioty działające na rynku, niezależnie od formy prawnej, którą te osoby lub podmioty wybrały do celów prowadzenia działalności. Również art. 19 ust. 1 i art. 80 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE wyraźnie przyjmują, iż nie można odrzucić zgłoszenia wykonawcy jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem krajowym wymagane byłoby posiadanie przez niego statusu osoby fizycznej lub osoby prawnej.

W konsekwencji, Trybunał stwierdził, iż wyżej wskazane regulacje sprzeciwiają się przepisom krajowym, które wykluczają możliwość udziału podmiotów o celu niezarobkowym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi inżynierskie i architektoniczne, podczas gdy podmioty te są uprawnione na gruncie prawa krajowego do oferowania usług objętych odnośnym zamówieniem.

Z cytowanego wyroku TSUE można zatem wyprowadzić wniosek, iż dla posiadania statusu wykonawcy, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE, kluczowe jest, czy dany podmiot oferuje na rynku wykonanie określonych usług, dostaw lub robót budowlanych, zgodnie z przepisami krajowymi. Jeżeli na takie pytanie można odpowiedzieć twierdząco, to podmiot taki posiada status wykonawcy w rozumieniu dyrektywy 2014/24/UE i nie może mu zostać ograniczony dostęp do udziału w postępowaniu. Nie jest

---

<sup>130</sup> Wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., C-159/11, EU:C:2012:817, pkt 27; wyrok z dnia 6 października 2015 r., Consorci Sanitari del Maresme, C-203/14, EU:C:2015:664, pkt 35); wyrok z dnia 18 grudnia 2014 r., Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, pkt 36.

natomiast istotne, w jakiej formie swoją działalność prowadzi, ani jaki ona ma charakter (zarobkowy czy też niezarobkowy).

### **2.4.3. Pełnomocnik grupy wykonawców**

W wyroku TSUE z dnia 28 kwietnia 2022 r., C-642/20 (Caruter Srl przeciwko S.R.R. Messina Provincia SCpA i innym)<sup>131</sup> przedmiotem analizy była kwestia, czy prawo krajowe może formułować szczególne wymagania w stosunku do pełnomocnika grupy wykonawców.

Wątpliwości w tym zakresie wzbudziły regulacje włoskiego kodeksu zamówień publicznych, z których wynikała możliwość polegania grupy na zdolnościach poszczególnych jej członków, przy czym pełnomocnik grupy wykonawców musi w każdym przypadku spełniać kryteria i wykonywać świadczenia w przeważającym zakresie.

Swoje rozważania Trybunał rozpoczął od analizy art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym w przypadku pewnych rodzajów zamówień, w szczególności zamówień na usługi, instytucje zamawiające uprawnione są do wymagania, aby określone, kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta, a w przypadku, gdy oferta została złożona przez grupę wykonawców – przez uczestnika tej grupy. W ocenie TSUE, regulacja krajowa nakładająca wymóg, aby pełnomocnicy grup wykonawców wykonywali świadczenia w przeważającym zakresie jest bardziej rygorystyczny niż przewidziany w dyrektywie. Jak bowiem stwierdził Trybunał, art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE ogranicza się do zezwolenia instytucji zamawiającej na przewidzenie w ogłoszeniu o zamówieniu, że określone kluczowe zadania mają być wykonywane bezpośrednio przez uczestnika grupy wykonawców. Tymczasem ustawodawca włoski w sposób generalny, rozstrzygnął w odniesieniu do wszystkich zamówień publicznych konieczność wykonania świadczeń w przeważającym zakresie przez pełnomocnika grupy wykonawców.

Jednocześnie, zdaniem TSUE, powyższa regulacja nie może znaleźć uzasadnienia w art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym państwa członkowskie mogą ustanowić standardowe warunki określające sposób, w jaki grupy wykonawców muszą spełniać wymogi dotyczące sytuacji ekonomicznej i finansowej lub zdolności technicznych i zawodowych, o których mowa w art. 58 tej dyrektywy. Wykracza ona bowiem poza sprecyzowanie sposobu, w jaki grupa wykonawców musi zapewnić posiadanie zasobów ludzkich i technicznych

---

<sup>131</sup> Sprawa C-642/20, Dz.U.UE.C.2022/237/12.

niezbędnych do zrealizowania zamówienia i narzuca konkretną rolę pełnomocnikowi grupy wykonawców.

Trybunał przeanalizował zarazem użyty w art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24 zwrot „określone kluczowe zadania” wykonywane przez uczestnika grupy wykonawców. W tym względzie, zwrócił uwagę, że wolą prawodawcy unijnego jest ograniczenie wymogów, które mogą zostać sformułowane pod adresem jednego wykonawcy należącego do grupy, zgodnie z podejściem jakościowym, a nie tylko ilościowym, w celu otwarcia procedury na jak najszerszą konkurencję i zachęcenie do udziału w procedurach o udzielanie zamówień publicznych grup wykonawców takich jak tymczasowe stowarzyszenia małych i średnich przedsiębiorstw. TSUE zwrócił w tym zakresie uwagę na fakt, że art. 63 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE ogranicza się do upoważnienia instytucji zamawiających do wymagania, w szczególności w przypadku zamówień na usługi, by określone zadania były wykonywane przez jednego lub drugiego uczestnika grupy wykonawców.

W konsekwencji, zdaniem Trybunału, wskazany przepis stoi na przeszkodzie takim warunkom, jakie przyjmowały regulacje włoskiego kodeksu zamówień publicznych, które wymagały, aby przedsiębiorstwo będące pełnomocnikiem grupy wykonawców uczestniczącej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniało kryteria przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu i wykonywało świadczenia objęte tym zamówieniem w przeważającym zakresie.

#### **2.4.4. Udział wykonawcy w procedurze jako wykonawca samodzielny oraz członek grupy wykonawców**

W wyroku TS z 23.12.2009 r. wydanym w sprawie *Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano*<sup>132</sup>, przedmiotem analizy była możliwość łączenia przez jeden podmiot roli konsorcjanta i samodzielnego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. W stanie faktycznym sprawy, Gmina Mediolan ogłosiła w roku 2007 przetarg celem udzielenia zamówienia na roboty budowlane w zakresie modernizacji urzędu gminy. Jednym z uczestników było stałe konsorcjum *Consorzio stabile edili Scrl*. W postępowaniu wziął też udział członek tego konsorcjum – spółka *Serrantoni* jako samodzielny wykonawca. Gmina wykluczyła z postępowania przetargowego spółkę oraz konsorcjum, w związku z naruszeniem włoskich przepisów zakazujących udziału konsorcjum i jego członków w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Gmina Mediolan postanowiła złożyć doniesienie do prokuratury o popełnieniu przewidzianego we włoskim kodeksie karnym

---

<sup>132</sup> Sprawa C-376/08, ZOTSiS 2009/12B/I-12169.



przestępstwa polegającego na udziale konsorcjum i jego członków w tym samym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Następnie przyznała zamówienie innemu wykonawcy. Spółka Serrantoni i konsorcjum, którego była ona członkiem, wniosły do włoskiego sądu administracyjnego skargę na wspomnianą decyzję instytucji zamawiającej, zarzucając niezgodność włoskich przepisów z art. 4 dyrektywy 2004/18/WE, z art. 39, 43, 49 i 81 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 45, 49, 56 i 101 TFUE) oraz z zasadą niedyskryminacji.

TSUE rozważał zgodność z prawem wspólnotowym uregulowania krajowego dotyczącego postępowań poniżej progów unijnych (ale o znaczeniu transgranicznym) polegającego na automatycznym wykluczeniu z udziału w postępowaniu i nałożeniu sankcji karnych w stosunku do konsorcjum stałego (przewidzianego we włoskim prawie) i jego z członków, gdy przedstawili oni konkurencyjne w stosunku do konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta tego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych członków. TSUE stwierdził, że przyjęcie za wzorzec kontroli przepisów dyrektywy klasycznej było bezprzedmiotowe z uwagi na fakt, że wartość spornego zamówienia nie przekroczyła progu, od którego stosuje się dyrektywę. Niemniej jednak nawet postępowania poniżej progów objęte są zasadami niedyskryminacji i przejrzystości. Stąd TSUE uznał, że środek przewidziany we włoskich przepisach stanowi traktowanie dyskryminacyjne na niekorzyść formy „konsorcjum stałego” i jest niezgodny z zasadą równości. Zwrócił uwagę na odmienne traktowanie różnych typów konsorcjów, tj. automatyczne wykluczenie stałych konsorcjów, a nieobjęcie taką sankcją konsorcjów spółdzielni pracy i spółdzielni produkcyjnych oraz konsorcjów rzemieślników. Bezwzględny obowiązek wykluczenia przez instytucje zamawiające zainteresowanych podmiotów, gdy istniejące stosunki między nimi pozostają bez wpływu na ich zachowanie w ramach postępowań, w których uczestniczą, narusza zasadę proporcjonalności. Jest bowiem sprzeczny z interesem wspólnotowym w zakresie zapewnienia uczestnictwa w przetargu jak największej liczby oferentów i wykracza poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na zapewnieniu stosowania zasad równości traktowania i przejrzystości.

Trybunał, powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo<sup>133</sup> dodał, że nawet zakładając, iż analizowane traktowanie uczestników byłoby stosowane bez rozróżnienia do wszystkich postaci konsorcjów, reguła wykluczenia nie jest w żadnym razie zgodna z zasadą

---

<sup>133</sup> Wyrok TS z 16.12.2008 r., C-213/07, *Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, EU:C:2008:731; wyrok TS z 19.05.2009 r., C-538/07, *Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, EU:C:2009:317.).

proporcjonalności. Zawiera bowiem niewzruszalne domniemanie wzajemnego wpływu, nie stwarzając konsorcjum ani zainteresowanym wykonawcom możliwości wykazania, że ich oferty zostały sformułowane w sposób całkowicie niezależny i że w konsekwencji brak jest ryzyka wpływania na konkurencję<sup>134</sup>.

Zdaniem sędziów luksemburskich, wykładni prawa wspólnotowego należy dokonywać w ten sposób, że sprzeciwia się ono uregulowaniu krajowemu, które przewiduje - w ramach postępowania w zakresie udzielania zamówienia publicznego, którego wartość nie przekracza progu wskazanego w art. 7 ust. 1 lit. c) dyrektywy 2004/18 w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, lecz które ma niewątpliwe znaczenie transgraniczne - automatyczne wykluczenie z udziału w tym postępowaniu i nałożenie sankcji karnych zarówno w stosunku do konsorcjum stałego, w rozumieniu prawa krajowego, jak i przedsiębiorstw będących jego członkami, gdy te ostatnie przedstawiły konkurencyjne w stosunku do tego konsorcjum oferty w ramach tego samego postępowania, nawet jeśli oferta tego konsorcjum nie została złożona na rachunek i w interesie tych przedsiębiorstw.

W istocie taki środek automatycznego wykluczenia, dotyczący wyłącznie formy konsorcjum stałego i będących jego członkami przedsiębiorstw oraz mający zastosowanie w przypadku konkurencyjnych ofert, niezależnie od tego, czy dane konsorcjum uczestniczy, czy nie uczestniczy w badanym zamówieniu publicznym na rachunek i w interesie przedsiębiorstw, które złożyły ofertę, stanowi, w ocenie składu orzekającego, traktowanie dyskryminacyjne na niekorzyść tej formy konsorcjum i nie jest zatem zgodne z zasadą równości.

Ponadto, zdaniem TSUE, reguła automatycznego wykluczenia, obejmująca bezwzględny obowiązek wyeliminowania przez instytucje zamawiające zainteresowanych jednostek, również w przypadku gdy istniejące stosunki między tymi ostatnimi pozostają bez wpływu na ich zachowanie w ramach postępowań, w których uczestniczą, jest sprzeczna z interesem wspólnotowym w zakresie zapewnienia uczestnictwa w przetargu jak największej liczby oferentów i wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu polegającego na zapewnieniu stosowania zasad równości traktowania i przejrzystości. Taka reguła wykluczenia nie jest zatem zgodna z zasadą proporcjonalności.

Trybunał zaprezentował nadto stanowisko, że art. 43 WE i 49 WE sprzeciwiają się wszelkim krajowym środkom, które nawet stosowane bez dyskryminacji ze względu na narodowość są

---

<sup>134</sup> M. Czerwiński, *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020, s. 73 – 76.

tej natury, że zakazują, utrudniają lub czynią mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli wspólnotowych ze swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług, zagwarantowanych przepisami traktatu. W tym zakresie przepis krajowy, który przewiduje środek automatycznego wykluczenia na niekorzyść konsorcjów stałych i będących ich członkami przedsiębiorstw, może wpływać zniechęcająco na przedsiębiorców mających siedziby w innych państwach członkowskich, tj. z jednej strony na przedsiębiorców, którzy chcą założyć siedzibę w danym państwie członkowskim poprzez utworzenie konsorcjum stałego, składającego się zarówno z przedsiębiorstw krajowych, jak i zagranicznych, a z drugiej strony na przedsiębiorców rozważających przystąpienie do takich, istniejących już, konsorcjów, by móc w łatwiejszy sposób uczestniczyć w postępowaniach w sferze zamówień publicznych ogłaszanych przez instytucje zamawiające tego państwa członkowskiego i łatwiej oferować swe usługi. Takie ograniczenie, w rozumieniu art. 43 WE i 49 WE, pomimo zgodnego z prawem celu w postaci walki z potencjalnymi praktykami uzgodnionymi pomiędzy omawianym konsorcjum i składającymi się na nie przedsiębiorstwami, nie może zostać uzasadnione, gdyż wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

Polskie przepisy zamówieniowe nie przewidują rozwiązań analogicznych do prawa włoskiego. Nie regulują *expressis verbis* zagadnienia jednoczesnego udziału w postępowaniu zamówieniowym konsorcjum oraz jego poszczególnych uczestników. W szczególności sytuacja taka nie stanowi podstawy wykluczenia danego podmiotu z udziału w procedurze zamówieniowej. Nie są również podstawą zastosowania sankcji karnych, jak w omówionej sprawie. Można się natomiast zastanawiać, na ile w takim przypadku dochodzi do zagrożenia konkurencyjnego i uczciwego przebiegu postępowania zamówieniowego. W literaturze przedmiotu podnosi się, że te zagadnienia w obecnym stanie prawnym powinny być rozwiązywane orzeczeniami Krajowej Izby Odwoławczej i sądów. Powinny one przy tym uwzględniać wnioski płynące z przedstawionego powyżej stanowiska TS<sup>135</sup>.

W mojej jednak ocenie, na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych, przedmiotowy problem już dawno został rozstrzygnięty tak w orzecznictwie (jeszcze Zespołów Arbitrów), jak i w doktrynie prawa.

Nie budzi wszakże już żadnych wątpliwości, iż sytuacja, w której dany wykonawca składa ofertę samodzielnie, będąc jednocześnie członkiem konsorcjum, jest niepożądaną, z punktu widzenia przede wszystkim uczciwej konkurencji i możliwości składania ofert w warunkach potencjalnej zmowy przetargowej. Takie oferty (obie – i konsorcjum, i samodzielne)

---

<sup>135</sup> D. Sześciło, *Glosa do wyroku TS z dnia 23 grudnia 2009 r.*, C-376/08, ST 2010, nr 5, s. 69-72.

wykonawcy) podlegają odrzuceniu, jako niezgodne z ustawą. Zgodnie bowiem z regulacją art. 218 ust. 1 u.p.z.p. każdy wykonawca może złożyć wyłącznie jedną ofertę (z wyjątkiem przypadków przewidzianych ustawą<sup>136</sup>). Złożenie zatem dwóch ofert, tj. w ramach konsorcjum oraz samodzielnie, winno zostać potraktowane jako próba obejścia tego przepisu i sankcjonowane właśnie odrzuceniem obu ofert.

#### **2.4.5. Sumowanie zdolności grupy wykonawców**

Innym problemem wielokrotnie analizowanym przez TSUE była kwestia sumowania zdolności uczestników wchodzących w skład grupy wykonawców oraz możliwość posługiwania się zdolnościami zdobytymi wspólnie przez grupę wykonawców.

W tym zakresie należy zwrócić uwagę na wyrok TSUE z 10.10.2013 r., C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI v. Provincia di Fermo*<sup>137</sup>, wydany jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/UE.

Próbując rozstrzygnąć kwestię, czy możliwe jest sumowanie potencjału wielu podmiotów, Trybunał przywołał art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/UE, zgodnie z którymi każdy podmiot gospodarczy może, w przypadku konkretnego zamówienia, powołać się na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, pod warunkiem, że udowodni on instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami w celu wykonania zamówienia.

TSUE podzielił stanowisko rzecznika generalnego, który zwrócił uwagę na posłużenie się przez prawodawcę liczbą mnogą, co wskazuje, że, co do zasady, przepisy te nie zakazują powołania się przez wykonawców na kwalifikacje wielu podmiotów trzecich w celu wykazania, że spełniają oni minimalne wymogi. Zdaniem Trybunału, wskazane przepisy nie zawierają tym bardziej żadnego zasadniczego zakazu odwołania się przez kandydata lub oferenta do kwalifikacji jednego lub wielu podmiotów trzecich w połączeniu z własnymi kwalifikacjami w celu spełnienia kryteriów określonych przez instytucję zamawiającą.

Potwierdzenia powyższego poglądu TSUE upatrywał dodatkowo w przepisach art. 48 ust. 2 lit. b) dyrektywy 2004/18/UE (dotyczącego wskazania zaangażowanych pracowników

---

<sup>136</sup> Mowa o następujących wyjątkach: wymaganiu zamawiającego w zakresie złożenia oferty wariantowej i podstawowej (art. 92 ust. 2 u.p.z.p.), aukcji elektronicznej, w ramach której składane są kolejne postąpienia (oferty) (art. 234 ust. 1 u.p.z.p.), trybów negocjacyjnych, w ramach których składane są oferty wstępne i ostateczne (art. 152 ust. 1 u.p.z.p., art. 198 ust. 2 u.p.z.p.) oraz sytuacji, w której wykonawcy uzyskali równą ocenę i w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej, składają oferty dodatkowe (art. 248 ust. 3 u.p.z.p.).

<sup>137</sup> Sprawa C-94/12, LEX nr 1375042.

technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są oni lub nie są, częścią przedsiębiorstwa danego podmiotu gospodarczego, którymi podmiot ten będzie dysponował do wykonania robót budowlanych) oraz art. 48 ust. 2 pkt h) dyrektywy 2004/18/UE (odnoszącego się do narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, którymi dysponuje przedsiębiorca w celu realizacji zamówienia, bez jakiegokolwiek ograniczenia co do liczby podmiotów, które udostępniają te środki). Ponadto, Trybunał zwrócił również uwagę na art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/UE pozwalający grupom wykonawców na uczestniczenie w postępowaniach w sprawie udzielenia zamówień publicznych, i który równocześnie nie przewidywał ograniczeń odnośnie łączenia kwalifikacji.

W konsekwencji, TSUE sformułował tezę, iż dyrektywa 2004/18 umożliwia łączenie kwalifikacji wielu podmiotów gospodarczych w celu spełnienia minimalnych wymogów określonych przez instytucję zamawiającą. Warunkiem uznania takiego łączenia za skuteczne jest wykazanie instytucji zamawiającej przez kandydata lub oferenta, powołującego się na kwalifikacje jednego lub kilku innych podmiotów, że w rzeczywistości będzie mógł dysponować środkami tych podmiotów, które są niezbędne do wykonania zamówienia.

Zdaniem Trybunału, taka wykładnia przepisów pozwoli na realizację celu, jakim jest otwarcie zamówień publicznych na jak najszerszą konkurencję, oraz sprzyjać będzie ułatwianiu małym i średnim przedsiębiorstwom dostępu do zamówień publicznych, zgodnie z motywem 12 dyrektywy 2014/24/UE.

Jednocześnie TSUE podkreślił, że pewne, szczególne roboty budowlane mogą wymagać określonych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji, instytucja zamawiająca może wymagać, w uzasadniony sposób, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub stosownie do okoliczności przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych. Taki wymóg powinien jednak być związany z przedmiotem danego zamówienia i być w stosunku do niego proporcjonalny. Trybunał wskazał jednak, że przypadek tego rodzaju stanowi nadzwyczajną sytuację, zaś przepisy dyrektywy 2004/18/UE sprzeciwiają się temu, aby tego typu wymagania stały się ogólną zasadą.

Powyższe stanowisko zostało podzielone i częściowo rozwinięte przez Trybunał w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 (dalej: orzeczenie Esaprojekt)<sup>138</sup> oraz Rzecznika Generalnego

---

<sup>138</sup> Sprawa C-387/14, Legalis nr 1587629

Michała Bobeka w opinii z dnia 24 listopada 2016 r. wydanej w sprawie C-387/14 (dalej: opinia Rzecznika)<sup>139</sup>.

Ze stanowisk prezentowanych zarówno w wyroku TSUE, jak i opinii Rzecznika, jednoznacznie zdaje się wynikać, że z punktu widzenia prawodawcy unijnego najwyższą chronioną zasadą jest doprowadzenie do jak najszerzej konkurencji.

Rzecznik stwierdził, iż, co do zasady, zamówienia publiczne powinny być otwarte na konkurencję, a w konsekwencji, wykluczenie możliwości polegania na doświadczeniu innych podmiotów powinno stanowić wyjątek. Tak samo również wyjątkowo powinno następować wykluczenie „rozdrobnionego” doświadczenia, nabytego przez kilka podmiotów. W związku z powyższym, zdaniem Rzecznika Generalnego, jeżeli w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wykluczono wprost takiego doświadczenia, to nie powinno się go domniemywać. Takie ograniczenie powinno być bowiem wyrażone w jasny sposób.

Rzecznik Generalny rozważając dopuszczalność łączenia potencjałów zwrócił uwagę, że dyrektywa 2004/18/UE wyraźnie przyznaje wykonawcom prawo polegania na zdolnościach innych podmiotów – zarówno w ramach grupy wykonawców, jak i w drodze użyczenia swoich zasobów przez podmiot trzeci. Zdolności, na których wykonawca polega, mogą być zatem „rozdrobnione” lub „podzielone” pomiędzy podmioty składające się na grupę, o ile dysponowanie nimi przez wykonawcę będzie miało charakter realny. Można przyjmować, iż powyższy pogląd Rzecznika Generalnego jest zbieżny m.in. ze stanowiskiem TSUE przedstawionym w wyżej opisanym wyroku z 10.10.2013 r., C-94/12, *Swm Costruzioni 2 SpA, Mannocchi Luigino DI v. Provincia di Fermo*.

Jak jednak dostrzegł Rzecznik, w wyjątkowych przypadkach zamawiający może ograniczyć możliwość polegania na innych podmiotach, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia spełnienia „wymagań dotyczących minimalnych zdolności”. Takim wyjątkowym przypadkiem są szczególne roboty budowlane, „które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów”. Do przykładów takich kwalifikacji Rzecznik zaliczył doświadczenie międzybranżowe albo pełne doświadczenie w zakresie zintegrowanych systemów, które może nie nadawać się do zastąpienia przez połączone doświadczenie kilku podmiotów. Podobnie, łączenie kwalifikacji może nie pozwolić na ocenę zdolności wykonawcy w przypadku sumowanych lat doświadczenia lub pojedynczych

---

<sup>139</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 14.11.2016 r., C-387/14, ECLI:EU:C:2016:899

zamówień. Jak bowiem zwrócił uwagę Rzecznik: „Spółka realizująca drugie zamówienie w zakresie tej samej dziedziny czyni to w kontekście swoich wcześniejszych doświadczeń, a potencjalnie z nowym, odmiennym zrozumieniem”<sup>140</sup>.

W konsekwencji, jeżeli dane doświadczenie i realizacja zamówienia mogą być uznane za „niepodzielne”, możliwe jest wykluczenie wspólnego powoływania się na doświadczenie, pod warunkiem, że jest ono związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

W rezultacie powyżej zaprezentowanego stanowiska Rzecznika Generalnego, TSUE w orzeczeniu Esaprojekt jednoznacznie stwierdził, iż przepisy dyrektywy 2004/18/UE nie dopuszczają, aby wykonawca polegał na zdolnościach innego podmiotu poprzez sumowanie wiedzy i doświadczenia dwóch podmiotów, które samodzielnie nie spełniają minimalnej wymaganej zdolności do realizacji określonego zamówienia, w przypadku gdy instytucja zamawiająca uznała, że dane zamówienie jest niepodzielne, tj. że musi zostać zrealizowane przez jednego i tego samego wykonawcę. Przy czym, wykluczenie przez instytucję zamawiającą możliwości polegania na doświadczeniu większej liczby wykonawców musi być związane z przedmiotem danego zamówienia, które musi zostać zrealizowane przez jednego wykonawcę, oraz proporcjonalne do niego<sup>141</sup>.

Można zatem, według mojej oceny, sformułować tezę, iż zasadą w przypadku grup wykonawców jest możliwość sumowania przez uczestników konsorcjum ich potencjałów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasada ta jednak nie jest bezwzględna, i wola zamawiającego może zostać zmodyfikowana bądź wyłączona. Wszelkie jednak wprowadzone przez organizatora procedury ograniczenia w tym względzie winny być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na zamawiającym, który, co do zasady, powinien kierować się szeroko rozumianą specyfiką zamówienia. Wydaje się, iż owa specyfika wynikać może nie tylko z okoliczności technicznych czy technologicznych, ale również z istotności danej inwestycji dla interesu publicznego.

W kontekście sumowania potencjałów w grupie wykonawców, na uwagę zasługuje również wyrok TSUE z dnia 7 września 2021 r., C-927/19 („Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras” UAB)<sup>142</sup>, wydany już na gruncie aktualnie obowiązującej dyrektywy 2014/24/UE.

W orzeczeniu tym, przedmiotem rozważań sędziów luksemburskich była kwestia ustalenia, czy jeśli instytucja zamawiająca sformułowała wymóg, aby wykonawcy wykazali się, iż osiągnęli

---

<sup>140</sup> Ibidem, pkt 44.

<sup>141</sup> Sprawa C-387/14, Legalis nr 1587629, pkt 54.

<sup>142</sup> Sprawa C-927/19, Dz.U.U.E.C.2021/462/11.

określony minimalny obrót w obszarze objętym danym zamówieniem publicznym, to wykonawca w celu udowodnienia swojej sytuacji ekonomicznej i finansowej może powoływać się na dochody uzyskane przez tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw, do którego należał, w dodatku wyłącznie wtedy, gdy w ramach konkretnego zamówienia publicznego miał on rzeczywisty wkład w działalność tego konsorcjum, analogiczną do działalności stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego wykonawca ten zamierza udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową.

Odpowiadając na tę wątpliwość, Trybunał zwrócił uwagę na dwojaki charakter ustanowionego w badanym postępowaniu warunku. Zgodnie z art. 58 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, instytucje zamawiające mogą w szczególności wymagać, by wykonawcy osiągnęli określony minimalny roczny obrót, w tym określony minimalny obrót w obszarze objętym zamówieniem.

Zdaniem Trybunału, jeżeli instytucja zamawiająca sformułowała wyłącznie wymóg dotyczący określonego minimalnego rocznego obrotu, nie wymagając jednocześnie, aby obrót został osiągnięty w obszarze objętym zamówieniem, wówczas nic nie stoi na przeszkodzie temu, by wykonawca mógł powołać się na dochody uzyskane przez tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw, do którego należał, niezależnie od jego wkładu w działalność tego konsorcjum.

Inaczej jednak, zdaniem TSUE należy ocenić drugi przypadek, kiedy instytucja zamawiająca oczekuje, aby określony minimalny obrót został osiągnięty w obszarze objętym zamówieniem. W takiej sytuacji, wymóg ten realizuje podwójny cel – z jednej strony bowiem ma na celu zweryfikować sytuację ekonomiczną i finansową wykonawców, a z drugiej, wykazanie zdolności technicznych i zawodowych wykonawców. W tym stanie rzeczy, sytuacja ekonomiczna i finansowa danego wykonawcy, podobnie jak jego zdolności techniczne i zawodowe, są jego cechą właściwą i wyłączną. W konsekwencji, zdaniem Trybunału, wykonawca, aby udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową może co prawda powoływać się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dochody uzyskane przez tymczasowe konsorcjum przedsiębiorstw, do którego należał, ale wyłącznie wtedy, gdy w ramach tego zamówienia publicznego miał on rzeczywisty wkład w działalność tego konsorcjum (i o ile działalność ta była analogiczna do działalności stanowiącej przedmiot zamówienia publicznego, w odniesieniu do którego wykonawca ten zamierza udowodnić swoją sytuację ekonomiczną i finansową).



Jak stwierdził TSUE: „Jeżeli bowiem wykonawca polega na zdolności ekonomicznej i finansowej konsorcjum przedsiębiorstw, którego był członkiem, zdolność tę należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego rzeczywistego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tego konsorcjum w ramach danego zamówienia publicznego (zob. analogicznie wyrok z dnia 4 maja 2017 r., Esaprojekt, C-387/14, EU:C:2017:338, pkt 62)”.

#### **2.4.6. Stosowanie sankcji wobec członków grupy**

Wyrok TSUE z dnia 7 września 2021 r., C-927/19 („Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras” UAB) zasługuje również na uwagę z tego względu, iż, oprócz kwestii sumowania potencjałów przez konsorcjum, podjął również problem stosowania sankcji wobec członków grupy wykonawców.

Przedmiotem rozważań TSUE było pytanie prejudycjalne sądu odsyłającego, czy, w przypadku gdy wykonawca będący członkiem grupy, dostarczył w toku procedury informacje, które mogą być nieprawdziwe, wobec jego partnerów, z którymi złożył wspólną ofertę, powinien być zastosowany środek w postaci wykluczenia przez okres jednego roku z udziału w przetargach ogłaszanych przez inne instytucje zamawiające. Sędziowie krajowi powzięli wątpliwość, czy takie rozwiązanie, nie stoi w sprzeczności z zasadą indywidualnej odpowiedzialności wykonawców, zgodnie z którą, sankcje można nałożyć jedynie na tego wykonawcę, który dopuścił się uchybienia, w tym przypadku, złożył nieprawdziwe informacje.

Swoje rozważania Trybunał rozpoczął od analizy art. 63 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, który przewiduje uprawnienie wykonawcy do polegania w odniesieniu do konkretnego zamówienia, na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań, w celu spełnienia kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej lub odnoszących się do zdolności technicznych i zawodowych.

Jak zauważył Trybunał, wykonawca, który zamierza skorzystać z tego uprawnienia, powinien zgodnie z art. 59 ust. 1 akapit drugi i trzeci dyrektywy 2014/24/UE przekazać instytucji zamawiającej w chwili składania wniosku o dopuszczenie do udziału lub oferty jednolity europejski dokument zamówienia, w którym wykonawca stwierdza, że on sam oraz podmioty, na których zdolnościach zamierza polegać, nie znajdują się w jednej z sytuacji przewidzianych w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE, tj. która powinna lub może prowadzić do wykluczenia wykonawcy, lub stwierdza, że odpowiednie kryterium kwalifikacji jest spełnione.

Natomiast na podstawie art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE instytucja zamawiająca powinna następnie zweryfikować, czy w odniesieniu do wykonawcy lub jednego z tych podmiotów, na których zdolnościach on polega, istnieją podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE. Jeżeli stan ten potwierdzi się, instytucja zamawiająca ma prawo wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca ten zastąpił podmiot, na którego zdolnościach zamierza polegać, i wobec którego występują podstawy wykluczenia.

TSUE przypomniał jednak, iż art. 63 dyrektywy 2014/24/UE należy interpretować w powiązaniu z art. 57 ust. 6 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, który, co do zasady, przyznaje każdemu wykonawcy, wobec którego występują podstawy wykluczenia, prawo do przedstawienia dowodów, że podjął on środki naprawcze w celu wykazania rzetelności, pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia (tzw. instytucja self – cleaning). Zdaniem Trybunału, ze względu na ten przepis, w sytuacji uregulowanej w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, przed wystosowaniem żądania do zastąpienia podmiotu, na którego zdolnościach wykonawca zamierza polegać, instytucja zamawiająca powinna stworzyć wykonawcy lub temu podmiotowi możliwość przedstawienia środków naprawczych, które ewentualnie podjął on w celu usunięcia nieprawidłowości, i wykazania tym samym, że może ponownie zostać uznany za rzetelny podmiot. Taka wykładnia gwarantuje przestrzeganie zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 18 ust. 1 akapit pierwszy dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którą instytucje zamawiające w ramach wdrażania przepisów unijnych, nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów w niej przewidzianych.

Trybunał zwrócił przy tym uwagę, że zasada proporcjonalności zasługuje na szczególną uwagę przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia. Jest ona szczególnie istotna, zwłaszcza w sytuacji, gdy wykluczenie miałoby dotyczyć wykonawcy z powodu naruszenia niepopelnionego bezpośrednio przez niego, ale przez podmiot, na którego zdolnościach zamierza on polegać i wobec którego nie dysponuje on żadnym środkiem kontroli. W związku z powyższym, kierując się zasadą proporcjonalności w takich przypadkach, instytucje zamawiające powinny dokonywać zindywidualizowanej oceny, w szczególności, brać pod uwagę, czy oferent posiadał odpowiednie środki, aby sprawdzić wystąpienie uchybienia po stronie podmiotu, na zdolnościach którego zamierzał on polegać.

W związku z powyższym, TSUE stwierdził, iż przepis art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE w związku z art. 57 ust. 4 i 6 dyrektywy 2014/24/UE stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym w przypadku gdy wykonawca będący członkiem

grupy był winny wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które były wymagane do weryfikacji tego, czy nie zachodzą podstawy wykluczenia grupy lub czy grupa ta spełnia kryteria kwalifikacji, o którym to wprowadzeniu w błąd jego partnerzy nie wiedzieli, środek w postaci wykluczenia z wszelkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego może zostać nałożony na wszystkich członków danej grupy.

Innymi słowy, nieuczciwość jednego konsorcjanta nie może automatycznie powodować objęcia sankcją związaną z wykluczeniem z tego powodu (brak możliwości uczestnictwa w systemie zamówień publicznych przez określony w przepisie czas) pozostałych członków danego konsorcjum. Jeżeli wykażą oni, że nie posiadali wiedzy w tym zakresie i sami zostali wprowadzeni w błąd – wówczas nie powinni ponosić negatywnych konsekwencji nieuczciwego działania ich partnera biznesowego (członka konsorcjum).

#### **2.4.7. Zmiana składu grupy wykonawców**

Przedmiotem rozważań przez TSUE była również dopuszczalność zmiany składu konsorcjum w toku procedury zamówieniowej.

Pierwsze orzeczenia w tym przedmiocie były wydawane jeszcze na gruncie poprzednio obowiązujących dyrektyw. W wyroku TS z 23.01.2003 r. w sprawie *Makedoniko Metro i Mikhaniki AE v. Elliniko Dimosio*<sup>143</sup> sędziowie luksemburscy analizowali kwestię, czy jest dopuszczalne dokonanie zmian w składzie grupy wykonawców na etapie procedury ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego.

W stanie faktycznym sprawy, instytucja zamawiająca prowadząca sześćoetapowe postępowanie, w dokumentach zamówienia zastrzegła możliwość zmian w składzie grupy wykonawców do dnia składania ofert, w tym polegające na zwiększeniu liczby uczestników. W toku procedury, po dokonaniu selekcji, instytucja zamawiająca dokonała wyboru ofertenta (konsorcjum *Makedoniko Metro*) jako zwycięskiego wykonawcę. Tymczasem, po wyborze, wybrany oferent poinformował zamawiającego o zmianie swojego składu, w ramach której doszło do zastąpienia niektórych dotychczasowych uczestników innymi. Instytucja zamawiająca uznała, że grupa wykonawców o zmienionym składzie nie spełnia kryteriów wymienionych w ogłoszeniu, zakończyła z nim negocjacje i wykluczyła z postępowania.

---

<sup>143</sup> Sprawa C-57/01, LEX nr 145833.

Konsorcjum wykonawców skierowało sprawę do krajowego organu odwoławczego, który z kolei zwrócił się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym, czy możliwe jest wprowadzanie ograniczeń we wprowadzaniu zmian składu grupy wykonawców na danym etapie procedury.

Trybunał stwierdził, że unormowanie zmian podmiotowych po stronie wykonawcy należy do kompetencji państw członkowskich, gdyż ówczesnie obowiązująca dyrektywa 93/37/EWG nie zawierała w tym zakresie żadnych regulacji. Jednocześnie, zdaniem TSUE przepisy dyrektywy nie sprzeciwiały się regulacjom krajowym zakazującym dokonywania zmian w składzie grupy wykonawców biorącej udział w postępowaniu, na etapie po złożeniu ofert. Co więcej, zdaniem Trybunału, zakaz ten był również uzasadniony potrzebą efektywnego udzielania zamówień publicznych. Modyfikacja grupy wykonawców może się bowiem wiązać ze zmianą potencjału niezbędnego do zrealizowania zamówienia i nie można wykluczyć sytuacji, w której na skutek takiej zmiany, grupa może okazać się niezdolna do wykonania umowy.

Za dopuszczalnością zmiany składu grupy wykonawców, w szczególnych okolicznościach i przy zachowaniu szczególnych warunków opowiedział się TSUE w wyroku z 24.05.2016 r. w sprawie *MT Højgaard A/S and Züblin A/S v. Banedanmark*<sup>144</sup>. Orzeczenie to zostało wydane w stanie faktycznym, w którym w stosunku do jednego z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum została ogłoszona upadłość. W związku z tym powstało zagadnienie prawnej dopuszczalności dalszego, samodzielnego udziału w postępowaniu drugiego z wykonawców. Trybunał uznał, że, co do zasady, istnieje konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia. Uznał jednakże, że wymóg ten może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji wymaganego zgodnie z przepisami dyrektywy 2004/17/WE (w opisywanej sprawie zamawiający uznał za wystarczający poziom konkurencji udział czterech wykonawców). TSUE dopuścił możliwość dalszego udziału w postępowaniu jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, jeśli samodzielnie spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego oraz jeśli składając wniosek samodzielnie, zostałby zakwalifikowany do udziału w postępowaniu. Trybunał zauważył również, że możliwość ta jest uwarunkowana brakiem pogorszenia sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Najbardziej aktualne stanowisko w tej kwestii zaprezentował Trybunał w wyroku z dnia 26.09.2024 r. w sprawie *Luxone Srl*<sup>145</sup>. W przedmiotowym orzeczeniu, TSUE rozpatrywał

---

<sup>144</sup> Sprawa C-396/14, ZOTSiS 2016/5/I-347.

<sup>145</sup> Sprawa C-403/23, C-404/23, LEX nr 3759594.

przypadek konsorcjum, którego skład w trakcie procedury uległ zmianie. Dwóch konsorcjantów zrezygnowało z dalszego uczestnictwa w postępowaniu, gdyż jego wielokrotne przedłużanie przez instytucję zamawiającą, spowodowało niemożliwy do przewidzenia wzrost kosztów po ich stronie i tym samym podważyło opłacalność przedsięwzięcia.

Instytucja zamawiająca wykluczyła całe konsorcjum, uznając, że rezygnacja dwóch jego członków z dalszego uczestnictwa w procedurze należy traktować jako wycofanie oferty. W tym zakresie, zamawiający kierował się również krajowymi regulacjami, które, co do zasady, zakazywały modyfikacji składu konsorcjum, z wyjątkiem przypadków upadłości lub śmierci poszczególnych jego członków.

Trybunał dokonując oceny prawidłowości regulacji prawa włoskiego, wskazał, iż zasady dokonywania zmian składu grupy wykonawców, jako nieobjęte unormowaniami na poziomie unijnym, pozostają w kompetencji Państw Członkowskich<sup>146</sup>. Niemniej, regulacje krajowe powinny być oceniane z uwzględnieniem ogólnych zasad wynikających z dyrektywy 2004/18/WE, która statuuje m.in. zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości, czy zasadę proporcjonalności.

Dotychczasowe orzecznictwo TSUE opowiadało się za możliwością wycofania się członków z tymczasowych związków przedsiębiorstw, pod warunkiem, iż konsorcjum w zmienionym składzie spełnia określone przez instytucję zamawiającą warunki udziału w postępowaniu, a ponadto taka modyfikacja nie pogorszy sytuacji konkurencyjnej innych oferentów<sup>147</sup>.

To z kolei doprowadziło Trybunał do wniosku, iż rezygnacja z dalszego uczestnictwa w procedurze przez niektórych członków konsorcjum powinna być uznana za dopuszczalna, zwłaszcza w sytuacji postępowania wielokrotnie przedłużanego przez zamawiającego. Nie bez znaczenia w takiej sytuacji pozostają dodatkowe koszty po stronie oferentów związane z odraczaniem terminu ważności ofert oraz trudności organizacyjne wynikające z ich zaangażowania w długotrwałą procedurę<sup>148</sup>.

Zdaniem TSUE, „automatyczne” zastosowanie sankcji wykluczenia wobec konsorcjantów, którzy pozostali w postępowaniu, w opisywanym przypadku, stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności, która wymaga od instytucji zamawiającej dokonania konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego podmiotu<sup>149</sup>.

---

<sup>146</sup> Ibidem

<sup>147</sup> Por. Sprawa C-396/14, ZOTSiS 2016/5/I-347.

<sup>148</sup> Sprawa C-403/23, C-404/23, LEX nr 3759594.

<sup>149</sup> Por. wyrok TSUE z dnia 13.12.2012 r., Forposta i ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, pkt 31.

W rezultacie, Trybunał stanął na stanowisku, iż możliwa jest rezygnacja członków konsorcjum z dalszego udziału w procedurze, w sytuacji gdy upłynął termin ważności oferty złożonej przez rzeczoną grupę, a instytucja zamawiająca wnosi o przedłużenie ważności przedłożonych jej ofert. Taka zmiana składu konsorcjum nie będzie się wiązała z zastosowaniem sankcji wobec pozostałych jego członków, pod warunkiem, że spełniają oni określone przez instytucję zamawiającą warunki udziału w postępowaniu, a ich dalszy udział w procedurze nie będzie wiązał się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej innych oferentów<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> Sprawa C-403/23, C-404/23, LEX nr 3759594.

## Rozdział 3

### Konsorcjum w Prawie zamówień publicznych

#### 3.1. Wspólne ubieganie się o zamówienie – uwagi wstępne

Jak wskazano w Rozdziale I, prawodawca polski w art. 58 ust. 1 u.p.z.p. wprowadził, szczególną dla systemu, instytucję wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Przywołany przepis określa ją jako uprawnienie wykonawcy do skorzystania z takiej możliwości. Jest ono zatem niezależne od woli zamawiającego, i w związku z powyższym, wykonawca nie musi uzyskać jego zgody przy podejmowaniu decyzji, czy o dane zamówienie będzie ubiegać się wspólnie z innymi wykonawcami, czy też samodzielnie.

Ustawodawca przy tym, niewątpliwie kierując się przepisami dyrektywy 2014/24/UE, które, jak zasygnalizowano powyżej, nie uzależniają posiadania statusu wykonawcy od określonej formy prawnej prowadzonej przez niego działalności, ograniczył się do ogólnego przyznania wykonawcom w art. 58 ust. 1 u.p.z.p. prawa do wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, bez dookreślenia formy, w jakiej mogą z tego uprawnienia skorzystać. Jak podkreślił J. Lic<sup>151</sup>, użycie przez prawodawcę w art. 23 d.p.z.p., będącego odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 58 ust. 1 u.p.z.p., ogólnego sformułowania „wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie”, było działaniem zamierzonym. Według Autora, ustawodawca wskazując w sposób ogólny na możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie, pozostawił wykonawcom swobodę wyboru formy prawnej takiego współdziałania<sup>152</sup>. Jak pokazuje praktyka, wykonawcy decydują się w tym zakresie na wybór jednej z dwóch form: konsorcjum albo spółki cywilnej, przy czym, o ile ta druga jest unormowana kodeksowo, to pierwsza, choć częściej stosowana w sferze zamówień publicznych, nie dysponuje wyraźną podstawą swojej działalności. Otwiera to pole do zastosowania wielu interesujących konstrukcji teoretycznych, zwłaszcza z zakresu prawa cywilnego, stanowiących punkt wyjścia do prowadzenia rozważań naukowych. Stąd też w ramach niniejszego opracowania podjęta zostanie próba przedstawienia instytucji konsorcjum jako szczególnej, a zarazem najczęściej występującej w obrocie, formy wspólnego ubiegania się o zamówienie.

---

<sup>151</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych*, Kwartalnik PZP, numer 4 (47)/2015, s. 148.

<sup>152</sup> Ibidem.

### 3.2. Definicja terminu „konsorcjum”

W prawie polskim nie występuje definicja legalna pojęcia „konsorcjum”. W szczególności nie zawiera jej również Prawo zamówień publicznych.

W języku potocznym przez termin „konsorcjum” rozumie się związek kilku podmiotów (przedsiębiorstw), który został zawarty w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia<sup>153</sup>. Nazwa pochodzi z łacińskiego słowa „consortium” oznaczającego „zjednoczenie”<sup>154</sup> lub „współdziałanie”<sup>155</sup>.

W ekonomii, mianem konsorcjum określa się formę współdziałania takich podmiotów jak przedsiębiorstwa, banki, towarzystwa ubezpieczeniowe, tworzone w celu realizacji dużych lub ryzykownych przedsięwzięć i oparte najczęściej na umowie cywilnoprawnej<sup>156</sup>. Współdziałanie kilku podmiotów jest podejmowane ze względu na to, iż zrealizowanie zakładanego przedsięwzięcia gospodarczego przekracza potencjał jednego podmiotu. Konsorcjum zazwyczaj nie stanowi trwałego związku gospodarczego, toteż nie musi być rejestrowane, nie musi posiadać nazwy, ani siedziby. Nie posiada także osobowości prawnej. Podmioty wchodzące w skład konsorcjum są niezależne w zakresie swoich dotychczasowych działań, natomiast w zakresie działalności związanej z konsorcjum realizują wspólną politykę finansową, zgodnie z zawartym porozumieniem. W porozumieniu, podmioty określają, który z nich będzie reprezentować konsorcjum na zewnątrz, przy czym może to być jeden z członków konsorcjum, kilku z nich lub nawet osoba trzecia. Konsorcjum nie ma wspólnego majątku, choć nie wyklucza się wspólnego konta rozliczeniowego, zaś wszelkie formy płatności regulowane są przez pełnomocnika konsorcjum<sup>157</sup>.

Zjawisko łączenia się przedsiębiorców w grupy i wspólne występowanie w obrocie gospodarczym ma już wieloletnią historię. Ta forma organizacyjna kooperacji gospodarczej rozwinęła się dynamicznie w związku z rozwojem powszechnej globalizacji. Potrzeby praktyki obrotu wykreowały różne formuły organizacyjne współpracy przedsiębiorców, doprowadzając w szczególności do wykształcenia swoistej umownej formy współdziałania podmiotów

---

<sup>153</sup> Słownik Języka Polskiego, dostępny pod adresem internetowym: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/konsorcjum.html> (dostęp: 21.07.2024 r.)

<sup>154</sup> Encyklopedia PWN, dostępna pod adresem internetowym: <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/konsorcjum> (dostęp: 21.07.2024 r.)

<sup>155</sup> Wikipedia, dostępna pod adresem internetowym: <https://pl.wikipedia.org/wiki/Konsorcjum> (dostęp: 21.07.2024 r.)

<sup>156</sup> Encyklopedia PWN, dostępna pod adresem internetowym: <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/konsorcjum> (dostęp: 21.07.2024 r.)

<sup>157</sup> Wikipedia, dostępna pod adresem internetowym: <https://pl.wikipedia.org/wiki/Konsorcjum> (dostęp: 21.07.2024 r.)



zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego. Stąd też problematyka grup przedsiębiorców, wzajemnych powiązań między nimi, praw i obowiązków oraz odpowiedzialności jest obszernie analizowana w literaturze przedmiotu.

### 3.3. Konsorcjum w ujęciu prawnym

Z kolei na gruncie prawnym, analizuje się samą konstrukcję (instytucję) konsorcjum oraz umowy konsorcjum, w wyniku której ono powstaje<sup>158</sup>. Przy czym, zarówno sama instytucja, jak i umowa, nie zostały unormowane w prawie polskim. Stąd też umowa konsorcjum stanowi przykład umowy nienazwanej. Jej zawarcie, podobnie jak utworzenie innych form prawnych takich jak kartele, koncerty, konglomeraty i inne, jest wyrazem zasady swobody umów określonej w art. 353<sup>1</sup> k.c.<sup>159</sup>. Umowa konsorcjum jest analizowana w pierwszym rzędzie z punktu widzenia prawa cywilnego, czy szerzej, prywatnego.

Jak podkreśla L. Stecki, umowa konsorcjalna stanowi umowę zawartą pomiędzy przedsiębiorcami: „(...) w której zobowiązują się oni do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego, na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka. Istotnym jest fakt, że w przypadku zawartej umowy konsorcjalnej uczestnicy nie tracą ani gospodarczej, ani prawnej samodzielności”<sup>160</sup>

Istota konsorcjum polega zatem na przyjęciu przez jego członków zobowiązania do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań.<sup>161</sup>

Przez wzgląd na powyższe w doktrynie konsorcjum jest porównywane do spółek cywilnych<sup>162</sup>. Tak jak spółka cywilna, nie ma ono osobowości prawnej ze wszystkimi wynikającymi stąd konsekwencjami. W wyniku zawarcia umowy konsorcjum nie powstaje również osobny byt prawny. Zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych mają jedynie podmioty tworzące konsorcjum. Przy czym, choć omawiana forma prawna nie posiada zdolności prawnej i nie jest przedsiębiorcą, to wykonuje działalność taką jak przedsiębiorcy<sup>163</sup>. Dlatego też w przypadku

---

<sup>158</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy...*, *op.cit.*, s. 147.

<sup>159</sup> A. Mucha, *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*, „*Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ*” 2013, nr 13, s. 17

<sup>160</sup> L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, s. 138

<sup>161</sup> *Ibidem*, s. 140

<sup>162</sup> Umowa spółki cywilnej uregulowana została w art. 860 i n. k.c.

<sup>163</sup> A. Mucha, *Odpowiedzialność uczestników ...*, *op.cit.*, s. 17

powołania spółki przez konsorcjum (co jest prawnie dopuszczalne), stronami umowy spółki nie będzie samo konsorcjum, ale podmioty wchodzące w jego skład<sup>164</sup>.

Zwraca się również uwagę na - podobne jak w spółce cywilnej - rozłożenie odpowiedzialności na członków konsorcjum za zobowiązania, jak również udziału w kosztach i korzyściach związanych z realizowanym przedsięwzięciem. Członkowie konsorcjum bowiem, niezależnie od przyjętej formy, co do zasady, uczestniczą w zyskach i stratach (lub inaczej: kosztach i korzyściach) wynikających z prowadzenia wspólnej działalności. Oczywiście, nie można wykluczyć wyjątkowych przypadków, wynikających z treści umowy konsorcjum, w której występuje tzw. „cichy konsorcjant” nie odpowiadający za zobowiązania<sup>165</sup>.

Stąd też, ze względu na występujące podobieństwa, L. Stecki kwalifikuje konsorcjum jako *sui generis* spółkę prawa cywilnego i w konsekwencji opowiada się za stosowaniem w sposób odpowiedni przepisów Kodeksu cywilnego (art. 860–875)<sup>166</sup>. Podobnie wypowiada się w tym zakresie S. Włodyka, uznając umowę konsorcjalną za „wzbogaconą” umowę spółki prawa cywilnego (ewentualnie – spółkę jawną).<sup>167</sup> Również A. Wiśniewski prezentuje pogląd, iż konsorcjum stanowi wyspecjalizowaną odmianę spółki celowej. Za takim ujęciem mają przemawiać takie cechy konsorcjum jak: cel jego utworzenia (kooperacja kilku przedsiębiorstw ukierunkowana na realizację dużej transakcji, najczęściej polegającej na wykonaniu robót budowlanych), tworzenie wspólnego majątku służącego do prowadzenia wspólnych spraw (choć nieznacznego w porównaniu z wartością przedsięwzięcia) oraz podział uzyskanej ceny kontraktowej odpowiednio do rozmiaru prac wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów<sup>168</sup>. Przy czym, z racji niewystarczającego majątku wspólnego konsorcjum, jego członkowie zobowiązują się do pokrywania przez siebie, z własnego majątku, kosztów prowadzonej działalności<sup>169</sup>.

Spośród wskazanych powyżej Autorów przede wszystkim L. Stecki zwraca uwagę na istotne różnice zachodzące pomiędzy spółką prawa cywilnego i konsorcjum. W głównej mierze odnoszą się one do kwestii ponoszenia solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania oraz uregulowania uczestnictwa w zyskach i stratach w ramach konsorcjum.

---

<sup>164</sup> Ibidem

<sup>165</sup> Ibidem

<sup>166</sup> L. Stecki, *Konsorcjum...op.cit.*, s. 140

<sup>167</sup> S. Włodyka, M. Spyra [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego, t. 5, Prawo umów handlowych*, Warszawa 2014, s. 618

<sup>168</sup> A. Wiśniewski, *Prawo o spółkach, tom I*, Warszawa 1991, s. 97

<sup>169</sup> Ibidem

Różnice widoczne są również np. na płaszczyźnie wnoszenia wkładów, które w przypadku konsorcjum, co do zasady, nie występują. W konsekwencji nie posiada ono własnego majątku.<sup>170</sup> Na istotę konsorcjum oraz różnice występujące pomiędzy nim a spółką cywilną wskazała KIO w wyroku z 12.10.2017 r. Z cytowanego orzeczenia wynika, iż analizowana konstrukcja:

*„Ma ona pewne cechy umowy spółki (art. 860 i nast. k.c.), wykazuje jednak zasadnicze różnice, ponieważ przy konsorcjum brak jest wkładów członków konsorcjum, co powoduje, że w konsorcjum nie powstaje wspólny majątek konsorcjantów, a zatem (inaczej niż w spółce cywilnej) nie ma samodzielnych zobowiązań konsorcjum, co rzutuje na jego nierozdzielność podmiotowo działalność zewnętrzną”<sup>171</sup>.*

Jednocześnie, wśród cech wyróżniających konsorcjum Izba wymieniła cel, dla którego jest ono zawierane (zobowiązanie się do wspólnej realizacji przedsięwzięcia), brak jego podmiotowości, odrębności w stosunku do poszczególnych uczestników, jak również nienazwany charakter umowy konsorcjum<sup>172</sup>.

W literaturze przedmiotu, konsorcjum porównuje się także do przedsięwzięć *joint venture*. W tym zakresie wśród podobieństw wymienia się przede wszystkim fakt, iż konsorcjum jest umową przedsiębiorców zobowiązujących się do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez działanie w sposób oznaczony, w tym w szczególności poprzez wniesienie wkładów<sup>173</sup>. Istotę konsorcjum można zatem sprowadzić do umowy, której przedmiotem jest współpraca kilku przedsiębiorców przez określony czas i dla realizacji określonego celu<sup>174</sup>. Najczęściej tym celem jest realizacja bardzo dużych i ryzykownych inwestycji, których wykonanie samodzielnie przekracza zdolności pojedynczego podmiotu, a zwłaszcza jego potencjał finansowy. Konsorcjum, podobnie jak *joint venture*, ma charakter tymczasowy, co oznacza, że po realizacji przedsięwzięcia jest ono rozwiązywane<sup>175</sup>.

Zwraca się przy tym uwagę na niezbędne elementy umowy konsorcjalnej, w której powinny zostać w szczególności uregulowane takie kwestie jak zakres i sposób wykonywania świadczeń przez jego członków. Jednocześnie, cechą konsorcjum jest m.in. różnorodność zobowiązań, które ciążyą na konsorcjantach. Inną właściwością konsorcjum jest złożoność jego struktury. W

---

<sup>170</sup> Ibidem

<sup>171</sup> Wyrok KIO z 12.10.2017 r., KIO 2052/17, KIO 2076/17, LEX nr 2407288

<sup>172</sup> Ibidem

<sup>173</sup> J. Dominowska, *Współpraca fundacji w ramach zgrupowań gospodarczych* [w:] *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Wolters Kluwer, s. 308 – 316.

<sup>174</sup> Ibidem

<sup>175</sup> Ibidem

jej skład mogą wchodzić wykonawcy generalni, podwykonawcy, czy też wykonawcy uboczni, pomiędzy którymi powstają stosunki wertykalne i horyzontalne<sup>176</sup>. Z racji swobody, jaką dysponują przedsiębiorcy tworzący konsorcjum, zróżnicowany jest także zakres zaangażowania tej struktury w realizację przedsięwzięcia. Celem jej utworzenia może być stworzenie bazy organizacyjnej, współfinansowanie bądź finansowanie projektu, czy też prowadzenie w stworzonym obiekcie działalności. Innymi słowy, cele gospodarcze umowy konsorcjum mogą być różnorodne<sup>177</sup>. Powyższe wiąże się także ze specjalizacją jego członków, która służy realizacji wspólnego przedsięwzięcia. Jak podkreśliła J. Dominowska, w takim przypadku:

*„(...) w skład konsorcjum wchodzi przedsiębiorstwa rozwijające działalność w różnych dziedzinach. Podmioty tworzące konsorcjum są niezależne w swoich dotychczasowych działaniach (czyli w działaniach nie związanych z konsorcjum), a w działaniach związanych z konsorcjum realizują wspólną politykę finansową objętą porozumieniem, na które składa się jedna lub więcej umów.”*<sup>178</sup>

W literaturze przedmiotu spotkać można również pogląd nakazujący dokonanie rozróżnienia między ekonomicznym i prawnym znaczeniem omawianego pojęcia. Aspekt ekonomiczny przejawia się w *„(...) koncentracji czynników produkcji przez podmioty dotychczas prowadzące swoją działalność odrębnie w celu promocji lub realizacji określonego zadania gospodarczego”*<sup>179</sup>. Tej koncentracji potencjałów, przedsiębiorstwa mogą dokonywać w sposób dowolny, dobierając, właściwie bez żadnych ograniczeń podmiotowych, członków do utworzonej grupy. Z samej istoty, współpraca ekonomiczna w ramach konsorcjum ma charakter tymczasowy i kończy się z chwilą wykonania przedsięwzięcia, choć zdarza się, że nazwą konsorcjum posługują się także podmioty, które prowadzą działalność w sposób ciągły i trwały<sup>180</sup>. Jak podkreśla wobec tego A. Mucha:

*„Z tego punktu widzenia istotne jest wyłącznie połączenie wspólnych sił ekonomicznych. Zatem w znaczeniu ekonomicznym, najistotniejszy element stanowi koncentracja zasobów, a sama forma prawna będzie miała charakter drugorzędny.”*<sup>181</sup>

Z drugiej strony, konstrukcja prawna konsorcjum, w szczególności zasady odpowiedzialności i rozkład ryzyka na poszczególnych jego członków, nie pozostaje bez wpływu na decyzję w

---

<sup>176</sup> Ibidem

<sup>177</sup> Ibidem

<sup>178</sup> Ibidem

<sup>179</sup> A. Mucha, *Odpowiedzialność uczestników ...*, op.cit., s. 45

<sup>180</sup> Ibidem

<sup>181</sup> Ibidem

przedmiocie wyboru struktury współpracy. Zazwyczaj przyczyną podejmowania kooperacji przez przedsiębiorstwa jest duży rozmiar i wysokie koszty przedsięwzięcia gospodarczego. Realizacja celów ekonomicznych może nastąpić w różny sposób, m.in. poprzez utworzenie spółki akcyjnej, która również pozwala na wspólne podejmowanie przedsięwzięć o znacznej wartości finansowej. Jednakże w przypadku utworzenia spółki akcyjnej, podmioty ją tworzące stają się współnikami, tracącymi swoją niezależność prawną. Tymczasem konstrukcja konsorcjum pozwala na zachowanie takiej niezależności. Stąd też w wielu przypadkach, przedsiębiorstwa decydują się na jego utworzenie nie ze względu na brak środków, ale właśnie ze względu na chęć rozłożenia ryzyka związanego z danym przedsięwzięciem. Wspólne ponoszenie ryzyka, przejawiające się z jednej strony udziałem w zyskach, a z drugiej – w ewentualnych stratach, stanowi zatem nieodłączną cechę konsorcjum. Nie można też wykluczyć sytuacji, w której ze względu na uwarunkowania zewnętrzne konsorcjanci przekształcają swoje porozumienie w spółkę, np. kapitałową<sup>182</sup>.

Jak podkreśla A. Wiśniewski, choć konsorcjum może zostać zorganizowane w różny sposób, za pomocą wszelkich dopuszczalnych prawem regulacji, to najczęściej przyjmuje się, że jedno przedsiębiorstwo pełni rolę wiodącą (lidera), który we wszystkich lub najważniejszych sprawach, jest umocowany do wiążącego występowania wobec kontrahenta konsorcjum. Choć przy tym zazwyczaj członkowie odpowiadają wobec kontrahenta solidarnie, to może mieć miejsce również sytuacja, w której to lider przyjmuje pełną odpowiedzialność za zobowiązania pozostałych uczestników<sup>183</sup>.

Uwzględniając powyższe ogólne uwagi, mające w dużej mierze charakter definicyjny, można stwierdzić, iż konsorcjum jest organizacją (strukturą) zrzeszającą konkretną liczbę podmiotów, na określony czas i w określonym celu. Nie musi ono posiadać własnej nazwy lub siedziby, nie podlega rejestracji, nie prowadzi działalności gospodarczej i w związku z tym, nie może być także podatnikiem VAT<sup>184</sup>. Podmioty gospodarcze, decydujące się na utworzenie konsorcjum, korzystają z dużej swobody, wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c., gdyż umowa konsorcjalna nie jest uregulowana przez przepisy prawa, jak również nie kreuje żadnej trwałej struktury. Tym samym, do utworzenia konsorcjum potrzebne jest wyłącznie osiągnięcie przez jego założycieli konsensusu i złożenie zgodnych oświadczeń woli<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> T. Niepytański, *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa 2011, s. 19-21

<sup>183</sup> A. Wiśniewski, *Prawo o spółkach, ...op.cit.*, s.97

<sup>184</sup> J. Wysocki, *Konsorcjum jako wykonawca w zamówieniach publicznych*, *Miesięcznik Przetargi Publiczne*, Wrocław 2021, s. 20-21

<sup>185</sup> Ibidem

### 3.4. Rodzaje konsorcjów

Jak wynika z powyższych rozważań, konsorcja są tworzone w celu realizacji zróżnicowanych celów gospodarczych. Spektrum działań realizowanych w tego typu strukturach jest niezwykle szerokie i obejmuje w szczególności inwestycje, produkcję, usługi, przemysł wydobywczy czy działalność finansową i naukową.

Konsorcja mogą przybierać różne formy organizacyjno – prawne, w zależności od charakteru i treści przyjętych przez partnerów stosunków prawnych, powstających w relacjach między nimi.

Przedstawienie kilku podstawowych podziałów konsorcjów występujących w obrocie gospodarczym pozwala zobrazować to zjawisko.

#### 3.4.1. Konsorcja w znaczeniu szerokim i ścisłym

W literaturze przedmiotu wyodrębnia się konsorcja w znaczeniu szerokim, zaliczając do nich spółki prawa cywilnego a także spółki prawa handlowego (w tym również kapitałowe).

Jak podnosi K. Muchowska-Zwara, w takim przypadku powołana spółka kapitałowa, posiadająca osobowość prawną, samodzielnie realizuje wspólne przedsięwzięcie, niejako w zastępstwie konsorcjantów. Należy wówczas rozróżnić właściwą umowę konsorcjalną i umowę założycielską spółki kapitałowej.<sup>186</sup> Autorka formułuje przy tym warunki pozwalające na uznanie, że dana spółka prawa handlowego, czy też cywilnego, stanowi jednocześnie konsorcjum, wskazując iż jej założycielami muszą być samodzielni przedsiębiorcy, a ponadto, że podmioty te w umowie konsorcjum muszą się zobowiązać do wykonania wspólnie określonego przedsięwzięcia gospodarczego, za pośrednictwem powoływanej do życia spółki<sup>187</sup>. Jednocześnie, przedsięwzięcie, a w konsekwencji współpraca przedsiębiorstw, powinno zakończyć się wraz z osiągnięciem zakładanego rezultatu. Również pierwotna działalność założycieli spółki powinna pozostać nienaruszona, gdyż z założenia, konsorcjum polega na tymczasowym tworzeniu wspólnoty interesów podmiotów działających, co do zasady, samodzielnie<sup>188</sup>.

Z drugiej strony K. Muchowska – Zwara wyodrębnia konsorcja w znaczeniu ścisłym, rozumiejąc pod tym pojęciem porozumienia o specyficznej i charakterystycznej konstrukcji

---

<sup>186</sup> K. Muchowska-Zwara, *Problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych*, C.H. Beck, Monografie prawnicze, Warszawa 2015, s.14-15

<sup>187</sup> Ibidem

<sup>188</sup> Ibidem

prawnej, odmiennej od umów nazwanych, w tym również spółki cywilnej. W ocenie Autorki, umowy konsorcjum nie można zaklasyfikować do umów nazwanych<sup>189</sup>.

### **3.4.2. Konsorcja jednostkowe i jednolite**

K. Muchowska-Zwara dokonuje również klasyfikacji konsorcjum z uwzględnieniem powiązań kontraktowych występujących pomiędzy uczestnikami. W tym zakresie, można wyróżnić konsorcja jednostkowe (pojedyncze) i jednolite<sup>190</sup>.

Pierwsze z nich, tworzone są na podstawie umów dwustronnych zawieranych przez przedsiębiorcę, będącego inicjatorem konsorcjum, z każdym pozostałym uczestnikiem konsorcjum. W takiej sytuacji, umowa konsorcjalna zawarta osobno z każdym członkiem może zostać ukształtowana w inny sposób. Co istotne, nie dochodzi również do powstania stosunków prawnych, czy też gospodarczych pomiędzy pozostałymi konsorcjantami. Jedyne powiązania jakie występują, mają miejsce w relacji inicjator konsorcjum – jego partner, z którym zawarł dwustronną umowę. Inicjator, siłą rzeczy, pełni również rolę prowadzącego sprawę konsorcjum oraz reprezentuje je na zewnątrz.

W przeciwieństwie do konsorcjum pojedynczego wyróżnia się konsorcjum jednolite, które polega na zawarciu przez wszystkich uczestników jednej umowy. W takim przypadku powstaje wielostronny stosunek prawny. Rolę lidera, który prowadzi sprawę konsorcjum i reprezentuje je na zewnątrz, pełni wówczas jeden z konsorcjantów, wybrany przez wszystkich z ich grona<sup>191</sup>.

### **3.4.3. Konsorcja wewnętrzne i zewnętrzne**

Innym kryterium pozwalającym na sformułowanie kolejnej klasyfikacji konsorcjów jest, zdaniem K. Muchowskiej-Zwary, sposób ich występowania w obrocie gospodarczym. W tym kontekście, Autorka wyróżnia konsorcja wewnętrzne (inaczej ciche lub ukryte) oraz zewnętrzne, czyli jawne<sup>192</sup>.

Konsorcja wewnętrzne nie występują w sferze relacji zewnętrznych, w stosunku do osób trzecich. Oznacza to, iż konsorcjanci działają we własnym imieniu, nie zaś w imieniu konsorcjum, a skutek podejmowanych czynności występuje wyłącznie w stosunku do nich. Podział ewentualnych zysków lub korzyści odbywa się także w ramach wewnętrznych

---

<sup>189</sup> Ibidem, s. 15-19

<sup>190</sup> Ibidem, s.19

<sup>191</sup> Ibidem

<sup>192</sup> Ibidem, s. 20

stosunków pomiędzy konsorcjantami, w drodze roszczeń regresowych<sup>193</sup>. Jak podnosi się w orzecznictwie, cechą konsorcjum wewnętrznego jest brak ujawnienia umowy konsorcjalnej wobec osób trzecich. W takim przypadku, każdy z jego uczestników występuje wobec osób trzecich w imieniu własnym lub na własny rachunek, ewentualnie jeden konsorcjant działa w imieniu własnym i jako zastępca pośredni pozostałych członków, podczas gdy ci, pozostają w ukryciu. Stąd, konsorcjum wewnętrzne przypomina konstrukcją tzw. „spółkę cichą”<sup>194</sup>.

Z kolei konsorcjum zewnętrzne funkcjonuje jako jawna struktura, znana podmiotom trzecim, z którymi nawiązuje stosunki. Taka konstrukcja występuje wobec osób trzecich jako jednolity podmiot, zastępowany przez upoważnionego pełnomocnika (lidera)<sup>195</sup>. Na zewnątrz zatem występują łącznie wszyscy konsorcjanci, którzy w ramach wiążącej ich umowy działają we wspólnym imieniu i na własny rachunek<sup>196</sup>.

#### **3.4.4. Konsorcja scentralizowane i zdecentralizowane**

Z uwagi na sposób prowadzenia spraw przyjmuje się także podział konsorcjów na scentralizowane i zdecentralizowane, w tym kontekście decydujące znaczenie ma zakres kompetencji przysługujących poszczególnym jego członkom. W przypadku konsorcjów scentralizowanych, wykonywanie wszelkich jednostkowych czynności, związanych nie tylko z reprezentacją w sferze stosunków zewnętrznych, ale także łączących się z prowadzeniem spraw danego konsorcjum, koncentruje się w rękach jednego uczestnika. Ponadto, w tego typu strukturach stosunki prawne z ich kontrahentami nawiązywane są przez konsorcjum jako całość. Jak wskazał Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku z dnia 28.05. 2015 r., konsorcjum scentralizowane charakteryzuje się tym, że stosunek obligacyjny wynikający z umowy o udzielenie zamówienia publicznego ukształtowany został pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum. Konsorcjanci wspólnie wykonują powierzone im zadanie, i choć po stronie wykonawców występuje wielość podmiotów, to sama umowa w sprawie zamówienia publicznego stanowi dwustronny stosunek obligacyjny. Dokonany pomiędzy konsorcjantami wewnętrzny podział zadań jest kwestią irrelevantną dla zamawiającego, gdyż wszyscy konsorcjanci są wobec niego odpowiedzialni solidarnie za wykonanie zadania<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> Ibidem

<sup>194</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18.06.2014 r., sygn. akt: VI ACa 1322/13, LEX nr 1483878

<sup>195</sup> K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania...op.cit.*, s.20

<sup>196</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18.06.2014 r., sygn. akt: VI ACa 1322/13, LEX nr 1483878

<sup>197</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28.05. 2015 r., sygn. I ACa 29/15, LEX nr 1785898



Z kolei, w konsorcjach zdecentralizowanych poszczególni konsorcjanci działają w zasadzie samodzielnie i wchodzi bezpośrednio w jednostkowe relacje prawne z kontrahentami zewnętrznymi. Prowadzenie spraw konsorcjum bywa również powierzane określonemu uczestnikowi lub osobie trzeciej, jednak ich rola na ogół ogranicza się do odpowiedniej koordynacji działań poszczególnych uczestników w celu osiągnięcia celu gospodarczego wyznaczonego danemu konsorcjum. W przywołanym powyżej wyroku z 28.05.2015 r. w odniesieniu do konsorcjum zdecentralizowanego, Sąd Apelacyjny w Szczecinie zwrócił uwagę, że w jego ramach poszczególni członkowie mogą działać samodzielnie i na własny rachunek, zawiązując bezpośrednio stosunki obligacyjne z zamawiającym<sup>198</sup>.

### **3.4.1. Rodzaje konsorcjów ze względu na przeznaczenie**

Oprócz podziału rodzajów konsorcjów ze względu na wybraną formę organizacyjno – prawną, można wyróżnić również konsorcja, biorąc pod uwagę ich przeznaczenie.

W obrocie można wymienić m.in. konsorcja bankowe, spółdzielcze, czy konsorcja przedsiębiorstw. Te ostatnie, można podzielić na przemysłowe, handlowe i usługowe, w zależności od przedmiotu działalności, dla których konsorcja zostały zawiązane.

Szczególnym rodzajem jest konsorcjum zawierane w celu wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, które zostało w sposób ogólny uregulowane w przepisach dyrektywy 2014/24/UW oraz w u.p.z.p. Choć mogą one stanowić postać jednej lub wielu struktur konsorcjalnych w ramach przedstawionych sumarycznie ich klasyfikacji, to dalsze rozważania koncentrować się będą na przybliżeniu istoty i działalności konsorcjum w sferze polskiego prawa zamówień publicznych.

## **3.5. Konsorcjum utworzone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie**

### **3.5.1. Zasada swobody umów a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego**

Konsorcjum zawierane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie posiada wszystkie cechy właściwe tej instytucji, z uwzględnieniem kilku odrębności przewidzianych na gruncie u.p.z.p.

---

<sup>198</sup> Sygn. akt: I ACa 29/15, LEX nr 1785898. Zob. także uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, z. 9, poz. 130

W pierwszym rzędzie, wykonawcy korzystają, co do zasady, przy podejmowaniu decyzji o utworzeniu konsorcjum i wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego, ze swobody zawierania umów, o której mowa w art. 353<sup>1</sup> k.c. przy podejmowaniu decyzji o utworzeniu konsorcjum i wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne. Jak z powyższego wynika, ustawa w żaden sposób nie ogranicza możliwości wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez grupy wykonawców. Brzmienie regulacji art. 58 ust. 1 u.p.z.p. jest jednoznaczne w tym względzie. Rozwiązanie to różni się od instytucji polegania na potencjale podmiotów trzecich, skoro w przepisie art. 118 ust. 1 u.p.z.p. uzależniono taką możliwość od wystąpienia „stosownej sytuacji”.

Co do zasady, wykonawcy dysponują również swobodą przy kształtowaniu treści zobowiązań, które składają się na treść łączącego ich stosunku prawnego. Zaznaczenia przy tym wymaga, że z formalno-prawnego punktu widzenia, utworzone dla potrzeb wspólnego ubiegania się o zamówienie, konsorcjum nie stanowi żadnej szczególnej formy prawnej współpracy pomiędzy wykonawcami. Jest to jedynie rodzaj porozumienia zawieranego pomiędzy przedsiębiorcami. Wszystkie podmioty występujące w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jako konsorcjum pozostają nadal odrębnymi przedsiębiorcami (wykonawcami). Ma to znaczenie z punktu widzenia organizacyjnego, prawnego oraz prawno-podatkowego. Zasady współpracy i rozliczeń pomiędzy takimi wykonawcami reguluje umowa, która jest umową nienazwaną. Zamawiający jest przy tym pozbawiony prawa ingerencji we wzajemne ustalenia kontraktowe członków konsorcjum. Może jedynie uzyskać dostęp do takiej umowy, ale dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty i tylko od zwyczajnego konsorcjum<sup>199</sup>.

Celem porozumienia konsorcyjnego zawieranego na podstawie art. 58 ust. 1 u.p.z.p. jest uzyskanie zamówienia publicznego i realizacja publicznego kontraktu, zawartego jako zwińczenie prowadzonego przez podmiot publiczny postępowania. Natomiast przyczyną łączenia potencjałów przedsiębiorstw jest złożoność przedmiotu zamówienia, duże ryzyko związane z jego realizacją lub zbyt duże koszty przekraczające możliwości jednego wykonawcy<sup>200</sup>.

Przystępując do przybliżenia specyficznych cech konsorcjum utworzonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy zatem podkreślić raz jeszcze umowną podstawę jego powstania. Stanowi ono wszakże najbardziej charakterystyczną cechą tej struktury organizacyjnej.

---

<sup>199</sup> Art. 59 u.p.z.p.

<sup>200</sup> J. Wysocki, *Konsorcjum jako wykonawca ...op.cit.*, s. 20-21

Wykonawcy, co do zasady, korzystają wszakże ze swobody umów, na etapie podejmowania decyzji w przedmiocie charakteru udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Mogą w nim uczestniczyć samodzielnie, bądź wspólnie z innymi wykonawcami. Akcentując swobodę wykonawców w zakresie decydowania o formie wspólnego udziału w postępowaniu, należy również uwzględnić, o czym poniżej, ograniczenia wynikające z art. 353<sup>1</sup> k.c.<sup>201</sup>.

Jak podkreślił J. Lic, w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy korzystają ze swobody wyboru formy prawnej takiego współdziałania, które może realizować się nie tylko w formie konsorcjum, albo również spółki cywilnej<sup>202</sup>. Przy czym, jak zauważył Autor, wspólne ubieganie się o zamówienie przez konsorcjum, wyklucza działanie pod postacią takiej formy jako spółki cywilnej<sup>203</sup>.

Kluczowa w tym zakresie, jest wola samych stron umowy. W odniesieniu do zawiązania formy współdziałania kilku wykonawców, zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. powinna być bezwzględnie przestrzegana nie tylko w aspekcie pozytywnym, ale także negatywnym. Zgodnie bowiem z art. 353<sup>1</sup> k.c. treść lub cel stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) tego stosunku, ustawie lub zasadom współżycia społecznego. Zdaniem J. Lica, stwierdzenie, iż dana umowa zawarta przez kilku wykonawców jest sprzeczna z naturą stosunku prawnego, choć nie spowoduje bezwzględnej nieważności tejże umowy, może prowadzić do zmiany jej kwalifikacji prawnej (np. z umowy konsorcjum na umowę spółki cywilnej lub odwrotnie)<sup>204</sup>.

W tym zakresie, pojawia się pytanie, w jakim momencie zasada swobody zawarcia umów może w odniesieniu do wykonawców ubiegających się o zamówienie podlegać ograniczeniom, na skutek której zmianie uległaby kwalifikacja wybranej przez nich formy prawnej współdziałania?

W praktyce, konsorcja zakładane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie prowadzą w rzeczywistości do powstania umów konsorcjalnych. Jednakże, jak zauważa J. Lic, charakter takiej umowy uległby zmianie w sytuacji, gdyby wykonawcy zdecydowali się na utworzenie majątku wspólnego poprzez wniesienie wkładów np. w celu sfinansowania wspólnych wydatków, czy też obejmującego wspólną wierzytelność od zamawiającego.

---

<sup>201</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy....., op.cit.*, s. 149.

<sup>202</sup> Ibidem

<sup>203</sup> Ibidem

<sup>204</sup> Ibidem

Zdaniem Autora, utworzenie takiego majątku wspólnego przesądzałoby o tym, iż wykonawcy zawierając umowę konsorcjum, w rzeczywistości wykreowały spółkę cywilną<sup>205</sup>.

Zaznaczył jednak przy tym, że z samego posiadania przez konsorcjantów wspólnej wierzytelności wobec zamawiającego nie można wywodzić, iż wykonawcy dysponują majątkiem wspólnym. Utworzenie majątku wspólnego nie może bowiem nastąpić w drodze domniemania, wymaga ono sformułowania wyraźnej woli stron. W konsekwencji, o ile w umowie konsorcjum nie zostanie dokładnie zastrzeżona wola utworzenia majątku wspólnego przez konsorcjantów, posiadanie wspólnej wierzytelności wobec zamawiającego nie będzie prowadzić do zmiany kwalifikacji łączącego wykonawców stosunku prawnego.

Jak podkreślił następnie J. Lic, majątek wspólny jest cechą specyficzną dla umowy spółki cywilnej, lecz nie konieczną. W konsekwencji, nawet jeżeli wykonawcy nie zdecydują się na utworzenie majątku wspólnego, to za pomocą innych postanowień umownych, mogą nadać zawiązywanemu przez nich stosunkowi prawnemu charakter spółki cywilnej<sup>206</sup>.

Do takich postanowień, prowadzących do zmiany kwalifikacji umowy konsorcjum, Autor zaliczył: pozbawienie członków konsorcjum samodzielności w działaniu lub działanie na wspólny rachunek względnie ponoszenie wspólnego ryzyka ekonomicznego.

Pierwsza cecha, czyli pozbawienie samodzielności poszczególnych wykonawców wchodzących w skład grupy, może przejawiać się we wprowadzeniu ograniczenia w zawieraniu umów powstających w związku z realizacją zamówienia. Wykonawcy nie mogą samodzielnie nawiązywać stosunków prawnych z podmiotami trzecimi i wszelkie umowy muszą być zawierane w ramach utworzonej przez nich spółki. Również zaciągnięte zobowiązania obciążają wszystkich wykonawców (wspólników).

Działanie na wspólny rachunek oznacza, iż partnerzy wspólnie rozliczają zysk. Przykładowo, obniżenie kosztów jednego z nich i powstałe w ten sposób korzyści są rozliczane proporcjonalnie pomiędzy uczestnikami porozumienia.

Ponoszenie zaś wspólnego ryzyka ekonomicznego wiąże się z obciążeniem wszystkich wykonawców stratą poniesioną w związku z niewypłaceniem części wynagrodzenia, nawet jeżeli powodem powyższego, było zachowanie jednego lub części partnerów.

W konsekwencji, zdaniem J. Lica, utworzenie wspólnoty majątkowej lub wspólności działań oraz wspólnoty strat i zysków kwalifikuje dany stosunek prawny jako spółkę cywilną w

---

<sup>205</sup> Ibidem

<sup>206</sup> Ibidem, s. 150.

rozumieniu przepisów k.c. Jak podkreślił wobec tego Autor, podporządkowanie się poszczególnych partnerów zbiorowemu interesowi wszystkich stron stosunku prawnego stoi w sprzeczności z naturą umowy konsorcjum<sup>207</sup>.

Wśród cech typowych dla umowy konsorcjum, J. Lic wymienił w szczególności przypisanie określonych zadań konsorcjantom ze wskazaniem, iż każdy będzie je wykonywał na własny koszt i ryzyko, prawo każdego konsorcjanta do samodzielnego zawierania umów związanych z realizacją zamówienia oraz branie udziału w zyskach i stratach tylko w odniesieniu do przypisanej konsorcjantowi części zamówienia. Zwrócił także uwagę na samodzielne fakturowanie świadczeń. Ta ostatnia z wymienionych cech może pozwolić na ustalenie przyjętej przez strony formy prawnej. Spółka cywilna w obrocie prawnym występuje bowiem jako podatnik VAT i samodzielnie (odrębnie od tworzących ją wspólników) fakturuje realizowane przez siebie świadczenia<sup>208</sup>.

Konkludując, zdaniem J. Lica, zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. ulega określonym ograniczeniom w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, zwłaszcza w obszarze kształtowania treści łączącego ich stosunku prawnego. Sprecyzowanie bowiem zobowiązań w sposób odmienny, niż zakłada to natura umowy konsorcjum, może prowadzić do zakwalifikowania jej jako zgoła odrębnego stosunku prawnego, tj. spółki cywilnej.

### **3.5.3. Pełnomocnik konsorcjum**

Specyfiką instytucji wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest przewidziany w ust. 2 art. 58 u.p.z.p. obowiązek powołania wspólnego pełnomocnika do ich reprezentacji. Na obowiązek, nie zaś uprawnienie w tym zakresie, wskazuje użyty przez ustawodawcę zwrot „wykonawcy ustanawiają”. Co więcej, przywołany przepis u.p.z.p. określa również zakres umocowania tego pełnomocnika. Powinien on zostać upoważniony do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w postępowaniu albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zwraca się przy tym uwagę, że pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum musi mieć charakter co najmniej rodzajowy, które w minimalnym zakresie powinno upoważniać do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>209</sup>. Prawo zamówień publicznych nie

---

<sup>207</sup> Ibidem

<sup>208</sup> Ibidem, s. 151.

<sup>209</sup> Wyrok KIO z 30.09.2014 r., KIO 1898/14, LEX nr 1544581

określa, kto może zostać pełnomocnikiem konsorcjum. Można go wybrać spośród członków konsorcjum, jak i spoza tego grona. Zaznaczenia przy tym wymaga, że na gruncie prawa cywilnego powołanie reprezentanta nie pozbawia poszczególnych członków konsorcjum prawa do osobistego działania.

Określenie przez ustawodawcę minimalnego wymaganego zakresu umocowania dla lidera konsorcjum pozwala na dokonywanie odpowiedniej wykładni jego treści. Pomimo bowiem specyficznego uregulowania kwestii pełnomocnictwa, nadal pozostaje ono w sferze oświadczeń o charakterze cywilnoprawnym. Oznacza to również, że pełnomocnictwa do reprezentowania konsorcjum w postępowaniu o udzieleniu zamówieniu podlegają zasadom wykładni oświadczeń woli określonych w art. 65 § 1 k.c. Zgodnie zaś z tym przepisem, oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W konsekwencji, jak wskazuje się w orzecznictwie, również wykładnia treści pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum wymaga uwzględnienia okoliczności, w których zostało ono złożone, gdyż mogą one „(...) mieć istotny wpływ na wynik tego tłumaczenia, niejednokrotnie, bowiem to one konstruują taką, a nie inną treść oświadczenia, określającą zamierzone przez składającego je skutki”<sup>210</sup>. Stąd też za niewłaściwą należałoby uznać fragmentaryczną, nie zaś kompleksową, interpretację treści pełnomocnictwa<sup>211</sup>. Zatem nawet w przypadku, gdy z treści pełnomocnictwa wynika w sposób ogólny upoważnienie lidera do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, to taki zakres jest w pełni wystarczający do podejmowania przez niego wszelkich czynności w ramach procedury<sup>212</sup>.

Jak wynika z minimalnego, ustawowego zakresu umocowania, pełnomocnictwo uprawnia w szczególności do składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oferty czy innych oświadczeń lub zawiadomień. Pełnomocnik konsorcjum uprawniony jest jednocześnie do reprezentacji biernej, obejmującej przyjmowanie oświadczeń czy zawiadomień.

W literaturze przedmiotu prezentowany jest przy tym pogląd, zgodnie z którym analizowana regulacja nie tworzy ograniczenia co do liczby pełnomocników. Użyta przez ustawodawcę liczbę pojedynczą („ustanawia pełnomocnika”) traktuje się jako minimum, które nie zamyka możliwości powołania kilku podmiotów uprawnionych do reprezentowania. Wielość

---

<sup>210</sup> Tak uchwała 7 sędziów SN z dnia z 29.06.1995 r., sygn. akt: III CZP 66/95, OSNC 1995/12/168. Zob. także wyrok KIO z 4.01.2016 r., KIO 2747/15, LEX nr 1984649.

<sup>211</sup> Ibidem

<sup>212</sup> Wyrok KIO z 28.12.2015 r., KIO 2683/15, LEX nr 1984644

pełnomocników, mimo że zgodna z prawem, może jednak się okazać niekorzystna dla zamawiającego.<sup>213</sup>

Pogląd ten uważam za dyskusyjny. Celem powołania pełnomocnika w przypadku wykonawców składających wspólną ofertę było bowiem uproszczenie relacji zamawiający – wykonawca poprzez ustanowienie jednego podmiotu i jednego adresu do kontaktów w postępowaniu. Ustanowienie zatem więcej niż jednego pełnomocnika jest, moim zdaniem, całkowicie niecelowe.

Art. 58 ust. 2 u.p.z.p. nie reguluje natomiast sytuacji niepowołania przez konsorcjantów owego pełnomocnika, będąc regulacją, której naruszenie *de facto* pozbawione jest sankcji. Do tej sytuacji odniesiono się jednak w piśmiennictwie wskazując, iż zamawiający powinien żądać przedstawienia pełnomocnictwa przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zaniechanie realizacji tego obowiązku pociąga za sobą określone konsekwencje prawne. Brak złożenia pełnomocnictwa we wskazanym przez zamawiającego terminie prowadzi natomiast do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c u.p.z.p. lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu – zgodnie z art. 146 ust. 1 pkt 2 lit. c u.p.z.p.<sup>214</sup>.

Należy jednak uwzględnić, że wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne odbywa się w praktyce w dwóch różnych formach – na podstawie umowy konsorcjalnej lub w ramach spółki cywilnej. W zależności zatem od przyjętej przez wykonawców konstrukcji, odmienny będzie również charakter działania pełnomocnika, którego obowiązek ustanowienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika z art. 58 ust. 2 u.p.z.p.

W przypadku „okolicznościowej” spółki cywilnej, zawiązanej przez wspólników wyłącznie na potrzeby danego zamówienia, zdaniem J. Lica, będzie obowiązywał początkowo przepis art. 58 ust. 2 u.p.z.p. jako *lex specialis* w stosunku do ogólnych zasad reprezentowania spółki wskazanych w art. 866 k.c.<sup>215</sup>. Jednak na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, wykonawcy funkcjonujący w formie spółki cywilnej, mogą powrócić do ogólnych zasad reprezentacji wynikających z art. 866 k.c., chyba, że w samej umowie postanowiono inaczej i przypisano konkretnemu podmiotowi rolę pełnomocnika.

Odmiennie jednak, według Autora, będzie kształtować się kwestia reprezentacji w sytuacji, gdy w postępowaniu zamierza wziąć udział istniejąca już wcześniej spółka cywilna. Wówczas, w

---

<sup>213</sup> W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2014, art. 23, teza nr 3.

<sup>214</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 58, teza nr 6.

<sup>215</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy...*, *op.cit.*, s. 152.

ocenie J. Lica, nie znajduje zastosowania art. 58 ust. 2 u.p.z.p., gdyż przepis ten odnosi się do stosunków prawnych zawiązywanych przez konsorcjantów na potrzeby danej procedury. Dlatego też, spółka cywilna, nie mająca charakteru „okolicznościowego”, nie musi ustanawiać pełnomocnika, gdyż zasady reprezentacji określone są w art. 866 k.c.<sup>216</sup> Istnienie powyższej dyferencji pociąga za sobą kolejne implikacje prawne.

Zdaniem J. Lica, biorąc pod uwagę, że funkcjonująca w obrocie spółka cywilna może posiadać status wykonawcy, gdyż, zgodnie z przepisami, wykonawca nie musi posiadać osobowości prawnej: to zasadne jest w art. 58 u.p.z.p. dokonanie rozróżnienia pomiędzy „okolicznościową” spółką cywilną (zawartą na potrzeby konkretnego zamówienia) a spółką cywilną występującą od dawna na rynku. Również, w ocenie Autora, za uzasadnione należy uznać zmodyfikowanie art. 58 ust. 2 u.p.z.p. i ograniczenie wymogu ustanowienia pełnomocnika wyłącznie do wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie w formie umowy konsorcjum. W tej sytuacji, wykonawcy funkcjonujący w ramach spółki cywilnej stosowaliby się do ogólnych zasad reprezentacji wynikających z art. 866 k.c.<sup>217</sup>

Nie podejmując, co do zasady, krytyki przedstawionych przez J. Lica zapatrywań nie można jednak zgodzić się ze sformułowaną przez Autora tezą o braku konieczności wskazywania przez spółkę cywilną, kto w jej imieniu uprawniony jest do kontaktów z zamawiającym.

Należy bowiem w tym zakresie kierować się również wykładnią celowościową regulacji art. 58 ust. 2 u.p.z.p. Niewątpliwie *ratio legis* wskazanego przepisu było uproszczenie i ułatwienie prowadzenia postępowania zamawiającemu, w sytuacji, w której jej uczestnikami są grupy wykonawców (brak konieczności adresowania korespondencji do każdego członka grupy i przyjmowania jej wyłącznie od jednego, ze skutkami dla całej grupy). Pamiętać bowiem należy, że prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego to zadanie niejednokrotnie bardzo pracochłonne, wymagające wykonania szeregu czynności przez zamawiającego, w tym prowadzenia korespondencji z uczestnikami.

W Prawie zamówień publicznych, obowiązującym od 2021 r. wprowadzono przy tym szczególnie mechanizm, mający mobilizować instytucje zamawiające do sprawnego i terminowego ich prowadzenia. Chodzi mianowicie o obowiązek utrzymywania wadium wyłącznie w terminie związania ofertą oraz możliwość wyboru wykonawcy po upływie tego terminu, wyłącznie za jego zgodą (art. 97 ust. 5 oraz art. 252 ust. 2 u.p.z.p.). Każde wszakże dodatkowe zobowiązanie po stronie zamawiającego, wydłużające tym samym czas niezbędny

---

<sup>216</sup> Ibidem

<sup>217</sup> Ibidem



do przeprowadzenia procedury, negatywnie wpływałyby na skuteczność udzielania zamówień. Takim dodatkowym obowiązkiem byłby, proponowany, jak należy przypuszczać, przez J. Lica, obowiązek zamawiającego analizowania dodatkowych dokumentów (w tym umów spółki cywilnej lub uchwał wspólników) w celu ustalenia podmiotu uprawnionego do reprezentacji spółki. Uważam, że w tym zakresie nie można stosować wprost regulacji prawa cywilnego na gruncie prawa zamówień publicznych, jako zasadę przyjmując obowiązek wykonawcy (w tym spółek cywilnych) do jednoznacznego wskazania osoby upoważnionej do reprezentacji oraz podania podstawy prawnej przedmiotowego umocowania.

### **3.5.4. Umowa konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie**

W odróżnieniu od kwestii pełnomocnictwa dla lidera konsorcjum, ustawa – Prawo zamówień publicznych z 2019 r. nie odnosi się do samej umowy zawieranej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jedynym unormowaniem w tym zakresie jest art. 59 u.p.z.p., zgodnie z którym, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Ze względu na lakoniczność prawodawcy w tym zakresie, umowę konsorcjum zawieraną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy kwalifikować i oceniać według ogólnych zasad wynikających z prawa cywilnego.

Możliwe do wyróżnienia różne postaci umów konsorcjalnych wiążą się z przedstawionym wcześniej podziałem konsorcjów. Takie spojrzenie na omawiany problem występuje w polskim piśmiennictwie prawnym. Próby klasyfikacji umów, na podstawie rodzajów konsorcjów występujących w obrocie prawnym, podjął się J. Lic, stwierdzając, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego mogą brać udział wyłącznie konsorcja jednolite, zewnętrzne i scentralizowane:

- jednolite – ponieważ w przypadku konsorcjów pojedynczych, tworzonych na podstawie odrębnych umów pomiędzy partnerami, wystąpić by mogła wielość konsorcjów po stronie wykonawczej, co byłoby sprzeczne z zasadami udzielania zamówień,
- zewnętrzne – ze względu na jawność postępowania,
- scentralizowane – ponieważ ustawa wymaga ustanowienia pełnomocnika, działającego w imieniu pozostałych członków konsorcjum<sup>218</sup>.

---

<sup>218</sup> Ibidem

Odnosnie natury stosunku prawnego, jakim jest konsorcjum, pojawia się zatem wątpliwość, czy jest to umowa cywilnoprawna, czy też jednostka organizacyjna. Ze względu na brak definicji prawnej pojęcia „jednostki organizacyjnej”, zdaniem J. Lica, kwalifikacja ta zależy od tego, jakie znaczenie przypiszemy temu terminowi. Przy założeniu, że jednostką organizacyjną jest każda struktura działająca w oparciu o substrat majątkowy lub osobowy, to konsorcjum można za taką konstrukcję uznać. Przy czym, będzie to jednostka pozbawiona zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych. Jak podkreślił J. Lic, ponieważ jednostka organizacyjna nie może być równocześnie stosunkiem prawnym, należy zarazem odróżnić samo konsorcjum od umowy konsorcjum, zawieranej w celu jego utworzenia<sup>219</sup>.

Szczególną uwagę Autor poświęcił konsorcjum jednolitemu, gdyż to właśnie tej instytucji można przypisać status jednostki organizacyjnej w szerokim rozumieniu. Takie konsorcjum powstaje na skutek zawarcia umowy wielostronnej (przez wszystkich jego uczestników), która ma charakter umowy kreacyjnej (założycielskiej).

Ze względu na różny zakres zobowiązań przyjmowanych przez strony umowy konsorcjum, oprócz charakteru kreacyjnego może zawierać ona również elementy umowy zlecenia (np. w sytuacji, gdy lider konsorcjum zobowiązuje się pełnić pewne funkcje odpłatnie) lub umowy użyczenia (np. poprzez udostępnienie przez członka konsorcjum narzędzi lub urządzeń). Bez względu jednak na mieszany charakter, zdaniem J. Lica, umowa konsorcjum przede wszystkim pozostaje umową założycielską, nie zaś zobowiązaniową<sup>220</sup>. Na tym stwierdzeniu nie można poprzestać.

Istotnym elementem umowy konsorcjum jest również zawarte w niej umocowanie dla lidera do reprezentowania konsorcjum na zewnątrz w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz ewentualnie do zawarcia umowy i dokonywania rozliczeń. Jednak niezależnie od zakresu umocowania, jak trafnie podkreślił J. Lic, stroną umowy z zamawiającym są wszyscy członkowie konsorcjum, nie zaś sam lider lub samo konsorcjum. Lider nie może być jedyną stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż nie jest uprawniony do zawarcia takiej umowy samodzielnie, we własnym imieniu, z kolei konsorcjum jest pozbawione zdolności prawnej i zdolności do czynności prawnych<sup>221</sup>.

Istotę i naturę umowy konsorcjum zawieranej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie można również częściowo wyprowadzić z wykładni przepisów u.p.z.p. Jak

---

<sup>219</sup> Ibidem, s. 152-153.

<sup>220</sup> Ibidem, s. 153.

<sup>221</sup> Ibidem

wskazano powyżej, do umowy konsorcjum odnosi się art. 59 u.p.z.p., zgodnie z którym, zamawiający ma uprawnienie do żądania przedłożenia takiej umowy przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. *A contrario* żądanie złożenia umowy na wcześniejszym etapie, np. wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, będzie nieuzasadnione.

Przedłożenie kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne następuje w ramach etapu tzw. formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których mowa w art. 134 ust. 1 pkt 19 u.p.z.p. W orzecznictwie wskazuje się, że „formalności”, o których mowa w cytowanym przepisie, na podstawie samego znaczenia językowego należy rozumieć jako czynności proste do załatwienia i pozbawione waloru merytorycznego<sup>222</sup>. Tym samym, składane w ich ramach dokumenty nie mogą służyć np. weryfikacji podmiotowej wykonawcy, czy też badaniu i ocenie oferty. Czynności te są bowiem dokonywane w innej fazie postępowania, przed wyborem najkorzystniejszej oferty i w związku z tym, zamawiający nie powinien „przerzucać” tych czynności na etap przed zawarciem umowy<sup>223</sup>.

Powyższe pozwala na wyprowadzenie wniosku, iż przedłożenie umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ma dla zamawiającego znaczenie wyłącznie informacyjne.

W szczególności, prawodawca, ani w art. 59 u.p.z.p., ani w żadnym innym przepisie ustawy, nie przyznał zamawiającemu jakichkolwiek uprawnień do ingerencji w umowę konsorcjum zawartą przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym, decydowanie o jej treści stanowi wyłączną domenę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, którzy w tym zakresie korzystają z zasady swobody umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c. W orzecznictwie podkreśla się, że zamawiający w szczególności nie powinien w dokumentach zamówienia formułować wymagań co do treści umowy konsorcjum, które narzucałyby jego skład, podział obowiązków pomiędzy poszczególnymi jego członkami lub zasady rozliczania wynagrodzenia<sup>224</sup>.

Moim zdaniem, zamawiający, weryfikując treść umowy konsorcjum, powinien bezwzględnie sprawdzić, czy wskazany w niej (o ile takie klauzule w jej treści w ogóle zostaną

---

<sup>222</sup> Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, LEX nr 1285266

<sup>223</sup> Ibidem

<sup>224</sup> Wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2021 r., KIO 2002/21, LEX nr 3288087

zamieszczone) podział obowiązków nie stoi w sprzeczności ze złożonym w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oświadczeniem, o którym mowa w art. 117 ust. 4 u.p.z.p., Stosownie do cytowanego przepisu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni członkowie konsorcjum. Kwestia ta zostanie omówiona szerzej poniżej<sup>225</sup>.

### **3.5.5. Zasady odpowiedzialności konsorcjantów**

O ile prawodawca w regulacjach u.p.z.p. nie określa treści stosunku prawnego łączącego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, pozostawiając im w tym zakresie swobodę, o tyle, na poziomie relacji konsorcjum – zamawiający, ustanawia zasadę ponoszenia odpowiedzialności solidarnej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania<sup>226</sup>. Wskazana regulacja jest normą *ius cogens* i strony umowy – zarówno umowy w sprawie zamówienia publicznego, jak i samej umowy konsorcjum nie mogą tego swoją wolą zmienić. W związku z solidarną odpowiedzialnością, powstającą z mocy samej ustawy (*ex lege*), oraz nakazem stosowania przepisów dotyczących indywidualnego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 58 ust. 5 u.p.z.p.), zamawiający również nie może w ramach warunków zamówienia, przewidzieć zróżnicowania odpowiedzialności poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia<sup>227</sup>.

Takie stanowisko prezentowane jest w orzecznictwie, sądów powszechnych, m.in. w wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29.04.2013 r.<sup>228</sup>, w którym przyjęto, iż art. 445 ust. 1 u.p.z.p. ustanawia wyłącznie solidarność bierną wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie generując jednak skutku w postaci solidarności czynnej po ich stronie, tj. możliwości solidarnego domagania się zapłaty wynagrodzenia od zamawiającego. Do powstania tego typu solidarności potrzebny byłby wyraźny przepis ustawy, którego zarówno w art. 445 ust. 1 u.p.z.p., jak i innych unormowaniach brakuje<sup>229</sup>.

---

<sup>225</sup> Por. rozważania w podrozdziale 3.5.5. niniejszej pracy

<sup>226</sup> Art. 445 u.p.z.p.

<sup>227</sup> Wyrok KIO z 3.06.2016 r., KIO 808/16, LEX nr 2054654

<sup>228</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 29.04.2013 r., sygn. akt: VI ACa 1183/12, LEX nr 1339412

<sup>229</sup> Ibidem

Podobne stanowisko zaprezentował Sąd Apelacyjny w Warszawie w wyroku z 18.02.2009 r.<sup>230</sup> Skład orzekający w kontekście ewentualnej solidarności czynnej konsorcjantów zwrócił jednak uwagę, że dług zamawiającego polega na wykonaniu świadczenia pieniężnego. Skoro zaś ma ono zawsze charakter świadczenia podzielnego, to do odpowiedzialności zamawiającego przed wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia znajduje zastosowanie art. 379 § 1 k.c., stanowiący, iż jeżeli jest kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, to dług dzieli się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli<sup>231</sup>.

Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została zatem ukształtowana jako solidarność bierna dłużników. Urząd Zamówień Publicznych w jednej ze swoich opinii, wydanej jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., wskazał, że podmioty wspólnie ubiegające się o udzielenie zamówienia odpowiadają solidarnie przed zamawiającym za sam fakt wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego i zawarcia umowy. Podmioty te pozostają przy tym zobowiązane solidarnie aż do zupełnego zaspokojenia zamawiającego w zakresie obowiązków wynikających z umowy (art. 366 k.c. w zw. z art. 445 ust. 1 u.p.z.p.)<sup>232</sup>.

Definicję solidarności biernej formułuje art. 366 § 1 k.c. Zgodnie treścią cytowanego przepisu „Kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregokolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników)”.

Istotą solidarności biernej jest zatem wielopodmiotowość występująca po stronie dłużników oraz charakter ich zobowiązania. Są oni bowiem zwolnieni z odpowiedzialności wobec wierzyciela dopiero w chwili jego zupełnego zaspokojenia. Do tego czasu, wierzyciel ma prawo podjąć swobodną decyzję co do sposobu spełnienia świadczenia. Może żądać jego realizacji w całości lub w części od każdego dłużnika z osobna lub też od nich łącznie<sup>233</sup>.

Dłużnicy natomiast odpowiadają co do wspólnego długu w takim samym zakresie, i jak wskazano powyżej, są zobowiązani do spełnienia świadczenia aż do zupełnego zaspokojenia

---

<sup>230</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 18.02.2009 r., sygn. akt: VI ACa 1152/08, LEX nr 1344288

<sup>231</sup> Ibidem

<sup>232</sup> Opinia: *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne*, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/mozliwosc-zawarcia-umowy-spolki-cywilnej-przez-czlonkow-konsorcjum-po-zawarciu-umowy-o-zamowienie-publiczne> (dostęp: 7.07.2024 r.).

<sup>233</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach - I Wydział Cywilny z dnia 19 grudnia 2017 r., I ACa 754/17, Legalis nr 1717396

wierzyciela. Z istoty solidarności wynika również, że dłużnicy odpowiadają za ten sam dług do pełnej jego wysokości, pomimo podzielności samego świadczenia<sup>234</sup>. W ramach odpowiedzialności solidarnej, każdy z dłużników zobowiązany jest wobec wierzyciela do spełnienia całego świadczenia, tak jakby był jedynym dłużnikiem<sup>235</sup>.

Odpowiedzialność solidarna dłużników jest zatem instytucją prawną chroniącą wierzyciela, zwiększającą możliwość realizacji jego świadczenia, a w konsekwencji, pewność zaspokojenia. Wierzyciel, w ramach solidarności biernej, dysponuje swobodnym prawem decyzji wyboru dłużników zobowiązanych do spełnienia zobowiązania i może w tym zakresie kierować żądanie do wszystkich zobowiązanych solidarnie, bądź kilku z nich, czy też jednego. Dłużnicy solidarni z kolei są zobowiązani stosować się do żądania wierzyciela.

Swoboda wierzyciela nie jest niczym ograniczona; jedynym wyjątkiem jest sytuacja, w której wierzyciel skorzystałby ze swojego prawa w sposób sprzeczny z jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem lub z zasadami współżycia społecznego (co stanowiłoby przykład nadużycia prawa w rozumieniu art. 5 k.c.)<sup>236</sup>. Nie ulega wątpliwości, że skorzystanie z prawa wyboru dłużnika zostanie zrealizowane zgodnie z przeznaczeniem, jeżeli wierzyciel przy podejmowaniu decyzji będzie kierować się przede wszystkim oceną, który z zobowiązanych daje największą szansę na spełnienie świadczenia.

W kontekście powyższych zasad odpowiedzialności solidarnej, wynikających z k.c., pojawia się pytanie, czy zamawiający może oczekiwać od każdego konsorcjanta wykonania określonych świadczeń, nawet jeżeli mają one charakter specjalistyczny?

Na zwrócenie uwagi w tym zakresie zasługuje fakt, iż o ile, umowa w sprawie zamówienia publicznego z mocy samego prawa stanowi podstawę do solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne względem zamawiającego, o tyle w ramach umowy konsorcjum, jej członkowie uprawnieni są do określenia podziału zadań i wynikającej z niego odpowiedzialności za ich wykonanie, co do zasady, według własnych reguł.

Przydzielenie poszczególnych zadań konkretnym konsorcjantom może okazać się wręcz konieczne, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający, korzystając z uprawnienia, jakie przysługuje mu na podstawie art. 117 ust. 1 u.p.z.p., określi szczególnie, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

---

<sup>234</sup> M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Legalis/el. 2023, art. 366 k.c., teza nr 2.

<sup>235</sup> Ibidem

<sup>236</sup> E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Legalis/el. 2021, art. 366 k.c., teza nr 1.

zamówienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku, warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jest spełniony, jeśli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane<sup>237</sup>. Natomiast w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia – roboty budowlane lub usługi wykonają ci z wykonawców, którzy posiadają zdolności wymagane do ich realizacji<sup>238</sup>. Z powyższego wynika, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, w przypadku wystąpienia warunków, o których mowa w art. 117 ust. 2 – 3 u.p.z.p., muszą – w ramach umowy konsorcjum – podzielić się zadaniami składającymi się na zamówienie, stosownie do wykazywanych zdolności na etapie postępowania.

Powstaje zatem pytanie, czy zamawiający może żądać, aby określone zadanie, przypisane konkretnemu wykonawcy wspólnie ubiegającemu się o zamówienie publiczne, wykonał inny konsorcjant, korzystając w tym względzie z uprawnień, jakie posiada wierzyciel względem dłużników solidarnych, zgodnie z art. 366 § 1 k.c.?

W tym zakresie należy jednak podzielić zapatrywanie J. Lica, iż zamawiający jest do tego uprawniony, gdyż zazwyczaj przedmiotem umów w sprawie zamówienia publicznego są czynności zastępowalne, co oznacza, że konsorcjant może posłużyć się inną osobą w celu realizacji części zamówienia (art. 356 § 1 k.c.). Ponadto, konsorcjant może upoważnić zamawiającego do wykonania zastępczego, na podstawie wyroku sądowego (art. 480 § 1 k.c.) lub w drodze egzekucji (art. 1049 k.p.c.). Jeżeli natomiast czynność ma charakter niezastępowalny, wówczas konsorcjant może uchylić się od żądania zamawiającego wskazując na niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c. Powyższe, jak trafnie wskazuje J. Lic, nie wyłącza nadal jego odpowiedzialności solidarnej<sup>239</sup>.

W kontekście solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów oraz wewnętrznych uregulowań stosunków pomiędzy nimi, pojawia się również wątpliwość, czy zamawiający dysponuje odpowiednimi środkami, w sytuacji, gdy umowa konsorcjum jest dotknięta określoną wadliwością, w szczególności, gdy nastąpiło niewłaściwe przypisanie poszczególnych zadań konsorcjantom, z naruszeniem zasad przewidzianych przez zamawiającego w postępowaniu.

---

<sup>237</sup> Art. 117 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>238</sup> Art. 117 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>239</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy....., op.cit.*, s. 154-155.

Z omawianego punktu widzenia należy zwrócić uwagę na fakt, iż podział zadań pomiędzy konsorcjantami jest weryfikowany przez zamawiającego w oparciu o oświadczenie składane wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. Na tym tle może jednak dochodzić do nieporozumień. Jak bowiem wskazano powyżej, zgodnie z art. 59 u.p.z.p., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, przedkładają do wiadomości zamawiającemu zawartą przez siebie umowę regulującą ich współpracę. Okoliczność, iż może ona zawierać podział zadań niezgodny z oświadczeniem złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. może prowadzić do praktycznych komplikacji.

Należy wszakże zaznaczyć, iż ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera w tym zakresie regulacji, wskazujących na istnienie odpowiednich instrumentów prawnych dla zamawiających, pozwalających na doprowadzenie takiej umowy do zgodności z warunkami zamówienia. Co więcej, jak wskazano powyżej, zamawiający, co do zasady, nie ma prawa ingerować w treść umowy o współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Z przepisów u.p.z.p. nie wynika ponadto, aby zamawiający miał prawo wstrzymać się z podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi wykonawcami do czasu poprawienia przez nich wadliwej umowy.

Przy dokonywaniu oceny stopnia wpływu wadliwie sformułowanej umowy konsorcjum na samą umowę w sprawie zamówienia publicznego, zwraca się przede wszystkim uwagę na charakter solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów, która wynika *ex lege*, z przepisu bezwzględnie obowiązującego. Nie może być ona zatem zmieniona wolą stron, gdyż jej realizacja wynika z samego faktu przyjęcia przez wykonawców określonej konfiguracji działania, tj. wspólnego udziału w postępowaniu.

W konsekwencji, również umowa o współpracy zawarta pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie, przewidująca podział zadań pomiędzy konsorcjantami, czy to zgodny z warunkami zamówienia, czy też nie, nie ma znaczenia z punktu widzenia istnienia solidarnej odpowiedzialności poszczególnych członków konsorcjum. Także w opinii UZP wyraźnie przyjęto, iż z punktu widzenia zamawiającego nie są istotne postanowienia umowy konsorcjalnej, określającej prawa i obowiązki poszczególnych podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego związane z realizacją wspólnego celu,



jakim jest wywiązanie się z zawartej z zamawiającym umowy<sup>240</sup>. Ewentualne uzgodnienia dokonane przez wykonawców mogą mieć znaczenie jedynie dla wzajemnych rozliczeń wykonawców i nie mogą być skutecznie podnoszone w stosunkach z zamawiającym w celu wykluczenia lub zmodyfikowania ich solidarnej odpowiedzialności. Powyższe stwierdzenie UZP koresponduje z art. 376 k.c., który wprowadza zasadę wzajemnego rozliczania spełnionego świadczenia pomiędzy dłużnikami, bez ingerencji wierzyciela<sup>241</sup>.

Na taki kierunek wykładni zdaje się wskazywać również orzecznictwo sądów powszechnych, które zwłaszcza na gruncie art. 141 d.p.z.p., (którego odpowiednikiem jest obecnie art. 445 u.p.z.p.) prezentowały stanowisko, iż nawet wadliwość umowy konsorcjum powodująca jej nieważność, nie ma wpływu na ważność samej umowy zawartej z zamawiającym.

W wyroku z dnia 7 czerwca 2018 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie<sup>242</sup> stwierdził, iż w stanie faktycznym sprawy umowa konsorcjum została zawarta nie w celu wspólnej realizacji zobowiązań wynikających z umowy o udzielenie zamówienia publicznego, ale wyłącznie dla uzyskania uprawnień do wierzytelności należnej z tytułu wykonania świadczeń z tej umowy przez jednego z uczestników konsorcjum. Stąd też należy przyjmować, iż rzeczywistą intencją wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie był *de facto* obrót wierzytelnościami, podczas gdy sama umowa konsorcjum została zawarta tylko pozornie. W związku z powyższym, Sąd Apelacyjny uznał, iż umowa ta dotknięta jest nieważnością bezwzględną, zgodnie z art. 58 § 3 k.c.

Rozważając, jak opisana powyżej wadliwość wpływa na ważność umowy o udzielenie zamówienia publicznego, skład orzekający zwrócił uwagę, iż wspólne ubieganie się przez wykonawców o zamówienie publiczne jest uprawnieniem wynikającym z mocy prawa i nie wymaga zgody zamawiającego, a sama umowa konsorcjum stanowi przykład umowy nienazwanej, zawieranej w ramach zasady swobody umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. Podkreślono przy tym, iż istotą konsorcjum jest przyjęcie przez poszczególnych jego członków zobowiązania do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań. Stąd też, w nawiązaniu do art. 141 d.p.z.p., Sąd Apelacyjny wskazał, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zawarcie umowy ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, wynikającą wprost z ustawy, a w konsekwencji, zgodnie z art. 366 § 1 k.c., wierzyciel (czyli zamawiający) może żądać całości

---

<sup>240</sup> Opinia, *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum ...op.cit.*

<sup>241</sup> Ibidem

<sup>242</sup> Sygn. akt: V ACa 1439/17, LEX nr 2527294

świadczenia od każdego z wykonawców z osobna. Kwestia ta została rozstrzygnięta. Stwierdzono bowiem, iż uprawnienie wierzyciela do wyboru dłużnika, od którego może on żądać spełnienia świadczenia w całości lub w części, nie podlega ograniczeniom, chyba że, jak zwrócił uwagę skład orzekający, zamawiający na podstawie art. 23 ust. 6 d.p.z.p. (odpowiednik aktualnego art. 58 ust. 4 u.p.z.p.) w inny sposób określił warunki realizacji zamówienia.

W konsekwencji, w ocenie Sądu Apelacyjnego, nieważność stosunku wewnętrznego istniejącego pomiędzy konsorcjantami nie rzutuje na nieważność umowy zawartej z zamawiającym i nie prowadzi również do zmiany wykonawcy. Solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego wynika bowiem z mocy samej ustawy, a zatem ustalenia wewnętrzne dłużników nie mogą ich zwolnić z zobowiązań względem wierzyciela. Z kolei w oparciu o art. 376 § 1 k.c.<sup>243</sup>, należy przyjmować, iż wzajemny podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ma jedynie skutek wewnętrzny dla przyszłych roszczeń regresowych pomiędzy nimi<sup>244</sup>.

W związku z powyższymi uwagami, na postawione wcześniej pytanie, czy zamawiający posiada środki pozwalające na doprowadzenie wadliwej umowy konsorcjum do zgodności, czy to z warunkami zamówienia, czy też przepisami powszechnie obowiązującymi, udzielona została negatywna odpowiedź. Wskazany brak możliwości wiąże się z faktem, iż zamawiający nie ma potrzeby ingerować w wewnętrzne stosunki pomiędzy konsorcjantami, gdyż jego interes zabezpiecza ustawowo przewidziana solidarna odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Nie podzielam jednak w pełni zaprezentowanego powyżej poglądu. Nie uwzględnia on bowiem nowej regulacji wprowadzonej przez art. 117 ust. 4 u.p.z.p., zgodnie z którym, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni członkowie konsorcjum.

Pominięcie zatem przez zamawiającego faktu odmiennego podziału zadań przyjętego w umowie konsorcjum od tego wskazanego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia czyniłoby owo oświadczenie całkowicie zbędnym i iluzorycznym. Tymczasem, zasadniczym

---

<sup>243</sup> Art. 376 § k.c.: „Jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych”.

<sup>244</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7 czerwca 2018 r., V ACa 1439/17, LEX nr 2527294

celem wprowadzenia do ustawy obowiązku jego złożenia było zapobieżenie sytuacjom, w których na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wspólnie działający wykonawcy przedkładają referencje poszczególnych uczestników konsorcjum wyłącznie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez rzeczywistego zamiaru realizacji kontraktu przez danego przedsiębiorcę, z reguły będącego podmiotem zagranicznym, pochodzącym niejednokrotnie z grupy kapitałowej wykonawcy mającego siedzibę w Polsce. Taka sytuacja pociąga za sobą negatywne konsekwencje. Po pierwsze, wpływa demobilizująco na działania krajowych wykonawców, którzy mogą mieć obawy związane z chęcią skorzystania z potencjału podmiotów zagranicznych. Po drugie, negatywnie rzutuje na jakość wykonywanych umów. *De facto*, zamówienie wykonywane by było przez podmiot nie posiadający stosownego doświadczenia. Z tych też względów uważam, że zamawiający nie tylko może, ale wręcz powinien weryfikować umowę konsorcjum w tym zakresie, zaś w przypadku dostrzeżenia ewidentnych niezgodności w przedmiocie przyjętego podziału zadań, z tym deklarowanym przez konsorcjum na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty – żądać jej zmiany. Odmowa konsorcjantów w zakresie dokonania stosownej zmiany winna, jak sądzę, powinna zostać potraktowana jako niedojście do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, ze wszystkimi tego konsekwencjami.

W kontekście wewnętrznych ustaleń pomiędzy konsorcjantami oraz przyjętych przez nich między sobą zasad odpowiedzialności, należy jednak wskazać, że dłużnicy solidarni także w pewnym zakresie podlegają ochronie. Kluczową regulacją w tym względzie jest art. 371 k.c., zgodnie z którym działania i zaniechania jednego z dłużników solidarnych nie mogą szkodzić współdłużnikom. Zasada nieszkodzenia obejmuje wszystkie zdarzenia prawne, w tym czynności prawne, czynności faktyczne, a także oświadczenia wiedzy i woli złożone przez dłużnika solidarnego, które pociągają za sobą negatywne skutki dla zobowiązanego<sup>245</sup>.

Konsekwencją przyznania wierzycielowi prawa swobodnego wyboru dłużnika (lub dłużników), który ma spełnić świadczenie czy to w całości, czy też w części, jest również wprowadzenie instytucji regresu pomiędzy współdłużnikami. Podstawą roszczeń regresowych jest art. 376 § 1 k.c., zgodnie z którym, jeżeli jeden z dłużników solidarnych spełnił świadczenie, treść istniejącego między współdłużnikami stosunku prawnego rozstrzyga o tym, czy i w jakich częściach może on żądać zwrotu od współdłużników. Jeżeli z treści tego stosunku nie wynika nic innego, dłużnik, który świadczenie spełnił, może żądać zwrotu w częściach równych.

---

<sup>245</sup> M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. ...op.cit.*, art. 371 k.c., teza nr 2.

Wskazany powyżej przepis ma na celu chronić dłużników solidarnych, którzy spełnili świadczenie na rzecz wierzyciela (czy to w całości czy też w części). Ustawa przyznaje im prawo żądania zwrotu spełnionego świadczenia od pozostałych współdłużników, którzy nie zaspokoili wierzyciela lub dokonali tego w mniejszym stopniu. Zakres żądania zwrotu ustalany jest w oparciu o treść stosunku prawnego łączącego współdłużników, a jeżeli nie określa on w tym zakresie specyficznych zasad, przyjmuje się części równe.

W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, kluczową dla ustalenia zakresu regresu będzie zatem umowa konsorcjum, określająca podział zadań przyjęty przez konsorcjantów oraz zasady odpowiedzialności za ich wykonanie. Jeżeli natomiast wykonawcy nie zdecydowali się na przydzielenie sobie poszczególnych części zamówienia w umowie konsorcjum, wówczas należy zastosować ogólną zasadę wynikającą z art. 376 § 1 k.c., tj. iż każdy z nich jest odpowiedzialny w częściach równych.

Wydaje się również, że zasada, o której mowa w cytowanej normie ustawowej nie ulega modyfikacji, w przypadku, gdy teoretycznie podział zadań (i w konsekwencji również odpowiedzialności za ich wykonanie) może wynikać ze specyficznego sposobu określenia wymagań przez zamawiającego na podstawie art. 58 ust. 4 u.p.z.p. Przydzielenie konkretnych części zamówienia poszczególnym konsorcjantom ma bowiem istotne znaczenie dla stosunku prawnego łączącego wykonawców z zamawiającym, jednak relacje występujące pomiędzy samymi wykonawcami są już kwestią odrębną.

Podkreślenia bowiem wymaga, że postanowienia określające zakres odpowiedzialności regresowej są skuteczne tylko pomiędzy samymi dłużnikami solidarnymi, nie wiążą natomiast wierzyciela. Wierzyciel nie ingeruje bowiem w wewnętrzne relacje występujące pomiędzy dłużnikami solidarnymi i nie ma w tym względzie żadnego interesu do działania. Z punktu widzenia wierzyciela istotne jest bowiem wyłącznie to, aby zobowiązanie zostało w całości wypełnione. To do dłużników należy natomiast dokonanie pomiędzy sobą rozliczeń w związku ze spełnieniem świadczenia na rzecz wierzyciela, zgodnie z treścią łączącego ich stosunku prawnego.

Zaznaczenia wymaga, że u.p.z.p. nie wprowadza solidarności konsorcjantów jako wierzycieli. Jak wskazuje J. Lic, brak jest łącznego uprawnienia po stronie partnerów wobec zamawiającego, ponieważ każdy z nich oddzielnie jest stroną umowy zawartej z zamawiającym. Zaciągają oni zatem odrębne zobowiązania, różne przedmiotowo, z tym, że za

pośrednictwem pełnomocnika. Innymi słowy, jak zauważa Autor, skutek zawarcia umowy przez konsorcjum, powstaje tyle dwustronnych stosunków, ilu jest jego członków<sup>246</sup>.

W przedmiocie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie należy wspomnieć również o regulacji z art. 445 ust. 2 u.p.z.p. ustanawiającej wyjątek od ogólnej zasady. Wynika z niego, iż konsorcjanci realizujący zamówienie udzielone w trybie partnerstwa innowacyjnego ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.

Prawodawca wprowadził powyższy wyjątek, mając na uwadze specyfikę partnerstwa innowacyjnego i wynikający z niego różnorodny charakter działań, do zrealizowania których zobowiązują się wykonawcy, będący zazwyczaj – w przypadku tego typu zamówień – podmiotami wyspecjalizowanymi w wąskich dziedzinach. Ustanowienie zasady, iż każdy z członków konsorcjum będzie ponosić odpowiedzialność tylko za tę część umowy, którą rzeczywiście wykonuje ma na celu zachęcenie wykonawców, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP), do udziału w postępowaniach, których przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej. Jest to bowiem szczególnie istotne przy tego typu przedsięwzięciach, w ramach których realizowana jest zazwyczaj faza badawczo – rozwojowa, a następnie faza wytworzenia, które są wykonywane przez wyspecjalizowane podmioty<sup>247</sup>.

Pomimo, iż intencje ustawodawcy należy ocenić jako słuszne, to nie można nie dostrzec pewnych wątpliwości, jakie nasuwa praktyka stosowania omawianej regulacji.

Przede wszystkim, jak dostrzega się w literaturze przedmiotu, wyłączenie odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów realizujących partnerstwo innowacyjne, może w licznych przypadkach, o ile nie w większości, okazać się nieskuteczne. Powodów takiej sytuacji może być kilka.

Po pierwsze, zdaniem J. Jerzykowskiego, z literalnego brzmienia art. 445 ust. 2 u.p.z.p. wynika, iż co prawda, uchyla on odpowiedzialność solidarną konsorcjantów wynikającą z art. 445 ust. 1 u.p.z.p., ale nie wyłącza już tej, która powstaje na gruncie art. 370 k.c.<sup>248</sup> Zgodnie natomiast z tym przepisem, jeżeli kilka osób zaciągnęło zobowiązanie dotyczące ich wspólnego

---

<sup>246</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy....., op.cit.*, s. 155.

<sup>247</sup> Uzasadnienie projektu ustawy, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, s. 85, dostępny pod adresem internetowym: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624> (dostęp: 24.09.2024 r.)

<sup>248</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych....., op.cit.*, art. 445, teza nr 10.

mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej. Tymczasem, w orzecznictwie sądowym obowiązuje pogląd o możliwości stosowania art. 370 k.c. do oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego<sup>249</sup>. Stąd też, według J. Jerzykowskiego, skoro art. 445 ust. 2 u.p.z.p. pozostaje bez wpływu na podstawę solidarności zobowiązania wynikającą z art. 370 k.c., wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne po zawarciu umowy w sprawie partnerstwa innowacyjnego, będą nadal odpowiadać solidarnie wobec zamawiającego. Powstanie takiej odpowiedzialności będzie tym bardziej oczywiste, gdy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne przyjęli formę spółki cywilnej<sup>250</sup>.

Osobiście uważam, iż powyższa koncepcja jest nietrafna. J. Jerzykowski upatruje bowiem podstawy odpowiedzialności solidarnej w treści art. 370 k.c., który, zgodnie z poglądami orzecznictwa<sup>251</sup>, ma zastosowanie do etapu przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli czynności podejmowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w toku postępowania. Są to zatem odmienne obszary działalności konsorcjum, dla których również ustawodawca przewidział różne reżimy odpowiedzialności.

Nie można również pominąć przytoczonych powyżej poglądów wskazujących, iż umowa konsorcjum nie kreuje majątku wspólnego, a ustanowienie takiego, zgodnie stanowiskiem zapatrywaniem J. Lica, kwalifikuje taką umowę jako spółkę cywilną<sup>252</sup>. Zatem w przypadku, gdy umowę w sprawie zamówienia publicznego zawierają wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, którzy nie zdecydowali się na utworzenie majątku wspólnego (i w konsekwencji spółki cywilnej), korzystając wyłącznie z umowy konsorcjum jako formy prawnej współdziałania, brak jest również podstaw do powstania odpowiedzialności solidarnej na zasadzie określonej w art. 370 k.c.

Powyższe jednak nie zmienia faktu, iż taka odpowiedzialność wystąpiłaby w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne działających w formie spółki cywilnej. W takim przypadku, solidarności dłużników nie wyłączałby art. 445 ust. 2 u.p.z.p.,

---

<sup>249</sup> Por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dn. 12.05.2006 r., II CA 489/06, LEX nr 621219, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.04.2016 r., XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482, wyr. Sądu Okręgowego w Łodzi z 5.12.2016 r., XIII Ga 1094/16, LEX nr 2196603

<sup>250</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*..., *op.cit.*, art. 445, teza nr 10.

<sup>251</sup> Por. wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dn. 12.05.2006 r., II CA 489/06, LEX nr 621219, wyr. SO w Warszawie z 8.04.2016 r., XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482, wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5.12.2016 r., XIII Ga 1094/16, LEX nr 2196603

<sup>252</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy*..., *op.cit.*, s. 150.

zgodnie z trafnym poglądem J. Jerzykowskiego, przepis ten znajduje zastosowanie wyłącznie do ogólnej zasady wyrażonej w art. 445 ust. 1 u.p.z.p.

Jak podkreśla Autor, oprócz wspomnianego powyżej art. 370 k.c., który ma być źródłem solidarności biernej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publicznego, przepis art. 445 ust. 2 u.p.z.p. pozostaje również bez wpływu na inną, potencjalną podstawę powstania odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów, jaką jest art. 380 k.c.<sup>253</sup> Zgodnie z tym przepisem, dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni.

Orzecznictwo, podobnie jak w przypadku art. 370 k.c., również dostrzega możliwość stosowania art. 380 k.c. do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie<sup>254</sup>.

Należy przy tym zauważyć, iż jednak solidarna odpowiedzialność konsorcjantów w takim przypadku zależy od tego, czy świadczenie może mieć charakter podzielny. Zgodnie z treścią art. 379 §2 k.c. świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Klasycznym przykładem świadczenia podzielnego jest świadczenie pieniężne<sup>255</sup>.

Osobiście uważam, iż istnieją zasadnicze wątpliwości co do tego, iż, co do zasady, świadczenie stanowiące przedmiot umowy w sprawie partnerstwa innowacyjnego ma charakter podzielny. W ramach takiej umowy, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zobowiązują się zazwyczaj do przeprowadzenia prac badawczo – rozwojowych, a następnie wytworzenia innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych<sup>256</sup>. Według takiego rozróżnienia rodzajów prac wchodzących w zakres przedmiotu umowy, prawdopodobnie dokonywałyby się również podział zadań pomiędzy konsorcjantów. Ze względu jednak na specyfikę tych prac, trudno jest sformułować tezę, iż przeprowadzenie prac badawczo – rozwojowych nie ma wpływu na wytworzenie innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych, jak również odwrotnie. Niewątpliwie wykonanie każdej z tych części nie może być zrealizowane bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Na przeszkodzie takiemu podziałowi stałyby również m.in. kwestie związane z prawami własności intelektualnej, czy ewentualnych nadzorów autorskich. Stąd, też uważam, iż, zasadniczo przedmiot partnerstwa innowacyjnego nie może być uznany za świadczenie podzielne, aczkolwiek nie można wykluczyć, iż mogą wystąpić

---

<sup>253</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*..., *op.cit.*, art. 445, teza nr 11.

<sup>254</sup> Por. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 8.04.2016 r., XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482

<sup>255</sup> W. Borysiak (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2024, art. 379 k.c., tezy nr 5 – 9.

<sup>256</sup> Art. 206 ust. 1 u.p.z.p.

szczególne sytuacje, w których konsorcjanci mogą dokonać skutecznego podziału zobowiązania na części, skutkującego również podziałem ich odpowiedzialności.

W tym zakresie podzielić należy pogląd J. Jerzykowskiego, który stwierdził, iż trudno jest wyodrębnić w przedmiocie umowy w sprawie partnerstwa innowacyjnego samodzielną część świadczenia, która: „(...) będzie mieć autonomiczną wartość społeczno-gospodarczą dla zamawiającego (jako wierzyciela), oderwaną i samoistną w stosunku do pozostałej części”<sup>257</sup>.

To zaś prowadziło do wniosku, iż przepis art. 445 ust. 2 u.p.z.p. *de facto* jest regulacją bezużyteczną, bądź możliwą do zastosowania w bardzo wąskim katalogu przypadków, w których możliwy jest podział świadczenia konsorcjantów realizujących partnerstwo innowacyjne.

### **3.5.6. Odpowiedzialność konsorcjantów na etapie postępowania**

Odrębną kwestię stanowi zagadnienie odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W treści u.p.z.p. prawodawca ograniczył się bowiem do ustanowienia solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne wyłącznie w zakresie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak jest natomiast analogicznej regulacji odnoszącej się do czynności podejmowanych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w toku postępowania.

W związku z powyższym, pojawiła się wątpliwość, na jakiej zasadzie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają względem zamawiającego na etapie prowadzonego postępowania. Próby udzielenia odpowiedzi na to pytanie podjęto w orzecznictwie sądów powszechnych oraz KIO na kanwie spraw związanych z zatrzymaniem wadium. W tym zakresie, w judykaturze przyjęto solidarny charakter odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, przy czym jej źródła upatrywano w regulacjach przepisów k.c.

Jako pierwszą podstawę prawną solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania wskazano art. 370 k.c., zgodnie z którym jeżeli kilka osób zaciągnęło

---

<sup>257</sup> J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych*..., *op.cit.*, art. 445, teza nr 11.



zobowiązanie dotyczące ich wspólnego mienia, są one zobowiązane solidarnie, chyba że umówiono się inaczej.

Pogląd o możliwości stosowania tego przepisu do konsorcjum wykonawców sformułował m.in. Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z 12.05.2006 r.<sup>258</sup>. Stwierdzono w nim, że wspólne złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c. Wniosek taki sąd wyprowadził z przepisu art. 14 d.p.z.p. (który jest odpowiednikiem aktualnie obowiązującego art. 8 ust. 1 u.p.z.p.), przyjmując, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne odpowiadają solidarnie za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty i tym samym, solidarnie ponoszą konsekwencje sytuacji, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum<sup>259</sup>.

Pogląd ten podzielił także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z 8.04.2016 r.<sup>260</sup>, przesądzając jednoznacznie, iż na etapie postępowania przetargowego występują podstawy do uznania odpowiedzialności członków konsorcjum za wykonanie obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zasadach solidarności dłużników.

Z drugiej strony, nie można nie dostrzec, że utworzenie konsorcjum i zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej nie powoduje powstania wspólnego mienia, zwłaszcza na etapie postępowania, co z kolei prowadziło do wniosku, iż w toku procedury nie występuje solidarna odpowiedzialność wynikająca z art. 370 k.c.<sup>261</sup>

Niezależnie jednak od powyższego, w judykaturze dostrzeżono również inną podstawę prawną solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów na etapie postępowania, tj. art. 380 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnicy zobowiązani do świadczenia niepodzielnego są odpowiedzialni za spełnienie świadczenia jak dłużnicy solidarni.

Stanowisko to zostało sformułowane w wyniku analizy przepisów dotyczących zatrzymania wadium (art. 46 ust. 4a i 5 d.p.z.p., których odpowiednikiem aktualnie jest art. 98 ust. 6 u.p.z.p.). Jak bowiem zauważono, obowiązki spoczywające na wykonawcach wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne dotyczące składania w wyznaczonym terminie

---

<sup>258</sup> Sygn. akt: II CA 489/06, LEX nr 621219

<sup>259</sup> Ibidem

<sup>260</sup> Sygn. akt: XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482

<sup>261</sup> Wyrok KIO z 17.09.2015 r., KIO 1936/15, LEX nr 2026869

wymaganych podmiotowych lub przedmiotowych środków dowodowych, dokumentów i oświadczeń, jak również wyrażania zgody na poprawienie innej omyłki, stanowią świadczenie niepodzielne<sup>262</sup>. Niepodzielność świadczenia wynika z faktu, iż pomimo wielości po stronie podmiotowej (kilku konsorcjantów), składana jest jedna, wspólna oferta na jedno zamówienie i wszystkie obowiązki wykonawców muszą być postrzegane wspólnie. Tylko bowiem realizacja obowiązków przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne wywołuje skutek w postaci możliwości wyboru oferty lub zawarcia umowy. Częściowe wykonanie ciężących na nich obowiązków nie ma natomiast żadnej wartości dla zamawiającego<sup>263</sup>. Jeżeli więc jeden z wykonawców nie zrealizuje czynności, do której jest zobowiązany na etapie postępowania, konsekwencje powyższego, w postaci sankcji, czy to odrzucenia oferty, czy także zatrzymania wadium, znajdą zastosowanie do wszystkich konsorcjantów, niezależnie od tego, iż pozostali dochowali należytej staranności i wykonali spoczywające na nich obowiązki<sup>264</sup>.

W pełni podzielam prezentowany powyżej pogląd. Czynności podejmowane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie postępowania i dotyczące ich wspólnej oferty, nie tylko wymienione w art. 98 ust. 6 u.p.z.p. (z którymi wiąże się zatrzymanie wadium), ale wszystkie, do których wykonania są zobowiązani w celu doprowadzenia do wyboru ich oferty i zawarcia z nimi umowy, nie mogą być uznane za świadczenie podzielne w rozumieniu art. 379 § 2 k.c. Zgodnie bowiem z tym przepisem, świadczenie jest podzielne, jeżeli może być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Tymczasem brak wykonania obowiązków przez któregokolwiek z konsorcjantów w toku postępowania wpływa w istotny sposób na przedmiot zobowiązania, gdyż wiąże się z zastosowaniem sankcji odrzucenia wspólnej oferty i tym samym uniemożliwia zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, należy uznać, że choć prawodawca nie ustanowił w przepisach u.p.z.p. w sposób jednoznaczny solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie postępowania, to należy ją wywodzić z ogólnych zasad kodeksu cywilnego, który znajduje zastosowanie do czynności podejmowanych przez wykonawców w związku z brzmieniem art. 8 ust. 1 u.p.z.p. Pozostaje to również w zgodności z naturą stosunku łączącego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, gdyż zgodnie z art. 58 ust. 5 u.p.z.p., przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się

---

<sup>262</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, LEX nr 2510245

<sup>263</sup> Ibidem

<sup>264</sup> Ibidem

odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Na podstawie zaś tego przepisu, grupę wykonawców (konsorcjum) traktuje się jak pojedynczego wykonawcę, co oznacza również, że czynności podejmowane przez konsorcjantów traktuje się jednorodnie.

### **3.5.7. Wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie**

Zasady ponoszenia odpowiedzialności względem zamawiającego przez konsorcjum na etapie postępowania pozostają również w związku z instytucją wadium zabezpieczającego ofertę.

U.p.z.p. nie zawiera definicji analizowanego pojęcia. Dla jego określenia następuje odwołanie do przepisu art. 70<sup>4</sup> k.c., zgodnie z którym „*W warunkach aukcji albo przetargu można zastrzec, że przystępujący do aukcji albo przetargu powinien, pod rygorem niedopuszczenia do nich, wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium)*”.

Celem wniesienia wadium jest zabezpieczenie interesów zamawiającego, polegające na minimalizacji ryzyka bezskutecznego procedowania wyboru wykonawcy. Chodzi zatem o stworzenie gwarancji dla zamawiającego, że dany wykonawca jest poważnie zainteresowany udziałem w postępowaniu. Ma ono zatem służyć instytucjom zamawiającym i dyscyplinować wykonawców biorących udział w procedurze zamówieniowej<sup>265</sup>.

O tym, czy w danym postępowaniu konieczne jest wniesienie wadium wraz z ofertą decyduje zamawiający, dając temu wyraz w dokumentach zamówienia<sup>266</sup>. Wadium jest wnoszone w określonej przez zamawiającego wysokości<sup>267</sup>, przed upływem terminu składania ofert i ma za zadanie zabezpieczać ofertę na cały okres związania ofertą<sup>268</sup>. W związku z tym wykonawca powinien utrzymywać wadium nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą<sup>269</sup>. Wyjątkiem są sytuacje, w której zamawiający dokonuje zwrotu wadium<sup>270</sup>.

Funkcje wadium są realizowane poprzez jego zatrzymanie w sytuacjach szczegółowo określonych przez ustawodawcę. Może ono nastąpić na etapie prowadzenia postępowania<sup>271</sup> lub po wyborze najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do wybranego wykonawcy<sup>272</sup>.

---

<sup>265</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 97, teza nr 2.

<sup>266</sup> Art. 97 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>267</sup> Art. 97 ust. 2 u.p.z.p. i art. 281 ust. 4 u.p.z.p.

<sup>268</sup> Art. 97 ust. 5 u.p.z.p.

<sup>269</sup> Ibidem

<sup>270</sup> Art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2 u.p.z.p.

<sup>271</sup> art. 98 ust. 6 pkt 1 u.p.z.p.

<sup>272</sup> art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 u.p.z.p.

Zatrzymanie wadium następuje wówczas, gdy wykonawcy postępują w taki sposób, że powstaje uzasadniona wątpliwość co do tego, czy rzeczywiście są zainteresowani zawarciem umowy. Prawodawca określił zamknięty katalog działań wykonawcy, które skutkują zastosowaniem tej sankcji.

Na etapie postępowania, sankcjonowane są zachowania wykonawcy, który nie reaguje na konkretne żądania zamawiającego odnośnie uzupełnienia przedmiotowych lub podmiotowych środków dowodowych, oświadczenia wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 u.p.z.p. lub innych dokumentów i oświadczeń lub do wyrażenia zgody na poprawienie innej omyłki<sup>273</sup>.

Z kolei przesłanki zatrzymania wadium po wyborze najkorzystniejszej oferty dotyczą takich sytuacji, w których swoim nieuzasadnionym działaniem wybrany wykonawca uniemożliwia zawarcie z nim umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>274</sup>.

W uproszczeniu, wadium będące swego rodzaju kaucją podlegającą zatrzymaniu przez zamawiającego w określonych sytuacjach, ma zabezpieczać zamawiającego przed nierzetelnymi wykonawcami, którzy swoim postępowaniem mogliby zakłócać proces wyboru oferty, a następnie zawarcia umowy.

Przepisy u.p.z.p. przewidują kilka postaci wadium, z których mogą skorzystać wykonawcy: pieniężną, gwarancję bankową, gwarancję ubezpieczeniową oraz poręczenia udzielane przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (tekst jedn.: Dz. U. z 2024 r. poz. 419)<sup>275</sup>. Wniesienie wadium w postaci pieniężnej nie budzi większych wątpliwości praktycznych. Dużo bardziej problematyczne jest wnoszenie wadium w postaciach niepieniężnych, w szczególności w gwarancjach bankowych lub ubezpieczeniowych, które są jednymi z najczęściej wybieranych przez wykonawców.

Gwarancja bankowa została zdefiniowana w art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe<sup>276</sup> jako jednostronne zobowiązanie gwaranta (którym jest bank) do wykonania świadczenia pieniężnego na rzecz beneficjenta gwarancji, po spełnieniu przez beneficjenta gwarancji określonych warunków zapłaty, stwierdzonych dokumentami, dołączonymi do żądania zapłaty. W przypadku gwarancji bankowej wnoszonej jako wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jej stronami są: zleceniodawca (wykonawca), beneficjent

---

<sup>273</sup> art. 98 ust. 6 pkt 1 u.p.z.p.

<sup>274</sup> art. 98 ust. 6 pkt 2 i 3 u.p.z.p.

<sup>275</sup> Art. 97 ust. 7 u.p.z.p.

<sup>276</sup> t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2488 z późn. zm.

gwarancji, na którego rzecz gwarancja jest wystawiana (zamawiający) oraz bank (gwarant) udzielający gwarancji.

Gwarancja ubezpieczeniowa nie została szczegółowo uregulowana w polskim systemie prawnym. Ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej<sup>277</sup> w art. 4 ust. 7 pkt 1 wymienia jedynie umowy gwarancji wśród czynności ubezpieczeniowych. Nie stanowią one jednak umów ubezpieczenia, uregulowanych w Kodeksie cywilnym, ale są przykładem umów nienazwanych. Przyjmuje się jednak, że do gwarancji samoistnych stosuje się przepisy art. 391 k.c., regulujące umowę o świadczenie przez osobę trzecią<sup>278</sup>.

Na podstawie przepisów ustawowych, orzecznictwa i piśmiennictwa można sformułować obowiązkowe elementy gwarancji wadialnej (bankowej lub ubezpieczeniowej), których brak może świadczyć o nieprawidłowym jej wniesieniu. Należą do nich:

- podanie nazwy postępowania, zamawiającego (beneficjenta gwarancji), wykonawcy oraz wystawcy gwarancji (ubezpieczyciela/banku)<sup>279</sup>,
- wskazanie kwoty wadium<sup>280</sup>,
- wskazanie, iż wypłata kwoty wadium nastąpi w przypadku wystąpienia jednej z okoliczności przewidzianych w art. 98 ust. 6 ustawy Pzp<sup>281</sup>,
- określenie terminu, w jakim gwarancja obowiązuje – z treści dokumentu powinno jednoznacznie wynikać, że zabezpiecza ona ofertę przez cały okres, w jakim wykonawca jest nią związany<sup>282</sup>,
- zobowiązanie wystawcy do nieodwołalnej i bezwarunkowej zapłaty zamawiającemu kwoty wadium na jego pierwsze, pisemne wezwanie<sup>283</sup>, przy czym nie jest warunkiem gwarancji wskazanie sposobu przesłania wezwania do zapłaty (np. poprzez wskazanie adresu, na który wezwanie ma być przesłane, czy podanie godzin dostępności biura<sup>284</sup>).

Ze względu na swoją istotną funkcję zabezpieczającą i dyscyplinującą, w sytuacji gdy wadium nie zostało wniesione albo zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, albo gdy nie zostało

---

<sup>277</sup> t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 838 z późn. zm.

<sup>278</sup> por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 1996 r., II CRN 38/96, OSNC 1996/9/122

<sup>279</sup> Wyrok KIO z dnia 24 kwietnia 2017 r., KIO 632/17, LEX nr 2288062

<sup>280</sup> Wyrok KIO z dnia 13 stycznia 2017 r., KIO 2489/16, LEX nr 2196093

<sup>281</sup> Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2017 r., KIO 1067/17, LEX nr 2324452

<sup>282</sup> Wyrok KIO z dnia 17 listopada 2016 r., KIO 2062/16, LEX nr 2162702

<sup>283</sup> Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2017 r., KIO 653/17, LEX nr 2288079; wyrok KIO z dnia 19 sierpnia 2016 r., KIO 1441/16, LEX nr 2140646

<sup>284</sup> Wyrok KIO z dnia 10 listopada 2017 r., KIO 2278/17, LEX nr 2413824

utrzymane przez cały okres związania ofertą, przepisy przewidują odpowiednie sankcje wobec takiego niestaranego wykonawcy. W szczególności, następuje wówczas odrzucenie jego oferty, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 14 u.p.z.p. Ponieważ wadium zabezpiecza ofertę, nie stanowi wobec tego jej części<sup>285</sup> i dlatego też nie jest możliwe stosowanie do wadium instytucji uzupełniania lub wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych i innych dokumentów lub wyjaśnienia treści oferty, względnie poprawienia omyłek<sup>286</sup>. Stąd też wystąpienie nieprawidłowości wadium powoduje sankcję odrzucenia oferty, bez możliwości jej konwalidowania.

Podobnie traktuje się wykonawcę, który złożył wniosek o wcześniejszy, niż wynikający z ogólnych zasad, zwrot wadium. W takim przypadku złożenie wniosku oznacza *de facto* wycofanie się z postępowania przez wykonawcę, który traci również prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej<sup>287</sup>.

Określone wątpliwości wiążą się również ze sposobem wniesienia wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy jednak zaznaczyć, że nie dotyczą one wadium wnoszonego w pieniądzu. W takim bowiem przypadku, zamawiający dysponuje określonymi środkami pieniężnymi przekazanymi mu na rachunek bankowy i z jego punktu widzenia nie jest istotne, czy kwota wadium została wniesiona przez jednego wykonawcę w całości, czy w części przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Ważne jest, aby przedmiotowa kwota odpowiadała wysokości ustanowionego w postępowaniu wadium. Zamawiający, w sytuacji, gdy ziszcza się przesłanki z art. 98 ust. 6 u.p.z.p. informuje wykonawcę lub konsorcjum o zatrzymaniu wadium.

Zupełnie inaczej kształtuje się natomiast procedura zatrzymania wadium w przypadku, gdy zostało ono wniesione w postaci niepieniężnej (gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej). W takim przypadku, zamawiający nie dysponuje bowiem środkami pieniężnymi wykonawcy (lub grupy wykonawców), lecz jedynie bezwarunkowym i nieodwołalnym zobowiązaniem gwaranta – banku lub ubezpieczyciela – do zapłaty określonej kwoty na jego rzecz, w sytuacji, gdy ziszcza się przesłanki zatrzymania wadium. Zamawiający nie może więc ograniczyć się do poinformowania wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie o

---

<sup>285</sup> Wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2016 r., KIO 507/16

<sup>286</sup> Wyrok KIO z dnia 23 grudnia 2022 r., KIO 3306/22

<sup>287</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 98, teza nr 3.

zatrzymaniu wadium. W takiej sytuacji, musi jeszcze skierować wezwanie do zapłaty do gwaranta, tj. banku lub ubezpieczyciela.

Jednakże skuteczność takiego wezwania zależy od treści gwarancji bankowej lub ubezpieczeniowej. Jak tymczasem wskazuje się w orzecznictwie, gwarancja wadialna jest zobowiązaniem o charakterze abstrakcyjnym, a zatem pozostaje niezależna od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego, leżącego u podstaw zaciągnięcia zobowiązania z tytułu gwarancji. Z drugiej strony, jako zobowiązanie nieakcesoryjne (samodzielne) istnieje niezależnie od istnienia i zakresu innego zobowiązania (czyli umowy konsorcjum i oferty złożonej w postępowaniu)<sup>288</sup>.

W takim stanie rzeczy, pojawiły się w praktyce wątpliwości, czy gwarancje wadialne wnoszone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, które w swojej treści nie wymieniają wszystkich konsorcjantów jako zleceniodawców/zobowiązanych z jej tytułu, można uznać za prawidłowo zabezpieczające interes zamawiającego i umożliwiające wystosowanie skutecznego wezwania do zapłaty.

W przedstawionym zakresie sformułowane zostały dwa odmienne poglądy orzecznicze. Według pierwszego z nich, gwarancja wadialna powinna wymieniać nazwy wszystkich konsorcjantów składających ofertę, aby możliwe było skuteczne dochodzenie roszczeń z tytułu gwarancji. Stosownie do drugiego zapatrywania, wystarczy wskazanie tylko jednego z nich.

Zwolennicy drugiej koncepcji, podnoszą, iż odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest solidarna z mocy ustawy i tym samym, treść gwarancji nie ma na nią wpływu<sup>289</sup>. W związku z tym formułowana jest teza, że wadium zostaje skutecznie wniesione, gdy w treści gwarancji bankowej jest wskazany jeden z konsorcjantów<sup>290</sup>. W szczególności, przez dłuższy czas w orzecznictwie, nie budził wątpliwości przypadek, w którym gwarancja wadialna była wystawiona na jednego z wykonawców, będącego prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem, uprawnionym do reprezentowania pozostałych członków konsorcjum<sup>291</sup>.

---

<sup>288</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r., IV CSK 86/17, LEX nr 2510245

<sup>289</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 8 kwietnia 2016 r., XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482

<sup>290</sup> Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2016 r., KIO 2789/15, LEX nr 1995285

<sup>291</sup> Wyrok KIO z dnia 11 października 2016 r., KIO 1795/16, LEX nr 2155316

Zgodnie z tym poglądem, niewymienienie w treści gwarancji wszystkich konsorcjantów jako wykonawcy nie powoduje wadliwości tego dokumentu, wobec czego nie może to prowadzić do odrzucenia jego oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 14 u.p.z.p.<sup>292</sup>.

Zwolennicy zapatrywania o niewadliwości takiej gwarancji opierają jego zasadność na trzech argumentach: obowiązku stosowania przepisów dotyczących pojedynczego wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, istnieniu solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów względem zamawiającego oraz bezwarunkowym charakterze gwarancji wadialnej.

Odnosnie pierwszego z nich, zwraca się uwagę, że w świetle art. 58 ust. 5 (dawniej art. 23 ust. 3 d.p.z.p.) konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca, a skoro obowiązki nałożone w przepisach regulujących obowiązek i sposób wniesienia wadium dotyczą wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca na mocy art. 58 ust. 5 u.p.z.p.<sup>293</sup>. Tym samym, gwarancja wadialna, która w swojej treści odwołuje się do podstaw zatrzymania wadium (art. 98 ust. 6 u.p.z.p.), odnosi się do wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Jeżeli bowiem choćby jeden z konsorcjantów uchyla się od ustawowych obowiązków wymienionych w tym przepisie, to istnieje domniemanie, że w podobny sposób zachowali się pozostali<sup>294</sup>. Podobnie należy oceniać zachowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie zawarcia umowy. Zważywszy na fakt, że zamawiający może zawrzeć umowę jedynie z wykonawcą wybranym w postępowaniu, to w rezultacie, uchylanie się przez jednego z konsorcjantów od podpisania umowy, uniemożliwia jej zawarcie z całym konsorcjum. *De facto*, poza sferą zainteresowań zamawiającego pozostaje kwestia, z jakich przyczyn umowa ze strony wykonawców nie została podpisana: czy w wyniku wspólnego braku zgody wszystkich

---

<sup>292</sup> Zob. m.in. wyrok KIO: z 18.07.2016 r., KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653; wyrok KIO z 5.03.2015 r., KIO 336/15, LEX nr 1659276; wyrok KIO z 25.05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027; wyrok KIO z 27.08.2014 r., KIO 1633/14, LEX nr 1532329; wyrok KIO z 6.08.2014 r., KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14, LEX nr 1511848; wyrok KIO z 15.04.2014 r., KIO 649/14, KIO 655/14, LEX nr 1460584; wyrok KIO z 3.09.2013 r., KIO 2033/13, LEX nr 1408959; z 11.07.2013 r., KIO 1546/13, LEX nr 1394067; wyrok KIO z 3.09.2013 r., KIO 2033/13, LEX nr 1408959; wyrok KIO z 6.06.2013 r., KIO 1232/13, KIO 1233/13, LEX nr 1350004; wyrok KIO z 8.07.2011 r., KIO 1320/11, LEX nr 863167 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 14.10.2015 r., XXIII Ga 1313/15, LEX nr 2088710; wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5.12.2016 r., XIII Ga 1094/16, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 1.10.2007 r., XIX Ga 408/07, niepubl.; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 20.05.2008 r., V Ca 903/08, LEX nr 1713200

<sup>293</sup> Zob. wyrok KIO z 30.09.2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294

<sup>294</sup> Zob. wyrok KIO z 18.07.2016 r., KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653



wykonawców na jej zawarcie, czy też ze względu na odmowę jednego z członków grupy. Skutek pozostaje bowiem ten sam – umowa nie może być zawarta<sup>295</sup>.

Innymi słowy, skuteczność gwarancji wadialnej nieprecyzującej w swojej treści wszystkich członków konsorcjum, miałyby wynikać z istoty wspólnego ubiegania się o zamówienie wyrażonej w art. 58 ust. 5 u.p.z.p. Skoro bowiem w świetle tego przepisu, konsorcjum w postępowaniu funkcjonuje jako jednolity podmiot, to czynności, bądź zaniechania jednego z wykonawców nie pozostają bez wpływu na całą grupę.

Drugim argumentem przemawiającym za prawidłowością takiej gwarancji wadialnej jest istnienie solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, wywodzonej z art. 370 k.c. oraz art. 380 § 1 k.c.<sup>296</sup> W konsekwencji, członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, wobec czego solidarnie ponoszą również konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregokolwiek z członków konsorcjum, w tym jego lidera.

Solidarność członków konsorcjum może – zgodnie z art. 369 k.c. – także wynikać z umowy. Jeżeli więc w umowie konsorcjum zastrzeżono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za wspólne złożenie oferty, w tym za jej przygotowanie, a więc i za zabezpieczenie jej wadium, to, zdaniem niektórych składów orzekających KIO, gwarancja wadialna wystawiona na jednego członka konsorcjum prawidłowo zabezpiecza interes zamawiającego<sup>297</sup>.

Jako ostatni, trzeci argument uzasadniający tezę o prawidłowości złożenia gwarancji wadialnej, w której wskazany jest wyłącznie jeden z konsorcjantów, wymienia się jej bezwarunkowy charakter. Jak podkreśla się w orzecznictwie, jest ona abstrakcyjnym zobowiązaniem, w ramach którego gwarant (wystawca gwarancji) bezwarunkowo zobowiązuje się do zapłaty określonej sumy pieniężnej na rzecz beneficjenta gwarancji (zamawiającego) w przypadku spełnienia przesłanek wskazanych w treści gwarancji. Zobowiązaniem z gwarancji nie jest wykonawca zlecający wystawienie gwarancji i po wystawieniu gwarancji nie ma on żadnych podmiotowych uprawnień do wpływania na treść czy realizację zobowiązań gwarancyjnych<sup>298</sup>. Dodatkowo wykonawcę z bankiem (ubezpieczycielem) łączy inny stosunek zobowiązaniowy,

---

<sup>295</sup> Ibidem

<sup>296</sup> Zob. wyrok KIO: z 5.03.2015 r., KIO 336/15, LEX nr 1659276; wyrok KIO z 25.05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027

<sup>297</sup> Wyrok KIO z 25.05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027

<sup>298</sup> Zob. szerzej wyrok KIO z 5.03.2015 r., KIO 336/15, LEX nr 1659276

w ramach którego gwarant zobowiązał się wystawić gwarancję na rzecz zamawiającego-beneficjenta gwarancji. Nie istnieje również żaden węzeł zobowiązaniowy łączący w ramach gwarancji wykonawcę z zamawiającym<sup>299</sup>.

W konsekwencji, za skuteczne przyjmuje się w orzecznictwie wniesienie wadium w postaci gwarancji wadialnej (bankowej lub ubezpieczeniowej) wystawionej na jednego z członków konsorcjum, który zarazem jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem, uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów. W takim przypadku, nawet brak wskazania, iż wykonawca występuje w ramach konsorcjum oraz wymienienia jego partnerów w treści gwarancji nie mogło stać na przeszkodzie uznania takiego wadium za prawidłowe i zabezpieczające w sposób pełny interesy zamawiającego<sup>300</sup>.

W orzecznictwie KIO pojawił się jednak odmienny pogląd, który obecnie wydaje się przeważać, zgodnie z którym dla skuteczności wniesienia wadium konieczne jest prawidłowe oznaczenie wykonawcy, tj. wszystkich podmiotów wspólnie składających ofertę<sup>301</sup>. W szczególności gwarancja taka musi wyraźnie wskazywać, iż dotyczy ona oferty składanej wspólnie przez kilku wykonawców<sup>302</sup>.

Stanowisko to, podobnie jak pogląd przeciwny, oparte jest na trzech głównych argumentach: po pierwsze, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się jako konsorcjum wyodrębnionym podmiotem praw i obowiązków, po drugie, braku jednoznacznej regulacji ustanawiającej solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na etapie postępowania i po trzecie – ze względu na formalny charakter gwarancji wadialnej.

Odnosnie pierwszego z nich, w orzecznictwie KIO oraz sądów powszechnych zwraca się uwagę, że choć zgodnie z art. 58 ust. 5 u.p.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, to jednak nie uzyskują oni podmiotowości prawnej. Konsorcjum, jako takie, nie może zaciągać zobowiązań na własny rachunek, a należący do niego wykonawcy nie tworzą niczego poza

---

<sup>299</sup> Zob. wyrok KIO z 30.09.2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294

<sup>300</sup> Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/informacje-roczne-kio> (dostęp: 28.08.2024 r.), s. 47–49

<sup>301</sup> Por. wyrok KIO z 17.09.2015 r., KIO 1936/15, LEX nr 2026869; z 1.07.2015 r., KIO 1251/15, LEX nr 1771695; z 22.05.2015 r., KIO 974/15, LEX nr 1798031; wyrok KIO z 7.01.2015 r., KIO 2694/14, LEX nr 1650329; wyrok KIO z 15.09.2014 r., KIO 1785/14, LEX nr 1538382; wyrok KIO z 20.07.2010 r., KIO 1408/10, LEX nr 612192; oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.09.2015 r., XXIII Ga 1041/15, LEX nr 2088809; a także wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 22.01.2016 r., XII Ga 697/15, niepubl.

<sup>302</sup> Wyrok KIO z 22.05.2015 r., KIO 974/15, LEX nr 1798031

pewną grupą podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego.

Dodatkowo z brzmienia art. 58 ust. 2 i 5 u.p.z.p. wynika, że w takim przypadku występuje nadal wielość podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym, zgodnie z art. 58 ust. 5 u.p.z.p., przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 98 ust. 6 u.p.z.p. materializują się odrębnie dla każdego z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego<sup>303</sup>.

W kontekście solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum, w orzecznictwie zwracano uwagę, że na etapie złożenia oferty nie można jej wywodzić z art. 445 ust. 1 p.z.p. ani z art. 369 czy 370 k.c. Solidarna odpowiedzialność wynikająca z art. 445 ust. 1 u.p.z.p. dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy. A *contrario*, odpowiedzialność ta nie obejmuje etapu postępowania przetargowego, w tym okoliczności mogących stanowić podstawy zatrzymania wadium (takich jak niezłożenie dokumentów lub oświadczeń na wezwanie skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 u.p.z.p.)<sup>304</sup>.

Ponadto wskazuje się, że solidarna odpowiedzialność wynikająca z Prawa zamówień publicznych dotyczy jedynie relacji między wykonawcami ubiegającymi się wspólnie o udzielenie zamówienia a zamawiającym i w żaden sposób nie kształtuje relacji prawnych z podmiotami trzecimi, takimi jak gwarant (bank, towarzystwo ubezpieczeniowe)<sup>305</sup>.

Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia nie można również wywodzić z art. 370 k.c., ponieważ utworzenie konsorcjum nie powoduje powstania wspólnego mienia, którego dotyczyłoby zobowiązanie wynikające z oferty wspólnej, skoro na etapie składania ofert nie można mówić o wspólnym mieniu<sup>306</sup>.

Solidarność nie może być także wywiedziona z art. 369 k.c., zgodnie z którym zobowiązanie jest solidarne, jeżeli wynika to z ustawy lub czynności prawnej. Z ustawy wynika wszakże odpowiedzialność solidarna za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Odpowiedzialność taka nie wypływa również z czynności prawnej, ponieważ taką czynnością byłaby wyłącznie umowa o zamówienie publiczne. Umowa konsorcjum reguluje tymczasem jedynie stosunki *inter partes* (czyli tylko stosunki między uczestnikami konsorcjum), a nie *erga omnes* (czyli nie relacje między uczestnikami

---

<sup>303</sup> Wyrok KIO z 20.07.2010 r., KIO 1408/10, LEX nr 612192

<sup>304</sup> Zob. wyrok KIO: z 15.03.2012 r., KIO 421/12, LEX nr 1131200; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.09.2015 r., XXIII Ga 1041/15, LEX nr 2088809

<sup>305</sup> Ibidem

<sup>306</sup> Wyrok KIO z 17.09.2015 r., KIO 1936/15, LEX nr 2026869

konsorcjum a zamawiającym czy osobami trzecimi). Stosunek taki nie rodzi skutków prawnych wobec osób trzecich<sup>307</sup>. Umowa konsorcjum nie powoduje powstania odpowiedzialności solidarnej wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ponieważ wywołuje skutek tylko między jej stronami, nie zaś wobec zamawiającego, który zazwyczaj w chwili złożenia oferty nawet nie wie o istnieniu umowy konsorcjum, ponieważ nie istnieje obowiązek załączania takiej umowy do oferty<sup>308</sup>.

Ostatnim argumentem, który miałyby przemawiać za koniecznością wskazania wszystkich członków konsorcjum w gwarancji wadialnej jest jej formalny i abstrakcyjny charakter. Jak bowiem przyjęto w orzecznictwie, zobowiązanie z tytułu gwarancji oraz zakres odpowiedzialności gwaranta są niezależne od sposobu ukształtowania relacji prawnej między wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia a zamawiającym; tym samym powoływanie się wobec gwaranta na okoliczności dotyczące relacji wykonawców z zamawiającym może być uznane za bezskuteczne<sup>309</sup>. W przypadku wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, gwarant najprawdopodobniej odmówiłby wypłaty, ponieważ na podstawie umowy gwarancji jest on zobowiązany do świadczenia na rzecz beneficjenta w sytuacjach opisanych w umowie, odnoszących się wyłącznie do wskazanego tam imiennie wykonawcy (zleceniodawcy gwarancji). Jednakże, z uwagi na formalizm gwarancji, jakkolwiek interpretacja rozszerzająca byłaby niedopuszczalna. Wystawca gwarancji miałby więc prawo uznać, że podmiot niewymieniony wprost w treści gwarancji jest osobą trzecią w stosunku do wystawcy gwarancji, za której działania i zaniechania gwarant nie ponosi odpowiedzialności. Zwolennicy tego poglądu wskazują, że w sensie materialnoprawnym taka gwarancja ubezpieczeniowa nie będzie miała skutków zabezpieczających w stosunku do pozostałych członków konsorcjum. Z kolei w sensie gospodarczym nie zabezpieczy wystarczająco interesów zamawiającego, które w przetargach dotyczących zamówień publicznych powinny być głównym punktem odniesienia<sup>310</sup>.

Innymi słowy, z uwagi na abstrakcyjny charakter zobowiązania, jakim jest gwarancja wadialna, o zakresie odpowiedzialności gwaranta i uprawnieniach beneficjenta decyduje wyłącznie treść

---

<sup>307</sup> Wyrok KIO z 22.05.2015 r., KIO 974/15, LEX nr 1798031

<sup>308</sup> Zob. wyrok KIO z 8.10.2015 r., KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15, LEX nr 1933385

<sup>309</sup> E. Kowalewski, W. Mogilski, *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, Wiadomości Ubezpieczeniowe 2014, nr 1, s. 28

<sup>310</sup> Ibidem

gwarancji, która powinna być sformułowana maksymalnie precyzyjnie i ściśle, w tym w zakresie dotyczącym zobowiązanych z tytułu gwarancji<sup>311</sup>.

Powyższe, znacząco odmienne, linie orzecznicze prowadziły do rozbieżności w stosowaniu przepisów przez zamawiających. W związku z powyższym, wykonawcy, znajdujący się w podobnych sytuacjach, w zależności od interpretacji, jaką zamawiający podzielał, traktowani byli w zgoła odmienny sposób.

Nowy kierunek, zmierzający do ujednoczenia poglądów w omawianym zakresie, zapoczątkował Sąd Najwyższy w wyroku z 15.02.2018 r.<sup>312</sup>. W stanie faktycznym sprawy, o zamówienie ubiegali się wspólnie dwaj wykonawcy, umocowując tylko jednego z nich do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tymczasem, w treści gwarancji ubezpieczeniowej jako zleceniodawcę i oferenta oznaczono wyłącznie jednego wykonawcę, który zarazem był pełnomocnikiem konsorcjum.

Punktem wyjścia rozważań Sądu Najwyższego było stwierdzenie, iż wniesienie wadium w formie niepieniężnej jest uznawane za prawidłowe i wystarczające wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający na jego podstawie uzyskuje prawo do żądania od gwaranta zapłaty oznaczonej kwoty, bez względu na to, który z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie przyczynił się do wystąpienia przesłanek określonych w art. 98 ust. 6 u.p.z.p. Stąd, jak podkreślili sędziowie, konieczne jest każdorazowe badanie gwarancji wadialnej w konkretnym przypadku. Ze względu na brak szczególnych uregulowań odnośnie do gwarancji ubezpieczeniowej w ustawie z 11.11.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, Sąd Najwyższy oparł swoją argumentację o przepisy ustawy z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe, określające zasady udzielania gwarancji bankowej oraz wypracowane na gruncie tej ustawy orzecznictwo. W tym zakresie zwrócono uwagę, że gwarancja ubezpieczeniowa, jako jednostronne zobowiązanie gwaranta, ma charakter nieakcesoryjny. Oznacza to brak możliwości powołania się przez gwaranta na zarzuty wynikające z innego stosunku prawnego niż gwarancyjny, np. przysługujące dłużnikowi względem wierzyciela (beneficjenta gwarancji) lub przysługujące gwarantowi względem zleceniodawcy udzielenia gwarancji. Jednakże, zdaniem Sądu Najwyższego, w oparciu o poglądy formułowane w orzecznictwie (m.in. w wyrokach SN z 10.02.2010 r.<sup>313</sup> oraz z 27.03.2013 r.<sup>314</sup>), strony mogą korzystać ze swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.) i ukształtować przesłanki powstania zobowiązania gwaranta na różne

---

<sup>311</sup> Wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2016 r., KIO 1363/16

<sup>312</sup> Sygn. akt: IV CSK 86/17, LEX nr 2510245

<sup>313</sup> Sygn. akt: V CSK 233/09, OSNC 2010/11/146

<sup>314</sup> Sygn. akt: I CSK 630/12, OSNC-ZD 2014/1/14

sposoby. Na przykład mogą postanowić, że gwarant będzie zobowiązany do realizacji gwarancji wyłącznie w przypadku wystąpienia wypadku gwarancyjnego (niewykonania lub nienależytego wykonania zabezpieczanego zobowiązania) albo w przypadku przedstawienia gwarantowi określonych dokumentów. Dla gwarancji „bezwarunkowych” i „na pierwsze żądanie”, stosowanych również w systemie zamówień publicznych, obowiązek zapłaty uzależniony jest wyłącznie od skierowanego przez beneficjenta żądania zapłaty. Dlatego też, zdaniem Sądu Najwyższego, ustalenie stopnia zależności pomiędzy zobowiązaniem gwaranta a istnieniem, treścią i zdarzeniami dotyczącymi zabezpieczonego zobowiązania dokonywane jest w drodze wykładni oświadczeń woli na zasadach określonych w art. 65 k.c., a zatem z uwzględnieniem nie tylko treści, ale całego kontekstu, w tym okoliczności, w jakim zobowiązanie to zostało złożone. Posłużenie się typowym dla tego rodzaju czynności sformułowaniem „bezwarunkowo” i „na pierwsze żądanie” nie wyklucza więc w tym zakresie stosowania art. 65 k.c. Z drugiej jednak strony, jak zauważył Sąd Najwyższy, również odwołanie się w treści gwarancji do stosunku prawnego objętego zabezpieczeniem, nie nadaje zobowiązaniu gwaranta charakteru „akcesoryjności”.

Idąc dalej, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15.02.2018 r. zwrócił uwagę, że ze względu na nieakcesoryjny charakter udzielenia zabezpieczenia wierzycielowi, jakim jest gwarancja, sama okoliczność, że świadczenie gwaranta nie zrealizuje celu zabezpieczenia (np. zabezpieczane zobowiązanie było nieważne albo jego podstawa odpadła) nie dezaktualizuje jego zobowiązania, a jedynie wpływa na relacje między dłużnikiem a beneficjentem gwarancji. Gwarancja jest bowiem instrumentem, którego celem jest stworzenie szybkiego i pewnego zabezpieczenia, bez konieczności angażowania stron stosunku gwarancji w ustalenie istnienia, ważności czy kwestię niewykonania zabezpieczanego zobowiązania. Ponadto, zdaniem Sądu Najwyższego, dla określenia zakresu zobowiązania gwaranta decydujące znaczenie ma całościowa wykładnia dokumentu gwarancji zgodnie z dyrektywami zawartymi w art. 65 k.c., w szczególności jej warunków i formalnych przesłanek zapłaty.

Jednocześnie zaakceptowano w pełni pogląd, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są odpowiedzialni solidarnie za wykonanie zobowiązania, które zabezpiecza wadium. Źródła solidarności Sąd Najwyższy wywodzi z faktu, iż przedmiot obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 98 ust. 6 u.p.z.p.), stanowią świadczenia niepodzielne, a ponadto wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie składają jedną ofertę na jedno zamówienie. Niepodzielność świadczenia potwierdza okoliczność, iż częściowe wykonanie wszystkich obowiązków składających się na

przedmiot zamówienia nie ma żadnej wartości dla zamawiającego, skoro uniemożliwia wybór oferty lub zawarcie umowy.

Jednak jak zauważył Sąd, w przypadku wadium wniesionego w postaci gwarancji, o przesłankach realizacji wynikających z niej uprawnień, decyduje *de facto* jej treść. Stąd też dla skuteczności zabezpieczenia interesów zamawiającego konieczne jest dokonanie wykładni sformułowania „z przyczyn leżących po jego stronie”, użytego w art. 98 ust. 6 u.p.z.p., w kontekście uchybień wykonawcy skutkujących zatrzymaniem wadium. Zdaniem Sądu Najwyższego, dokonując wykładni z uwzględnieniem art. 65 k.c., konieczne jest rozważenie, czy sformułowanie to obejmuje także uchybienia wykonawcy, który nie został wprost wskazany w treści gwarancji, ale za które to uchybienia odpowiada wykonawca w niej wymieniony (zleceniodawca gwarancji). Powstaje zatem pytanie, czy określenie „przyczyn leżących po stronie wykonawcy” można zrównać z pojęciem „przyczyn, za które on odpowiada”. Udzielenie odpowiedzi pozytywnej pozwoliłoby zasadniczo przyjąć, iż wniesienie gwarancji wadialnej wymieniającej w swojej treści tylko lidera konsorcjum, jest prawidłowe i skuteczne. Zdaniem Sądu Najwyższego, ewentualne skutki braku poinformowania gwaranta o tym, iż zleceniodawca działał jako lider grupy, nie zaś samodzielny wykonawca, mogłoby wpłynąć tylko na stosunek zlecenia gwarancji, natomiast pozostawałoby irrelevantne dla skuteczności zobowiązania gwaranta, które jest nieakcesoryjne.

Sąd Najwyższy w przedmiotowym wyroku nie rozstrzygnął zatem, czy gwarancja wadialna wystawiona na jednego z członków konsorcjum jest prawidłowa. Wskazał natomiast, że kluczowa jest w tym zakresie treść gwarancji, która może być różnie ukształtowana. Zwrócono jednak uwagę, że dla uznania, iż gwarancja zabezpiecza ofertę w sposób prawidłowy, konieczne jest wskazanie w jej treści, że wystąpienie jakiegokolwiek przyczyny zatrzymania wadium w odniesieniu do któregośkolwiek z członków konsorcjum będzie stanowić podstawę do jego zatrzymania.

Sąd Najwyższy skierował sprawę do ponownego rozpoznania przez sąd okręgowy, zalecając w tym zakresie rozważenie, czy pojęcie „z przyczyn leżących po jego stronie” może być utożsamione z pojęciem „z przyczyn, za które odpowiada”.

Sąd Okręgowy w Gdańsku rozpatrzył ponownie sprawę i w wyroku z 7.02.2019 r.<sup>315</sup>, ostatecznie stwierdził, iż gwarancja wadialna wniesiona przez jednego członka konsorcjum, w tym przypadku, nie zabezpieczała w sposób właściwy złożonej oferty. Jak stwierdził bowiem

---

<sup>315</sup> Sygn. akt: XII Ga 555/18, LEX nr 2984970

skład orzekający gwarancja wadialna może być uznana za skutecznie zabezpieczającą interesy zamawiającego, jeżeli w jakikolwiek sposób z jej treści można wywnioskować, że gwarant będzie zobowiązany do zapłaty kwoty wadium, w przypadku gdy okoliczności wymienione w art. 98 ust. 6 u.p.z.p. wystąpią w odniesieniu do wykonawcy rozumianego jako wszyscy członkowie konsorcjum. Zdaniem Sądu Okręgowego, taki wniosek można sformułować, gdy w treści gwarancji zostaną wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne lub przynajmniej zostanie zasygnalizowane, że zleceniodawca gwarancji działa jako lider większej grupy, działający także w imieniu i na rzecz innych wykonawców. Tylko wtedy gwarant będzie w stanie prawidłowo zidentyfikować wykonawcę biorącego udział w postępowaniu, co usuwa wszelkie wątpliwości interpretacyjne.

Sąd Okręgowy w Gdańsku w przedmiotowym wyroku wskazał, że ponieważ ofertę w postępowaniu złożyło dwóch wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to możliwość zaspokojenia interesów zamawiającego musiała obejmować wszystkie działania lub zaniechania „wykonawcy” rozumianego w kontekście wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ewentualnie w gwarancji musiałyby zostać wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu zrównane pojęcia „z przyczyn leżących po stronie wykonawcy/zleceniodawcy” oraz „przyczyn, za które wykonawca/zleceniodawca odpowiada”.

Równocześnie, Sąd Okręgowy podkreślił, iż solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów względem zamawiającego nie ma zasadniczego znaczenia dla rozstrzygnięcia, czy gwarancja wadialna wystawiona na jednego z nich jest prawidłowa. Ta bowiem, ze względu na swój abstrakcyjny charakter, pozostaje niezależna od istnienia i ważności zobowiązania podstawowego. Stąd też charakter, istnienie oraz zakres zobowiązania gwaranta określa sama umowa gwarancji.

Dlatego też, w ocenie Sądu Okręgowego w Gdańsku, aby uznać, że gwarancja jest prawidłowa, z jej treści powinno wynikać, iż obejmuje wszystkich członków konsorcjum.

Jednocześnie, zdaniem składu orzekającego, nie można skuteczności gwarancji niewymieniającej wszystkich konsorcjantów upatrywać w solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Jak bowiem sygnalizowano w dotychczasowym orzecznictwie, solidarna bierność to cecha stosunku zobowiązaniowego



występującego pomiędzy zamawiającym a wykonawcami<sup>316</sup>. Jeżeli gwarant miałby odpowiadać za działania i zaniechania nieznanymi sobie konsorcjantów, to takie rozszerzenie jego zobowiązania powinno wynikać z treści gwarancji. Przejawem powyższego mogłoby być przykładowo wskazanie, że pod pojęciem wykonawcy należy rozumieć nie tylko podmiot wprost wskazany w treści gwarancji, ale także inne podmioty, z którymi złoży on ofertę.

Ponieważ z gwarancji ubezpieczeniowej będącej przedmiotem analizy Sądu nie wynikało, aby gwarant rozszerzył swoją odpowiedzialność, ani nawet, że był świadomy zabezpieczenia oferty złożonej przez grupę wykonawców, w konsekwencji, skład orzekający uznał, iż wadium nie zostało wniesione skutecznie. W ocenie Sądu Okręgowego, rozszerzająca wykładnia odpowiedzialności gwaranta, obejmująca również przyczyny niewskazane w treści gwarancji, uzależniona byłaby wyłącznie od woli jej wystawcy. Nie ulega natomiast wątpliwości, że w takim przypadku, zakres odpowiedzialności gwaranta zostałby istotnie poszerzony.

Z analizy powyższych orzeczeń wynika zatem, iż, jak stwierdził Sąd Najwyższy, dla ustalenia prawidłowego zabezpieczenia oferty wadium, w którym wskazany jest tylko jeden z członków konsorcjum, konieczna jest ocena treści konkretnej gwarancji wadium. Natomiast sam fakt, iż wykonawca, na którego wystawiono gwarancję wadium był umocowany do wniesienia wadium w imieniu wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie ma znaczenia dla ustalenia zakresu, czy istnienia umowy gwarancji, z racji jej abstrakcyjnego charakteru. W związku z powyższym, aby gwarancja wadium mogła być skutecznie wniesiona przez jednego członka konsorcjum, z jej treści musi wynikać w sposób niepodważalny, że gwarancja obejmuje nie tylko zleceniodawcę gwarancji, ale również innych wykonawców biorących udział w postępowaniu. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gdańsku, istnieje wiele sposobów, za pomocą których można określić, iż gwarancja obejmuje wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: od jednoznacznego wymienienia wszystkich członków konsorcjum, co jest najbezpieczniejszym rozwiązaniem, przez stwierdzenie, że zleceniodawca gwarancji działa w imieniu grupy wykonawców, aż do rozszerzenia odpowiedzialności wystawcy gwarancji na przyczyny, za które zleceniodawca gwarancji odpowiada.

Powyższy kierunek orzeczniczy jest przyjmowany przez Krajową Izbę Odwoławczą<sup>317</sup>. Jednak, mimo w miarę jednoznacznie wyrażonego stanowiska przez Sąd Najwyższy i Sąd Okręgowy w

---

<sup>316</sup> Zob. wyrok KIO: z 15.03.2012 r., KIO 421/12, LEX nr 1131200; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10.09.2015 r., XXIII Ga 1041/15, LEX nr 2088809

<sup>317</sup> Por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 marca 2021 r., KIO 304/21, LEX nr 3160755, wyrok KIO z dnia 11 maja 2021 r., KIO 896/21, LEX nr 3188707

Gdańsku oraz wyrażnej intencji ujednoczenia stanowiska judyktaury, niektóre składy orzekające KIO nadal prezentują zgoła odmienne poglądy.

Przykładem jest wyrok KIO z dnia 9 lutego 2021 r., KIO 3493/20<sup>318</sup>, w którym skład orzekający stwierdził, iż z przywołanego powyżej orzeczenia Sądu Najwyższego wynika, że dla oceny prawidłowości wniesionej gwarancji wadialnej, istotne są okoliczności, w jakich doszło do jej uzyskania od gwaranta.

Stąd też Izba uznała, że o prawidłowym zakresie podmiotowym odpowiedzialności gwaranta (obejmującym obu konsorcjantów, mimo wskazania w treści gwarancji jedynie lidera) świadczy wyraźne określenie w treści gwarancji nazwy przetargu oraz treść umowy konsorcjum zawartej pomiędzy wykonawcami składającymi wspólną ofertę. Z umowy tej zaś wynikało, że lider jest zobowiązany do pozyskania i przedstawienia zamawiającemu wymaganego wadium oraz jego utrzymania przez cały okres związania ofertą. Wynika z niej także zobowiązanie uczestnika konsorcjum do nieskładania w postępowaniu ofert własnych. Jako argument przemawiający za prawidłowością wniesionego wadium, Izba wzięła pod uwagę ustawowo uregulowaną solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Powyższe stanowisko nie jest odosobnione. W wyroku KIO z dnia 4 grudnia 2020 r.<sup>319</sup> skład orzekający stwierdził, iż czynność odrzucenia oferty ze względu na wniesienie wadium, z którego nie wynikała wielość podmiotów po stronie wykonawcy, nie była prawidłowa.

Uzasadniając swoje stanowisko, Izba zwróciła przede wszystkim uwagę, że zamawiający musi dokonywać czynności odrzucenia oferty w oparciu o ściśle określone, nie budzące wątpliwości podstawy. W konsekwencji, zdaniem KIO, samo stwierdzenie, iż brak wskazania wszystkich członków konsorcjum w treści gwarancji wadialnej może rodzić ryzyko niezaspokojenia roszczeń zamawiającego przez gwaranta, nie jest wystarczające dla uznania nieprawidłowości wadium. Brak skuteczności takiego wadium, w szczególności fakt, iż na rynku ubezpieczeń lub bankowym funkcjonuje praktyka odmowy jego zapłaty, w sytuacjach, w których to członkowie konsorcjum niewskazani w gwarancji, popełniają uchybienia uzasadniające zatrzymanie wadium, powinna być zdaniem Izby, udowodniona.

Osobiście, nie podzielam przedstawionych powyżej poglądów KIO. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy w omówionym powyżej wyroku z dnia 15 lutego 2018 r., właściwy zakres

---

<sup>318</sup> KIO 3493/20, LEX nr 3129299

<sup>319</sup> KIO 2434/20, KIO 2437/20, LEX nr 3103822

podmiotowy i przedmiotowy gwarancji wadialnej nie jest kwestią podlegającą udowodnieniu, ale sprawą wykładni jej treści. Przy czym treść gwarancji musi być maksymalnie precyzyjna, biorąc pod uwagę abstrakcyjny charakter tej czynności prawnej. Zatem umowa konsorcjum, jako regulująca wyłącznie wewnętrzne relacje pomiędzy samymi konsorcjantami, i nie mająca wpływu na stosunek z zamawiającym, ani tym bardziej z gwarantem, nie może mieć większego znaczenia dla oceny prawidłowości dokumentu gwarancji. Z kolei pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum, z racji brzmienia art. 58 ust. 2 u.p.z.p., jest składane wyłącznie w celu określenia zasad reprezentacji wobec zamawiającego w toku postępowania, względnie również na potrzeby zawarcia umowy. Umocowanie to nie ma zatem wpływu na stosunek łączący gwaranta ze zleceniodawcą (wykonawcą). Z powyższych względów nie można uznać, aby powyżej zacytowane orzeczenia odzwierciedlały w prawidłowy sposób słuszne wnioski, jakie wpływają z treści wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2018 r.

Wydaje się jednak, że Krajowa Izba Odwoławcza w najbardziej aktualnym orzecznictwie nawiązuje do linii orzecznictwa zapoczątkowanej wyżej omówionym rozstrzygnięciem Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 3.04.2023 r.<sup>320</sup>, kierując się wpływającymi z niego wnioskami, Izba stwierdziła, iż gwarancja wadialna, wystawiona wyłącznie na jednego członka konsorcjum, nie może skutecznie zabezpieczać zamawiającego. W ocenie KIO, objęcie gwarancją bankową tylko jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, stwarza gwarantowi możliwość uchylenia się od zapłaty sumy gwarancyjnej. Natomiast nie można wywodzić rozszerzenia odpowiedzialności gwaranta z solidarności odpowiedzialnej konsorcjantów oraz faktu, że gwarancja wadialna jest bezwarunkowa i płatna na pierwsze żądanie<sup>321</sup>.

Można w rezultacie stwierdzić, iż nawiązując do przedmiotowego stanowiska SN, Izba prezentuje pogląd o konieczności każdorazowego badania treści gwarancji wadialnej, która jest kluczowa dla ustalenia zakresu odpowiedzialności gwaranta. Następuje to w oderwaniu od kontekstu, w jakim gwarancja została złożona, a w konkretnym przypadku od okoliczności wniesienia jej przez konsorcjum składające się z dwóch lub więcej wykonawców.

### **3.5.8. Legitymacja procesowa konsorcjum**

Z kwestią odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne ściśle związane jest zagadnienie ich legitymacji w procesie sądowym.

---

<sup>320</sup> KIO 756/23, LEX nr 3555118

<sup>321</sup> Ibidem

W przypadku wierzytelności konsorcjantów względem zamawiającego z tytułu wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego na podkreślenie zasługuje fakt, że przepisy u.p.z.p. nie ustanawiają solidarności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W związku z powyższym, jak wskazuje J. Lic, wykonawcy ci zawiązują odrębne, dwustronne stosunki łączące ich z zamawiającym<sup>322</sup>. W rezultacie nie powstaje również wierzytelność łączna w rozumieniu art. 379 § 1 k.c, a prawa konsorcjantów nie są wspólne, ani też oparte na tej samej podstawie faktycznej i prawnej, co w świetle art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c. sprawia, że nie występuje pomiędzy nimi współuczestnictwo materialne w procesie. Z tych również względów, nie zachodzi pomiędzy konsorcjantami współuczestnictwo konieczne i jednolite. W ujęciu praktycznym, oznacza to, iż konsorcjanci nie muszą łącznie realizować swoich roszczeń względem zamawiającego. Jeżeli natomiast lider konsorcjum pozostaje bezczynny lub brakuje mu stosownego umocowania, każdy z członków jest uprawniony do samodzielnego dochodzenia swojej części wynagrodzenia oraz zgłaszania innych roszczeń względem zamawiającego. Jak podkreśla J. Lic, zamawiający nie jest natomiast upoważniony do świadczenia całej należności konsorcjum do rąk jednego z jego członków, z wyjątkiem lidera i o ile został on do tego umocowany przez pozostałych konsorcjantów. Jest to zasadnicza różnica pomiędzy konsorcjum a spółką cywilną, bowiem w przypadku tej drugiej, pomiędzy współnikami, po stronie czynnej w procesie, występuje współuczestnictwo konieczne. Z omawianego punktu widzenia, należy uznać za trafny pogląd Sądu Najwyższego przyjętego w uchwale z 9.2.2011 r., iż w przypadku współników spółki cywilnej występuje wspólność praw i obowiązków wynikających ze współwłasności łącznej, która wymaga łącznego występowania w procesie przez wszystkich uprawnionych<sup>323</sup>.

Zdaniem J. Lica, tak samo należy oceniać sprawy o zwrot wadium, nawet jeśli jest to zapatrywanie odmienne od przyjmowanego w judykaturze. W orzecznictwie wyraża się bowiem pogląd, iż o współuczestnictwie koniecznym decyduje reprezentacja wszystkich partnerów przez lidera konsorcjum. Jednak, według J. Lica, powyższe oznaczałoby, że ten rodzaj współuczestnictwa występuje na każdym etapie realizacji zamówienia publicznego. Tymczasem wadium, jak podkreśla Autor, jest ściśle powiązane z umową w sprawie zamówienia publicznego, którą zawierają konsorcjanci. W związku z powyższym, każdy z nich powinien być uprawniony do samodzielnego dochodzenia zwrotu przypadającej na niego części wadium. Podobnie, jak w przypadku wynagrodzenia, partnerzy nie mogą natomiast żądać zwrotu całego wadium, a uprawnienie w tym zakresie powinno należeć do lidera

---

<sup>322</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy...., op.cit.*, s. 154.

<sup>323</sup> Podobnie J. Lic, *Konstrukcja umowy...., op.cit.*, s. 155.

konsorcjum, o ile posiada stosowne umocowanie do działania od pozostałych członków grupy<sup>324</sup>.

Zdaniem J. Lica, umocowanie lidera konsorcjum do wystawiania faktur może stanowić wystarczającą podstawę do występowania na drodze sądowej w celu dochodzenia roszczeń wynikających z tych faktur, bez konieczności dodatkowego umocowania procesowego przez pozostałych członków konsorcjum. Powyższe stanowisko można wywodzić z charakteru stosunku zobowiązaniowego, jaki może wynikać z umowy konsorcjum. W niektórych przypadkach, z umów konsorcjum oraz umów w sprawie zamówienia publicznego może wynikać, że strony zawarły umowę o świadczenie na rzecz lidera konsorcjum jako osoby trzeciej w rozumieniu art. 393 k.c. lub umowę przelewu wierzytelności przyszłej (art. 509 i n. k.c.). Jak podkreśla J. Lic, postanowienia wskazujące na taki charakter łączących strony stosunków prawnych mogą upoważniać lidera konsorcjum do działania we własnym imieniu i wykazania się legitymacją czynną. W pozostałych przypadkach, lider konsorcjum byłby zobowiązany do uzyskania pełnomocnictwa procesowego w celu dochodzenia roszczeń. Przykładem roszczenia, które w każdym przypadku wymaga umocowania lidera konsorcjum do występowania w imieniu pozostałych konsorcjantów jest żądanie zwrotu wadium. Stąd też za zalecane uznaje się dysponowanie przez lidera konsorcjum stosownym pełnomocnictwem w każdej sprawie sądowej, ze względu na występujące w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości dotyczące zakresu jego umocowania<sup>325</sup>.

Z kwestią legitymacji procesowej powiązane jest również zagadnienie dotyczące uprawnień do korzystania ze środków ochrony prawnej przewidzianych w u.p.z.p. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. W tym zakresie, został wykształcony jednolity pogląd, iż członkowie konsorcjum mogą składać odwołania, przystąpienia, opozycje, skargi na orzeczenia KIO, czy skargi kasacyjne działając jedynie wszyscy łącznie<sup>326</sup>. W praktyce oznacza to, że wniesienie jakiegokolwiek środka przez któregokolwiek z nich powinno zostać dokonane w imieniu całego konsorcjum, a nie poszczególnych podmiotów wchodzących w jego skład. Skorzystanie ze środka ochrony prawnej przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, który nie działa jako pełnomocnik konsorcjum, lecz we własnym imieniu, jest zatem nieskuteczne.

---

<sup>324</sup> Ibidem.

<sup>325</sup> Ibidem.

<sup>326</sup> Por. postanowienie KIO z 4.11.2014 r., KIO 2215/14, LEX nr 1611746, postanowienie KIO z 10.11.2010 r., KIO/UZP 2425/10, LEX nr 688743

Powyższy pogląd został sformułowany jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej d.p.z.p. Na legitymację łączną wszystkich członków konsorcjum wskazał w szczególności Sąd Najwyższy w wyroku z 13 października 2011 r.<sup>327</sup>. Podkreślono w nim, że przepisy d.p.z.p. nie definiują odrębnie pojęcia „wykonawcy wielopodmiotowego”, ale jedynie określają, kim jest wykonawca. Jednocześnie, wskazano na obowiązujące wówczas unormowania art. 23 d.p.z.p. (obecnie: art. 58 u.p.z.p.), dopuszczające możliwość wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia i obligujące zarazem do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy założeniu, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W związku z powyższym, Sąd Najwyższy stwierdził, że uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takim przypadku jest konsorcjum, nie zaś jego lider, czy też poszczególni konsorcjanci<sup>328</sup>. Stąd też wskazana regulacja statuuje łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, obejmujący również korzystanie ze środków ochrony prawnej. Za takim ujęciem zagadnienia przemawia systemowe ukształtowanie w Prawie zamówień publicznych instytucji wspólnego ubiegania się przez kilku wykonawców o zamówienie publiczne. W tego rodzaju strukturze podmiotowej, to nie konsorcjant, lecz wykonawcy tworzący konsorcjum, stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu<sup>329</sup>.

Powyższy pogląd był jednolicie akceptowany przez składy orzekające KIO oraz sądów okręgowych. W przypadku samodzielnego wniesienia odwołania przez wykonawcę, który brał udział w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami, Krajowa Izba Odwoławcza dokonywała odrzucenia odwołania w oparciu o art. 182 ust. 2 pkt 2) d.p.z.p., uznając, iż taki odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej<sup>330</sup>. Jednocześnie, zwracano uwagę na fakt, iż legitymacji jednego z konsorcjantów do wniesienia odwołania samodzielnie, nie można wywodzić z rozszerzającej wykładni przepisu art. 179 ust. 1 d.p.z.p., który określał krąg podmiotów uprawnionych do korzystania ze środków ochrony prawnej. Przepis ten wymieniał bowiem kategorię „innych podmiotów”, do których nie można zaliczyć poszczególnych konsorcjantów uczestniczących w postępowaniu. W rozumieniu art.

---

<sup>327</sup> Sygn. akt: V CSK 475/10, LEX nr 1108492

<sup>328</sup> Ibidem.

<sup>329</sup> Ibidem

<sup>330</sup> Por. postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2020 r., KIO 1493/20, LEX nr 3053231

179 ust. 1 d.p.z.p. byli to natomiast np. potencjalni wykonawcy, którzy kwestionują prawidłowość zastosowania trybów niekonkurencyjnych przez zamawiającego. W konsekwencji, nie można uznać, aby pojedynczy członkowie konsorcjum byli uprawnieni do samodzielnego korzystania ze środków ochrony prawnej<sup>331</sup>.

Tym samym, skład orzekający Izby stwierdził, iż wniesienie odwołania samodzielnie i we własnym imieniu przez jednego z członków konsorcjum musi być ocenione negatywnie jeszcze na etapie jego weryfikacji formalnej. Nie jest to zatem kwestia interesu w uzyskaniu zamówienia, który z kolei jest materialnoprawną przesłanką wniesienia odwołania (art. 505 ust. 1 u.p.z.p.), a jego brak powoduje jego oddalenie, nie zaś odrzucenie.

Powyższy pogląd Izby wypracowany na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy należy uznać za aktualny, tak z racji braku zasadniczych zmian unormowań w tym zakresie, jak i przedstawienia odmiennych poglądów.

Należy jednak podkreślić, że niezależnie od tego, iż pojedynczy konsorcjant nie jest podmiotem legitymowanym do składania środków ochrony prawnej, to także nie można uznać, aby miał on interes w uzyskaniu zamówienia (w przypadku odwołania) lub w wydaniu rozstrzygnięcia korzystnego dla strony, do której przystępuje (w przypadku przystąpienia), co jest istotą legitymacji do wnoszenia środków ochrony prawnej przewidzianych w u.p.z.p. Należy bowiem zauważyć, iż w postanowieniu KIO z 12.10.2017 r. wyrażono pogląd, że jeżeli kilku wykonawców złożyło wspólnie ofertę, to status wykonawcy posiada wyłącznie całe utworzone przez nich konsorcjum i tylko ono może ubiegać się o dane zamówienie, co w konsekwencji również wiąże się z tym, że wszelkie środki podejmowane w celu jego uzyskania przysługują łącznie wszystkim wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie publiczne<sup>332</sup>.

Pogląd ten należy uznać za trafny. Dodatkowo należy wskazać, że legitymacja łączna do korzystania ze środków ochrony prawnej przez wszystkich członków konsorcjum wynika również z istoty ich odpowiedzialności względem zamawiającego na etapie postępowania, która, jak podkreślono powyżej, ma charakter solidarny i wynika z zasad ogólnych k.c., a także z niepodzielności ich świadczenia, tj. obowiązków spoczywających na nich w ramach procedury oraz zobowiązania do zawarcia umowy.

---

<sup>331</sup> Ibidem

<sup>332</sup> Ibidem.

### 3.5.9. Zmiany w składzie konsorcjum

Na odrębne omówienie zasługuje ponadto kwestia niezmienności składu konsorcjum i udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w toku postępowania lub realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego dopuszczalna jest zmiana składu grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie? W tak sformułowanym problemie, nie występuje, jak należy przyjmować, zgodność poglądów.

Co do zasady, podkreśla się, iż zmiana podmiotowa po stronie wykonawcy nie jest dopuszczalna<sup>333</sup>.

Powyższy wniosek wywodzi się z definicji wykonawcy przyjętej w art. 7 pkt 30 u.p.z.p., zgodnie z którą, pod tym pojęciem, rozumie się osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

Równocześnie, z jednej z naczelných zasad udzielania zamówień publicznych, wyrażonej w art. 17 ust. 2 u.p.z.p., wynika, że zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Stąd też, wykonawcą zamówienia może stać się wyłącznie taki podmiot, który brał udział w jawnym postępowaniu i został poddany rygorom procedury przetargowej<sup>334</sup>.

W judykaturze, w kontekście przytoczonych powyżej przepisów przyjmuje się, iż po złożeniu oferty zasadniczo nie można dokonywać zmian podmiotowych po stronie wykonawcy, gdyż pozostawałoby to w sprzeczności z naczelnymi zasadami udzielania zamówień<sup>335</sup>.

Powyższy, powszechnie akceptowany, pogląd znajduje zastosowanie również do konsorcjum, przede wszystkim ze względu na regulację art. 58 ust. 5 u.p.z.p., zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wnioskować z powyższego należy zatem, iż skoro pojedynczy wykonawca biorący udział w postępowaniu nie może zastąpić siebie innym podmiotem, który wejdzie na jego miejsce w toku postępowania, to tym samym takiej możliwości nie można dopuścić w przypadku konsorcjum.

---

<sup>333</sup> Opinia, *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum ...op.cit.*

<sup>334</sup> Opinia: *Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184693303> (dostęp: 17.07.2024 r.)

<sup>335</sup> Por. wyrok KIO z dnia 25.08.2023 r., KIO 2369/23, LEX nr 3612623 i wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487



Wśród przyczyn, dla których przyjmuje się, iż po terminie składania ofert niedopuszczalne są modyfikacje w konsorcjum biorącym udział w postępowaniu, wskazuje się możliwość wystąpienia zasadniczej zmiany w zakresie spełniania warunków podmiotowych i przedmiotowych takiej oferty. W konsekwencji, wystąpienie z konsorcjum jednego z jego członków porównuje się do niedozwolonej czynności wycofania oferty przed upływem czasu, w którym wykonawca pozostaje nią związany. Tymczasem, każdy konsorcjant, bez względu na oświadczenia pozostałych członków konsorcjum, pozostaje związany złożoną ofertą do upływu czasu wynikającego z przepisów u.p.z.p.<sup>336</sup>.

Niedopuszczenie do zmian podmiotowych po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne ma również na celu zapobieganie nadużyciom i omijaniu przepisów ustawy. *Ratio legis* powstawania konsorcjum jest bowiem łączne spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wspólna realizacja zamówienia publicznego. Umożliwienie wykonawcom (konsorcjantom) dokonywania przekształceń podmiotowych może prowadzić do sytuacji, w których lider grupy dobiera sobie partnerów wyłącznie na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby następnie samą umowę realizować już samodzielnie lub w innym składzie<sup>337</sup>.

Byłoby to działanie rażąco sprzeczne z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w szczególności z regulacją zawartą w art. 17 ust. 2 u.p.z.p., tj. zasadą legalizmu, zgodnie z którą, wybór wykonawcy winien zostać dokonany z poszanowaniem przepisów u.p.z.p. Uwzględniając fakt, iż założeniem procedury zamówieniowej jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia publicznego i oferującego najbardziej korzystne warunki jego realizacji, to tego typu praktyki wypaczyłyby istotę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Przytoczone zapatrywania są zbieżne ze stanowiskiem TSUE przedstawionym w wyroku TS z 23.01.2003 r. w sprawie *Makedoniko Metro i Mikhaniki AE v. Elliniko Dimosio*<sup>338</sup>. We wskazanym orzeczeniu Trybunał uznał, iż przepisy zakazujące dokonywania zmian w składzie grupy wykonawców biorącej udział w postępowaniu, na etapie po złożeniu ofert, nie stoją w sprzeczności z dyrektywą. Dopuszczenie modyfikacji podmiotowej grupy wykonawców, może wiązać się ze zmianą potencjału niezbędnego do wykonania zamówienia, wskutek czego

---

<sup>336</sup> Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487

<sup>337</sup> Ibidem

<sup>338</sup> Sprawa C-57/01, Legalis nr 154282

wykonawcy finalnie mogą okazać się niezdolni do jego zrealizowania. To zaś z kolei nie pozwoliłoby na efektywne udzielanie zamówień.

W literaturze podkreśla się jednak, że zasada niezmienności składu konsorcjum, choć słuszna, może okazać się problematyczna w przypadku wieloetapowych, zazwyczaj długotrwałych, procedur. Jak podniósł J. Pieróg, w tego typu postępowaniach, pierwszy etap polega na weryfikacji wykonawców pod kątem spełniania warunków udziału oraz kwalifikowania do następnego etapu. Jednak po zakwalifikowaniu konsorcjum do kolejnego etapu, w ocenie Autora, zmiana jego składu, zasadniczo, powinna być niedopuszczalna. Wykonawca, który nie podlegał weryfikacji na początkowym etapie procedury, nie powinien bowiem pozyskać zamówienia<sup>339</sup>.

Niemniej jednak, w praktyce zamówień publicznych wykształcone zostało odmienne zapatrywanie, z którego wynika, iż w niektórych, wyjątkowych przypadkach, zmiany podmiotowe po stronie konsorcjum, można uznać za dopuszczalne.

Zostało ono w szczególności ujęte w treści opinii Prezesa UZP: „Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych”. W jej treści podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób na sytuację konsorcjum w postępowaniu wpływa fakt upadłości jednego z jego członków, co oczywiście wiąże się ze zmianą podmiotową po stronie wykonawcy.

W swoich uwagach, Prezes UZP zwrócił przede wszystkim uwagę na istotę przepisów u.p.z.p. regulujących kwestie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które mają na celu umożliwienie zamawiającemu dokonanie wyboru wykonawcy posiadającego niezbędne predyspozycje do należytego wykonania zamówienia, a tym samym zdolnego do wykonania zamówienia.

Badanie spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu odnosi się do stanu faktycznego istniejącego najpóźniej w dniu upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu bądź składania ofert. Co do zasady, jak stwierdził Prezes UZP, weryfikacji tej zamawiający dokonuje raz w toku całego postępowania.

Wyjątkiem jest sytuacja, w której zamawiający poweźmie wątpliwość, czy informacje dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bądź podstaw wykluczenia są nadal aktualne. W takim przypadku, zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany do ponownego

---

<sup>339</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. ...op.cit.*, art.23, teza nr IV.3.

zweryfikowania sytuacji podmiotowej wykonawcy, w zakresie obszaru, który wzbudza wątpliwości. Nie można przy tym odmówić zamawiającemu prawa do ponownego zweryfikowania wykonawcy pod kątem podmiotowym, gdyż zmuszałoby to sektor publiczny do udzielania zamówień wykonawcom podlegającym wykluczeniu, co z kolei stałoby w sprzeczności z zasadą udzielania zamówień wyłącznie wykonawcom wybranym zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe reguły znajdują analogiczne zastosowanie w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne<sup>340</sup>.

W rezultacie, Prezes UZP przyjął, iż ogłoszenie upadłości jednego z konsorcjantów będzie miało odmienny skutek, w zależności od tego, na jakim etapie postępowania do niego doszło. Teza ta została sformułowana przy założeniu istnienia procedur wieloetapowych, w których, ze względu na ich długotrwałość, występuje większe prawdopodobieństwo, iż sytuacja podmiotowa wykonawców może ulec zmianie<sup>341</sup>.

W tym zakresie, Prezes UZP przybliżył istotę procedur wieloetapowych wskazując, że w ich pierwszej fazie dokonuje się weryfikacji podmiotowej wykonawców, pod względem przesłanek pozytywnych (warunków udziału w postępowaniu) oraz negatywnych (podstaw wykluczenia). Pozytywny wynik weryfikacji umożliwia zakwalifikowanie wykonawców do dalszego etapu i ich zaproszenie do składania oferty. Przy takiej konstrukcji postępowania, zamawiający uzyskuje gwarancję, że oferty złożą jedynie ci wykonawcy, którzy dają należyłą rękojmię wykonania zamówienia<sup>342</sup>.

Oznacza to również, że skoro wniosek złożył konkretny wykonawca, czy to działający samodzielnie, czy wspólnie z innymi wykonawcami, to oferty nie może złożyć inny podmiot, który nie został do procedury zaproszony. W konsekwencji, zdaniem Prezesa UZP, nie jest możliwe rozszerzenie składu konsorcjum po zakończeniu etapu kwalifikacji podmiotowej. W odmiennym przypadku, tj. w sytuacji, gdy dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w kolejnej fazie postępowania dwuetapowego, taki zakaz nie musi mieć jednak charakteru bezwzględny. Innymi słowy, zmiana składu konsorcjum polegająca na zmniejszeniu liczby jego członków byłaby dopuszczalna, oczywiście jednak po dokonaniu analizy konkretnego przypadku z

---

<sup>340</sup> Opinia: *Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184721253> (dostęp: 20.08.2024 r.)

<sup>341</sup> Ibidem

<sup>342</sup> Ibidem

uwzględnieniem zasad systemu zamówień publicznych, w szczególności zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego wykonawców<sup>343</sup>.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt problematyki związanej z ogłoszeniem upadłości jednego z członków konsorcjum, Prezes UZP dokonał rozróżnienia sposobu postępowania zamawiającego, w zależności od etapu postępowania, w którym do ogłoszenia upadłości doszło.

Jeżeli mianowicie wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składa konsorcjum, w skład którego wchodzi już upadły wykonawca, zamawiający dokonuje wykluczenia wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne<sup>344</sup>.

W tym zakresie, pragnę zwrócić uwagę, że stanowisko Prezesa UZP zostało sformułowane na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów d.p.z.p. Aktualnie, w świetle u.p.z.p. sama upadłość wykonawcy już nie stoi na przeszkodzie w udzieleniu mu zamówienia, chyba, że zamawiający przewidzi taką przesłankę wykluczenia. Występowanie stanu upadłości, likwidacji i inne podobne sytuacje stanowią bowiem podstawę wykluczenia o charakterze fakultatywnym<sup>345</sup>.

Istotna jest jednak kolejna teza, którą postawił Prezes UZP, a mianowicie, że jeżeli do ogłoszenia upadłości członka konsorcjum doszło przed złożeniem oferty, lecz po weryfikacji podmiotowej, to wówczas konsorcjum, które wyłączyło ze swojego składu upadłego konsorcjanta, może złożyć ofertę, o ile takie ograniczenie liczby członków nie spowoduje, że wykonawcy w nowej konfiguracji nie będą spełniali warunków udziału w postępowaniu<sup>346</sup>. Z kolei pozostawienie upadłego członka w składzie konsorcjum, jak przyjął Prezes UZP, będzie wiązało się z jego wykluczeniem<sup>347</sup>. W tym miejscu, oczywiście, należy zwrócić uwagę na aktualny stan prawny, zgodnie z którym, wykluczenie takie nastąpi tylko wówczas, gdy zamawiający przewidzi stosowną przesłankę wykluczenia w postępowaniu.

Z powyższego wynika, iż od dawna przyjmowano, że zasada zachowania niezmienności składu konsorcjum może utrudniać udział w długotrwałych postępowaniach wieloetapowych. Z tego też powodu, w orzecznictwie TSUE oraz KIO formułowane były poglądy, iż w wyjątkowych

---

<sup>343</sup> Ibidem

<sup>344</sup> Ibidem

<sup>345</sup> Art. 109 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.

<sup>346</sup> Ibidem

<sup>347</sup> Ibidem

sytuacjach należało dopuścić możliwość modyfikacji składu konsorcjum w toku procedury zamówieniowej.

Takie stanowisko zaprezentował TSUE w wyroku z 24.05.2016 r.<sup>348</sup> w sprawie MT Højgaard A/S and Züblin A/S v. Banedanmark.

W ocenie Trybunału, w pewnych wyjątkowych sytuacjach, w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji w postępowaniu, możliwy jest dalszy udział jednego z konsorcjantów, o ile samodzielnie spełnia warunki udziału i jeśli, gdyby złożył wniosek samodzielnie, zostałby zakwalifikowany do udziału w procedurze zamówieniowej. Jednak takie wyjątkowe dopuszczenie uszczuplonego składu konsorcjum jest możliwe pod warunkiem, o ile nie dojdzie do pogorszenia sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Wskazany wyrok TSUE stanowił podstawę do rozstrzygnięcia KIO, zapadłego w dniu 22.01.2021 r. w sprawie KIO 3357/20<sup>349</sup>. Stan faktyczny sprawy był bardzo podobny do tego, który stanowił przedmiot oceny Trybunału. Instytucja zamawiająca przeprowadzała postępowanie w trybie dialogu konkurencyjnego, a zatem w procedurze, która z założenia jest skomplikowana i długotrwała. Zamawiający odrzucił ofertę konsorcjum firm na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 d.p.z.p., ponieważ ofertę złożył tylko jeden członek konsorcjum, podczas gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składało konsorcjum dwóch podmiotów (przy czym na etapie składania wniosków obaj spełniali warunki udziału w postępowaniu samodzielnie).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrując odwołanie wykonawcy odwołała się do stanowiska zaprezentowanego w cytowanym wyroku TSUE, a także nawiązała do przedstawionej powyżej opinii Prezesa UZP<sup>350</sup>. Jak wiadomo, w jej treści przyjęto, że wykluczona jest możliwość rozszerzenia składu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia po etapie prekwalfikacji. Jednak jak stwierdził Prezes UZP, podobnego zakazu nie można odnieść do sytuacji, w której dochodzi do ograniczenia kręgu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne w kolejnej fazie procedury wieloetapowej. Każdy przy tym przypadek ograniczenia składu konsorcjum wymaga zindywidualizowanej analizy, z uwzględnieniem

---

<sup>348</sup> Sprawa C-396/14, Legalis nr 1468683. Wyrok ten został omówiony szczegółowo w Rozdziale 2, podrozdział 2.4.6. „Zmiana składu grupy wykonawców”.

<sup>349</sup> KIO 3357/20, Legalis nr 2537456

<sup>350</sup> Opinia: *Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum ...op.cit.*

naczelnych zasad udzielania zamówień, w szczególności zaś zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców<sup>351</sup>.

Ponieważ, jak zauważyła KIO, ustawa – Prawo zamówień publicznych nie zawiera przepisów regulujących kwestię zmian podmiotowych wewnątrz konsorcjum, w konsekwencji, do oceny dopuszczalności takiej modyfikacji konieczne jest sięgnięcie do ogólnych zasad określonych w analizowanym akcie normatywnym. Dla składu orzekającego kluczowym było ustalenie, czy taka zmiana nie wpłynie negatywnie na sytuację pozostałych wykonawców<sup>352</sup>.

W tym względzie, za podstawowe Izba uznała przyjęcie, czy wykonawca składający ofertę samodzielnie na późniejszym etapie procedury, już bez udziału konsorcjanta, z którym złożył wniosek, spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Ponieważ na zadane pytanie, po dokonaniu ustaleń w zakresie stanu faktycznego, skład orzekający udzielił odpowiedzi pozytywnej, w konsekwencji, Izba w tym konkretnym przypadku stwierdziła, że oferta złożona przez konsorcjum, którego skład uległ zmniejszeniu, jest dopuszczalna i powinna zostać poddana ocenie przez zamawiającego.

Pogląd ten, choć sformułowany na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych można uznać za zasadny i wiążący także w reżimie aktualnej u.p.z.p.

Jak wynika z analizy obu powyższych wyroków oraz stanowiska Prezesa UZP, ewentualna dopuszczalność zmiany składu konsorcjum w trakcie postępowania jest rozważana wyłącznie w procedurach wieloetapowych. Ten kierunek wykładni nie uległ dotychczas zmianie, czego potwierdzeniem jest wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25.08.2023 r. wydany w sprawie KIO 2369/23<sup>353</sup>.

W rozpatrywanym przez Izbę stanie faktycznym, zamawiający prowadził postępowanie w trybie podstawowym o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem była obsługa prawna podlegających zamawiającemu jednostek. Jednym z oferentów było konsorcjum, które po złożeniu ofert, poinformowało zamawiającego o rozwiązaniu łączącej ich umowy. Powodem było powołanie na urząd sędziego jednego z członków konsorcjum, wskutek czego nie mógł on już wykonywać zawodu adwokata, niezbędnego do realizacji zamówienia.

Po otrzymaniu informacji, iż doszło do wystąpienia jednego partnera z konsorcjum i samodzielnym kontynuowaniu udziału w postępowaniu przez drugiego z konsorcjantów,

---

<sup>351</sup> Wyrok KIO z dnia 22.01.2021 r., KIO 3357/20, LEX nr 3123090

<sup>352</sup> Ibidem

<sup>353</sup> KIO 2369/23, Legalis nr 2996207

zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, odrzuceniu podlega oferta, która jest niezgodna z przepisami ustawy. Zdaniem zamawiającego, wykonawca dokonał niedopuszczalnej w świetle przepisów u.p.z.p. zmiany podmiotowej. W tym zakresie zamawiający powołał się na definicję wykonawcy określoną w art. 7 pkt 30 omawianej ustawy, wskazując, że posiadanie tego statusu jest ściśle związane z czynnością złożenia oferty. W konsekwencji, zmiana podmiotowa powoduje, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego występuje zupełnie inny podmiot, niż wykonawca, który złożył już ofertę.

Powołując się na poglądy orzecznictwa (w tym m.in. na wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r.<sup>354</sup>), zamawiający podkreślił, iż podmiotowe przekształcenie po stronie wykonawcy uznaje się za naruszenie naczelných zasad udzielania zamówień. Jedyne zaś dopuszczalne w tym zakresie wyjątki jakie przewidują przepisy u.p.z.p. zostały przewidziane w art 455 ust. 1 pkt 2 ustawy, która umożliwia zmianę podmiotową na etapie po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Następuje to w szczególności w przypadku sukcesji generalnej wynikającej z przekształcenia spółki, jej sprzedaży, czy też sprzedaży przedsiębiorstwa<sup>355</sup>.

Wykonawca próbując bronić ważności swojej oferty powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej przyjęte w wyroku z dnia 22.01.2021 r.<sup>356</sup>. Jako kluczowy argument przemawiający za dopuszczalnością zmiany podmiotowej w tym przypadku wskazał, iż każdy z konsorcjantów z osobna był uprawniony i wystarczająco zdolny do samodzielnego złożenia oferty, wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ostatecznie – realizacji zamówienia. W świetle przedstawionego stanowiska, należałoby uznać, iż wystąpienie jednego z konsorcjantów w trakcie postępowania powinno być uznane za skuteczne i dopuszczalne<sup>357</sup>.

Skład orzekający Izby, rozpatrujący sprawę KIO 2369/23 nie podzielił argumentacji odwołującego się wykonawcy.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 u.p.z.p. Zmiana składu konsorcjum stanowi wszakże istotną zmianę treści oferty w stosunku do jej pierwotnej wersji, która w świetle przepisów u.p.z.p. nie jest ani możliwa, ani dopuszczalna.

---

<sup>354</sup> Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r. wydany w sprawie KIO/UZP 1904/09 został omówiony powyżej. Zob. przypis 296.

<sup>355</sup> KIO 2369/23, Legalis nr 2996207. Podobnie stwierdził także M. Lubiszewski [w:] *Niesamodzielné wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego, nr 8/2024 (914).

<sup>356</sup> KIO 3357/20, LEX nr 3123090

<sup>357</sup> KIO 2369/23, Legalis nr 2996207

Izba podzieliła w tym zakresie pogląd zamawiającego, iż na skutek rozwiązania konsorcjum doszło do zmiany sposobu wykonania zamówienia, skoro uległ istotnej zmianie podział prac, jaki został zadeklarowany przez konsorcjantów w oświadczeniu złożonym wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. W przypadku tego postępowania było to również o tyle istotne, iż zdolności poszczególnych konsorcjantów (osób wykonujących zawody prawnicze) były dodatkowo punktowane w ramach kryteriów oceny ofert. Skoro członek konsorcjum, który następnie zrezygnował z dalszego udziału w postępowaniu, w chwili złożenia oferty deklarował, iż będzie realizował określone zadania, jego zmiana decyzji miała istotny wpływ na sposób wykonania zamówienia zaproponowany zamawiającemu w treści pierwotnej oferty<sup>358</sup>.

Izba stwierdziła, że w takich okolicznościach, zaakceptowanie faktu rozwiązania konsorcjum i dopuszczenie do zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, wymagałoby ponowienia przez zamawiającego wszystkich czynności weryfikacji wykonawcy pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia oraz oceny jego oferty w ramach kryterium oceny ofert. W zakresie zadań, w których ustępujący konsorcjant był wskazany jako jedyna osoba skierowana do realizacji zamówienia, zamawiający musiałby wezwać wykonawcę do przedstawienia nowej osoby i uzupełnienia w tym zakresie środków podmiotowych.

Całokształt tych czynności, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, prowadzi do wniosku, iż *de facto*, zamawiający miałby do czynienia z zupełnie nową ofertą, złożoną przez innego wykonawcę, niż ten, który pierwotnie ubiegał się o zamówienie<sup>359</sup>. Jak wskazał skład orzekający, powyższe stałoby również w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż tego jednego wykonawcę stawiałoby w uprzywilejowanej pozycji – umożliwiłoby bowiem powtórny jego weryfikację podmiotową i poprawienie jego oferty, co w przypadku pozostałych uczestników nie byłoby już możliwe.

W konsekwencji, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, bez znaczenia dla sprawy pozostawał fakt, iż każdy z wykonawców tworzących konsorcjum był w stanie samodzielnie spełnić warunki udziału w postępowaniu. Wykonawcy sami podjęli decyzję o utworzeniu konsorcjum i wspólnym złożeniu oferty. Przyjęta przez nich konfiguracja zdeterminowała sposób badania i oceny ich oferty oraz weryfikacji podmiotowej przeprowadzanej przez zamawiającego, który badał zdolności całego konsorcjum, nie zaś poszczególnych jego członków.

---

<sup>358</sup> Ibidem

<sup>359</sup> Ibidem



Ostatecznie, Izba jednoznacznie stwierdziła, iż wnioski wypływające z wyroku KIO z dnia 22.01.2021 r. oraz wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r., nie mogą znaleźć zastosowania do niniejszej sprawy.

Przedmiotem rozpatrywania Izby w sprawie KIO 2369/23 była całkiem odmienna sytuacja niż w przytoczonych powyżej orzeczeniach: ofertę złożyło bowiem wspólnie dwóch wykonawców i zostali oni łącznie ocenieni pod kątem spełniania warunków udziału i kryteriów oceny ofert. Zmiana podmiotowa, tj. wystąpienie jednego z konsorcjantów, nastąpiła więc na późniejszym etapie postępowania. W ocenie Izby, w świetle wspomnianego orzeczenia TSUE oraz wyroku KIO 3357/20, kluczowym warunkiem umożliwiającym zmianę składu konsorcjum w trakcie postępowania jest niepogorszenie sytuacji innych uczestników postępowania. Zdaniem składu orzekającego, w rozpatrywanym przypadku doszłoby natomiast do uprzywilejowania wykonawcy, który dokonał zmiany podmiotowej po swojej stronie poprzez przyznanie mu dodatkowej możliwości na uzupełnienie środków dowodowych oraz poprawienie oferty. To zaś wykluczało dopuszczenie przekształceń podmiotowych w konsorcjum w trakcie postępowania<sup>360</sup>.

Z powyższego wynika, iż orzecznictwo w kwestii możliwości zmiany składu konsorcjum w toku procedury zachowuje względną jednomyślność. Wynika z niego, co do zasady, że zmiana podmiotowa nie jest dopuszczalna, natomiast może mieć miejsce wyjątkowo i po spełnieniu określonych warunków. Po pierwsze, taka modyfikacja nie może wpływać na ocenę zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia, tj. musi on być w stanie samodzielnie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Po drugie, zmiana składu konsorcjum nie może wiązać się z pogorszeniem sytuacji pozostałych uczestników i uprzywilejowaniem wykonawcy korzystającego z tej możliwości.

Oprócz powyższych, wyraźnie sprecyzowanych przez TSUE warunków dopuszczających zmianę składu konsorcjum, istotnym aspektem, przewijającym się w rozważaniach poszczególnych składów orzekających KIO, jest również czynność złożenia przez wykonawców wspólnej oferty w postępowaniu. Tej kwestii, szczególną uwagę poświęcił skład orzekający Izby w sprawie KIO 2369/23.

Po pierwsze, wspólne złożenie oferty przez kilka podmiotów powoduje, iż utworzone przez nich konsorcjum otrzymuje status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 u.p.z.p. Podkreślenia przy tym wymaga fakt, iż status ten jest przypisany całemu konsorcjum i nie można za

---

<sup>360</sup> Ibidem

wykonawców uznać poszczególnych jego członków. To implikuje również sposób przeprowadzania przez zamawiającego jego weryfikacji podmiotowej (o ile jej dotąd nie przeprowadził), tj. zamawiający bada zdolności całego konsorcjum, nie zaś konkretnych konsorcjantów.

Po drugie, wspólne złożenie oferty to także deklaracja co do oferowanego sposobu wykonania zamówienia. Innymi słowy, składając ofertę jako konsorcjum, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie oferują wspólną realizację umowy zawartej z zamawiającym. Jest to, jak zdaje się wynikać z wyżej opisanych orzeczeń, istotny element oferty, który nie powinien podlegać zmianom w toku postępowania, podobnie jak inne deklaracje składane przez wykonawców odnoszące się do zamówienia takie jak: cena, czy jakość przedmiotu zamówienia.

Powyższy pogląd koresponduje również z przedstawionym już wcześniej stanowiskiem, iż konsorcjum jest zawierane nie tylko na potrzeby sumowania zdolności w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, ale także dla wspólnej realizacji zamówienia<sup>361</sup>.

Powstaje pytanie, czy zaprezentowaną powyżej linię orzeczniczą istotnie zmieni wyrok TSUE wydany w sprawie *Luxone Srl*<sup>362</sup>. W orzeczeniu tym Trybunał uznał, iż skład konsorcjum może ulec zmianie w toku przedłużającego się postępowania, w sytuacji, gdy zamawiający oczekuje od wykonawców odroczenia ważności ofert. Tym samym, zdaniem TSUE, możliwe jest wycofanie się członków grupy również po złożeniu przez nią oferty w procedurze. Zaznaczyć jednak należy, że w świetle wskazanego orzeczenia, rezygnacja konsorcjantów z dalszego udziału w postępowaniu uzależniona jest od tego, czy pozostali członkowie konsorcjum spełniają samodzielnie warunki udziału określone przez instytucję zamawiającą, a ponadto, czy zmiana składu grupy nie wpłynie negatywnie na sytuację konkurencyjną innych oferentów<sup>363</sup>.

Jak natomiast wskazano powyżej, do naruszenia uczciwej konkurencji w postępowaniu dochodzi w szczególności, gdy w związku ze zmianą składu konsorcjum, nastąpi powtórna ocena jego oferty lub zostanie ponowiona jego weryfikacja podmiotowa. W rezultacie, w dalszym ciągu dopuszczalność modyfikacji składu grupy wykonawców będzie miała charakter wyjątkowy, zwłaszcza w fazie postępowania po złożeniu ofert. W świetle dotychczasowego orzecznictwa TSUE oraz KIO, wydaje się, że nie naruszy zasady uczciwej konkurencji przykładowo wycofanie się konsorcjantów ze wspólnie złożonej oferty, gdy zamawiający

---

<sup>361</sup> Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487

<sup>362</sup> Wyrok został szczegółowo omówiony w Rozdziale II podrozdział „Zmiana składu grupy wykonawców”.

<sup>363</sup> Sprawa C-403/23, C-404/23, LEX nr 3759594

przewidział procedurę odwróconą, zaś zmiana składu konsorcjum nastąpiła przed podjęciem przez niego jakichkolwiek działań w zakresie weryfikacji podmiotowej. Dopuszczalność takiej modyfikacji byłaby jednak uzależniona od spełnienia pozostałych warunków określonych w judykaturze.

Akceptując, co do zasady, przedstawione powyżej zapatrywania, pragnę z naciskiem podkreślić, iż nabierają one istotnego znaczenia w przypadku, gdy na skutek zmiany składu konsorcjum, udział w postępowaniu pragnie kontynuować już tylko jeden z konsorcjantów, działając jako samodzielny wykonawca. W takiej sytuacji, niewątpliwie, mamy do czynienia z istotną zmianą sposobu wykonania zamówienia: zamiast wspólnej, zamawiający otrzymuje samodzielną realizację umowy. Pojawia się jednak pytanie, czy tak samo istotną zmianą będzie okoliczność, w której, na skutek zmiany składu konsorcjum, ofertę będzie podtrzymywało przykładowo wyłącznie dwóch członków, zamiast pierwotnie, trzech? W takim przypadku, wykonawcy nadal będą deklarować wspólne wykonywanie zamówienia, z tą tylko różnicą, iż dojdzie z pewnością do odmiennego przypisania im poszczególnych zadań. O ile więc, pomimo uszczuplenia składu konsorcjum, nadal będą spełniać warunki udziału w postępowaniu, a wystąpienie konsorcjanta nie wpływa na treść oferty poddawanej ocenie w ramach kryterium oceny ofert, taka modyfikacja powinna być uznana za dopuszczalną. Oczywiście, warunkiem koniecznym byłoby zbadanie, czy tak zmienione konsorcjum nie znajdzie się w sytuacji uprzywilejowanej, w szczególności, czy na skutek wystąpienia jednego z konsorcjantów, zamawiający nie będzie zmuszony ponowić czynności weryfikacji podmiotowej wykonawców wspólnie składających ofertę. To bowiem, wiązałoby się z pogorszeniem pozycji konkurentów i w świetle wyżej przytoczonego orzeczenia TSUE, eliminowałoby dopuszczalność zmiany podmiotowej po stronie konsorcjum.

W kontekście modyfikacji składu konsorcjum rozumianej jako istotna zmiana oferty, nie można również pominąć kwestii zmiany wykonawcy po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Należy przy tym zauważyć, że przepisy u.p.z.p. w pewnym zakresie dopuszczają zmianę wykonawcy realizującego zamówienie publiczne.

Zaznaczenia ponadto wymaga, iż zasadą jest, że zastąpienie wykonawcy, któremu zamawiający udzielił zamówienia, nowym wykonawcą, poza przypadkami wyraźnie zastrzeżonymi w ustawie, uznawane jest za istotną zmianę umowy, powodującą, iż charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy<sup>364</sup>. Jest to, w rozumieniu art. 454 ust. 1

---

<sup>364</sup> Art. 454 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p.

u.p.z.p., istotna zmiana zawartej umowy wymagająca przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wyjątki od tej zasady statuuje art. 455 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p., który przewiduje możliwość zastąpienia dotychczasowego wykonawcy nowym w trzech przypadkach:

- jeżeli taką możliwość zamawiający przewidział w postanowieniach umownych, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p. (art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a) u.p.z.p.),
- jeżeli w wyniku sukcesji, w następstwie przejęcia, połączenia, podziału, przekształcenia, upadłości, restrukturyzacji, dziedziczenia lub nabycia dotychczasowego wykonawcy lub jego przedsiębiorstwa, nowy wykonawca wstąpił w prawa i obowiązki dotychczasowego, i o ile nowy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia oraz zmiana podmiotowa nie pociąga za sobą innych istotnych zmian umowy, a także nie ma na celu uniknięcia stosowania przepisów u.p.z.p. (art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b) u.p.z.p.),
- jeżeli doszło do przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem jego podwykonawców, w sytuacji uregulowanej w art. 465 ust. 1 u.p.z.p. (tj. bezpośredniej wypłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy spowodowanej uchynieniem się od obowiązku zapłaty przez wykonawcę) (art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. c) u.p.z.p.).

Powyższy przepis, wobec brzmienia art. 58 ust. 5 u.p.z.p., znajduje zastosowanie również do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Na szczególną uwagę zasługują dwie pierwsze z wyżej wskazanych podstaw zmiany wykonawcy, gdyż ostatnia z nich, *de facto*, nie służy zastąpieniu wykonawcy podwykonawcą, ale dotyczy jedynie przejęcia przez zamawiającego zobowiązań wykonawcy względem podwykonawców<sup>365</sup>.

Najmniej wątpliwości budzi podstawa zmiany unormowana w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. b) u.p.z.p., która w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, polegać będzie na zastąpieniu dotychczasowego konsorcjanta nowym podmiotem, który w ramach sukcesji generalnej, wstąpił w pełni jego obowiązków i praw.

Natomiast, w odniesieniu do podstawy zmiany przewidzianej w art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a) u.p.z.p., pojawia się pytanie, w jakim stopniu zamawiający korzysta ze swobody przy kształtowaniu postanowień umownych umożliwiających modyfikację po stronie podmiotowej wykonawców.

---

<sup>365</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 455, teza nr 3.3.

Po pierwsze, oczywistym jest, że zamawiający zobowiązany jest do przestrzegania warunków formułowania klauzul rewidujących, określonych w art. 455 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p., co oznacza, że powinien określić przesłanki zmiany w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny. Klauzule rewidujące, umożliwiające zmianę podmiotową po stronie wykonawcy powinny przy tym określać zakres dopuszczalnych zmian, warunki ich wprowadzenia, a ostatecznie nie mogą modyfikować ogólnego charakteru umowy<sup>366</sup>.

Po drugie, zamawiający przy formułowaniu projektowanych postanowień umowy zobowiązany jest do przestrzegania zasad udzielania zamówień, w tym w szczególności zasady udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Dopuszczenie zatem przez zamawiającego możliwości zastąpienia wykonawcy wybranego w konkurencyjnym postępowaniu, dowolnemu podmiotowi, który nie został zweryfikowany pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, stałoby w rażącej sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, którzy uczestniczyli w postępowaniu i poddali się jego reżimowi<sup>367</sup>. Takie postępowanie stanowiłoby obejście prawa, które zgodnie z art. 58 § 1 k.c. jest bezwzględnie nieważne.

Stąd też ograniczony jest krąg okoliczności, uzasadniający dopuszczenie zmiany podmiotowej po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w trakcie realizacji zamówienia. Do takich dopuszczalnych przypadków, w doktrynie zalicza się przykładowo upadłość jednego z konsorcjantów<sup>368</sup>.

Źródła tego poglądu należy upatrywać w cytowanej już wyżej opinii Prezesa UZP wydanej jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy<sup>369</sup>.

W swoich rozważaniach, Prezes UZP zwrócił szczególną uwagę na solidarną odpowiedzialność wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, która wynika *ex lege*.

W rezultacie, zdaniem Prezesa UZP, ogłoszenie upadłości przez jednego z konsorcjantów, a nawet jego ostateczna likwidacja, pozostaje bez wpływu na zobowiązanie pozostałych członków konsorcjum. Zamawiający nadal może bowiem oczekiwać wykonania zamówienia przez partnerów zlikwidowanego podmiotu. Co więcej, powyższa okoliczność, nie wymaga nawet zmiany umowy w sprawie zamówienia publicznego, w tym wyrażenia zgody

---

<sup>366</sup> Art. 455 ust. 1 pkt 1 u.p.z.p.

<sup>367</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 455, teza nr 3.3.

<sup>368</sup> *Ibidem*

<sup>369</sup> *Opinia: Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum ...op.cit.*

zamawiającego na dokonanie cesji praw i obowiązków wynikających z tej umowy na pozostałych członków konsorcjum<sup>370</sup>.

Choć w pewnym stopniu nie można odmówić trafności stanowiska zaprezentowanego przez Prezesa UZP, to jednak jest ono dyskusyjne, zwłaszcza biorąc pod uwagę aktualne brzmienie przepisów, jak i zaprezentowane powyżej poglądy KIO oraz TSUE.

Przede wszystkim, wydaje się, że dopuszczenie w drodze klauzul rewidujących wprowadzonych na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a) u.p.z.p. zmiany podmiotowej po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w przypadku upadłości lub likwidacji jednego z konsorcjantów, nie powinno mieć charakteru bezwarunkowego.

W tym zakresie należy mieć na uwadze zasadę, sformułowaną początkowo przez TSUE i kontynuowaną przez składy orzekające KIO, iż zmiana składu konsorcjum nie może wiązać się z pogorszeniem sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców<sup>371</sup>. Zasada ta jest szczególnie istotna w kontekście wykazania się przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne spełnieniem warunków udziału w postępowaniu. Zmiana składu konsorcjum na etapie realizacji umowy wynikająca z likwidacji lub upadłości jednego z jego członków nie może wiązać się z utratą zdolności całego konsorcjum do wykonania zamówienia publicznego. Przyjęcie stanowiska odmiennego powodowałoby uprzywilejowanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne względem ich konkurentów, polegające na obniżeniu względem nich wymagań<sup>372</sup>. To zaś z kolei powodowałoby istotną zmianę zawartej umowy w rozumieniu art. 454 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, zmiana umowy jest istotna, jeżeli powoduje, że charakter umowy zmienia się w sposób istotny w stosunku do pierwotnej umowy, w szczególności jeżeli zmiana wprowadza warunki, które gdyby zostały zastosowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, to wzięliby w nim udział lub mogliby wziąć udział inni wykonawcy lub przyjęte zostałyby oferty innej treści. Tego typu zmiany zawsze wymagają przeprowadzenia nowego postępowania.

Nie można przy tym tracić z pola widzenia możliwego pogorszenia sytuacji samego zamawiającego. Osobiście nie zgadzam się z twierdzeniem Prezesa UZP, że upadłość lub likwidacja jednego z członków konsorcjum pozostaje bez wpływu na zobowiązanie

---

<sup>370</sup> Ibidem

<sup>371</sup> Zob. wyrok TSUE z 24.05.2016 r., C-396/14, MT Højgaard A/S and Züblin A/S v. Banedanmark, Legalis nr 1468683; wyrok KIO z dnia 22.01.2021 r., KIO 3357/20, Legalis nr 2537456; wyrok KIO z dn. 25.08.2023 r., KIO 2369/23, Legalis nr 2996207

<sup>372</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, op.cit., art. 454, teza nr 2.

pozostałych konsorcjantów oraz, że wynikająca z tego zmiana składu konsorcjum nie wymaga zgody zamawiającego.

Uszczuplenie składu konsorcjum nie powoduje, co prawda, wygaśnięcia samego zobowiązania, jednak istotnie modyfikuje sposób jego wykonania, zwłaszcza w sytuacji, gdy na skutek zmiany, po stronie wykonawcy zostaje tylko jeden podmiot. W takim przypadku, zobowiązanie, dotychczas o charakterze solidarnym, przestaje takim być, co wpływa w pewnym stopniu na pogorszenie sytuacji zamawiającego, który dotychczas mógł korzystać ze swobody w domaganiu się wykonania zobowiązania od każdego z dłużników.

Nie można też uznać, że z punktu widzenia zamawiającego w każdym przypadku bez znaczenia jest podział zadań przewidziany przez konsorcjantów i zadeklarowany w oświadczeniu złożonym na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. W przypadku, gdy dany konsorcjant został skierowany do realizacji określonej części zamówienia, zwłaszcza ze względu na wykazywane przez siebie zdolności, jego wystąpienie z konsorcjum w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego może prowadzić do sytuacji, w której wykonanie tej części zamówienia nie będzie miało takiego znaczenia dla zamawiającego.

Co prawda, według J. Lica, zazwyczaj przedmiotem umów w sprawie zamówienia publicznego są czynności zastępowalne, w związku z czym, konsorcjant może posłużyć się inną osobą w celu realizacji części zamówienia (art. 356 § 1 k.c.). Jeżeli jednak dana czynność ma charakter niezastępowalny, a tak by było w sytuacji, w której zamawiający określiliby kluczowe części zamówienia przeznaczone do osobistego wykonania przez wykonawcę, wówczas konsorcjant, zdaniem Autora, mógłby uchylić się od żądania zamawiającego wskazując na niemożliwość świadczenia w rozumieniu art. 387 § 1 k.c.<sup>373</sup>.

Nie ulega zatem wątpliwości, że uszczuplenie składu konsorcjum w wyniku upadłości lub likwidacji jednego z jego członków, nie powinno odbywać się w sposób automatyczny, bez zgody zamawiającego, gdyż byłaby to daleko idąca i szeroka interpretacja, mogąca prowadzić do pogorszenia sytuacji zarówno wykonawców uczestniczących w postępowaniu, jak i samego zamawiającego. W konsekwencji, pogląd Prezesa UZP trafnie skorygowano, wskazując, iż ewentualna upadłość lub likwidacja członka konsorcjum może być, pod pewnymi warunkami, dopuszczana stosownymi klauzulami rewidującymi wprowadzonymi do projektowanych postanowień umowy na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 lit. a) u.p.z.p.

---

<sup>373</sup> J. Lic, *Konstrukcja umowy...*, *op.cit.*, s. 154-155.

Zmianą, aczkolwiek nie polegającą na zmianie składu konsorcjum, na którą, w mojej ocenie, zamawiający nie musi wyrażać zgody, byłaby modyfikacja formy współpracy łączącej wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie. Mowa tutaj o zawarciu przez członków konsorcjum umowy spółki cywilnej w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak trafnie podkreślił Prezes UZP w jednej ze swoich opinii, brak jest przeszkód, aby wykonawcy uregulowali formę prawną swojej współpracy w postaci umowy spółki cywilnej, zarówno przed, jak i po zawarciu umowy z zamawiającym<sup>374</sup>.

Za taką dopuszczalnością przemawia przede wszystkim podobieństwo obu form współpracy: w wyniku zawarcia umowy spółki cywilnej, podobnie jak umowy konsorcjum, nie powstaje odrębny podmiot prawny, zaś poszczególni wspólnicy spółki, tak jak konsorcjanci, odpowiadają solidarnie za zobowiązania.

W konsekwencji, na skutek zawarcia przez konsorcjantów umowy spółki cywilnej, nie zostaje wykreowany nowy wykonawca, który zastąpiłby konsorcjum i odpowiadałby wobec zamawiającego na innych zasadach, niż przewidziane pierwotnie w umowie<sup>375</sup>.

Moim zdaniem, należy podzielić to zapatrywanie. Nie stoi on w sprzeczności z poglądem J. Lica, który dostrzega zasadnicze różnice pomiędzy umową konsorcjum, a umową spółki cywilnej. Nie mają one większego znaczenia z punktu widzenia interesu zamawiającego, któremu zależy na należyтым wykonaniu zamówienia. Ewentualnie, zmianą formy współpracy, z umowy konsorcjum na umowę spółki cywilnej mogą być zainteresowani wykonawcy wspólnie realizujący zamówienie. Do przyczyn, dla których dotychczasowi konsorcjanci decydują się na zawarcie umowy spółki cywilnej mogą należeć m.in. chęć utworzenia majątku wspólnego, w celu ułatwienia zasad finansowania realizacji zamówienia publicznego oraz rozliczania zysków i strat, czy ograniczenie autonomii partnerów w celu zapewnienia stabilności łączącego ich stosunku. Może to nastąpić zarówno na etapie wykonywania umowy zawartej z zamawiającym, jak i w sferze procesowej (wspólnicy spółki cywilnej, w odróżnieniu od partnerów konsorcjum po stronie czynnej są współuczestnikami koniecznymi). Zawarcie umowy spółki cywilnej na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi więc emanację swobody zawierania umów wyrażonej w art. 353<sup>1</sup> k.c., której w tym zakresie, nie stoi na przeszkodzie uzasadniony interes zamawiającego.

---

<sup>374</sup> Opinia, *Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum ...op.cit.*

<sup>375</sup> Ibidem



Można zatem sformułować tezę, że w aktualnym stanie prawnym brakuje wprost unormowania przewidującego możliwość oraz określającego zasady dokonywania zmiany składu konsorcjum, czy to na etapie postępowania, czy też w trakcie realizacji umowy. Brak ten jest tym bardziej dostrzegalny, że prawodawca przewidział możliwość zmiany podwykonawcy, w tym również będącego podmiotem trzecim, który udostępnia swoje zasoby wykonawcy na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w art. 462 ust. 7 u.p.z.p.). Zwrócenia uwagi wymaga, że w literaturze przedmiotu sygnalizuje się potrzebę uregulowania tej kwestii<sup>376</sup>.

### 3.6. Wnioski

Umowa konsorcjum stanowi przykład umowy nienazwanej, której źródłem jest zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. Stwarza ona szerokie możliwości osobom uprawnionym. Istotą umowy konsorcjum jest określenie zasad współdziałania dwóch lub więcej podmiotów w celu realizacji określonego przedsięwzięcia. Co do zasady, umowa konsorcjum nie została szczegółowo uregulowana w polskim systemie prawnym. Jednym ze szczególnych rodzajów konsorcjów jest konsorcjum zawierane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne.

Prawo zamówień publicznych zawiera fragmentaryczne unormowania dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Prawodawca nie wskazał wprost w przepisach ustawy umowy konsorcjum jako dopuszczonej formy współdziałania dwóch lub więcej wykonawców. Jak wskazano w ramach niniejszej rozprawy, wykonawcy pragnący złożyć wspólną ofertę, co do zasady, korzystają ze swobody wyboru formy współpracy, w ramach której będą ubiegać się o zamówienie. Powyższe, stanowi wyraz zasady wyrażonej na gruncie prawa unijnego, zgodnie z którą instytucje zamawiające nie mogą wymagać od grupy wykonawców posiadania określonej formy prawnej w celu przedłożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału.

Na gruncie prawa polskiego, oprócz umowy konsorcjum, drugą dopuszczalną formą wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne jest umowa spółki cywilnej. Obie instytucje, pomimo wielu podobieństw, w pewnym stopniu się różnią. Do podobieństw należy zaliczyć m.in. brak skutku umowy w postaci utworzenia osobnego podmiotu, posiadającego zdolność prawną oraz zdolność do czynności prawnej, czy też przeznaczenie umowy (współdziałanie kilku podmiotów dla realizacji określonego celu).

---

<sup>376</sup> Por. M. Lubiszewski, *Niesamodzielne wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu...op. cit.*, s. 36.

Z kolei cechami odróżniającymi konsorcjum od spółki cywilnej jest brak majątku wspólnego, większa autonomia konsorcjantów przejawiająca się w możliwości zawierania umów z podmiotami trzecimi na potrzeby realizacji wspólnego celu, możliwość osobnego rozliczania kosztów i zysków realizowanego przedsięwzięcia. Odmienne są również zasady reprezentacji na zewnątrz, odpowiedzialności konsorcjantów i wspólników spółki cywilnej względem wierzycieli, a w konsekwencji również legitymacji czynnej w procesie.

Umowa konsorcjum, z racji braku uregulowania powyższych kwestii na poziomie ustawowym, zasadniczo może być skonstruowana swobodnie, zgodnie z ustaleniami zainteresowanych stron. Zaznaczenia jednak wymaga, że swoboda ta, na gruncie Prawa zamówień publicznych, została w pewnej mierze ograniczona. Ustawodawca bowiem, na potrzeby prowadzonej procedury, a następnie realizowanej umowy, przewidział określone niezbędne warunki, jakie muszą spełnić wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie.

Po pierwsze, w stosunkach z zamawiającym, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne, niezależnie od przyjętej przez nich formy współdziałania, muszą ustanowić pełnomocnika do podejmowania określonych w ustawie czynności.

Po drugie, niezależnie od zasad odpowiedzialności obowiązujących na gruncie umowy konsorcjum, czy też umowy spółki cywilnej, wykonawcy wspólnie realizujący umowę w sprawie zamówienia publicznego, odpowiadają względem zamawiającego solidarnie za realizację zamówienia i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Jednocześnie, pomimo braku szczegółowych uregulowań w tym zakresie na gruncie u.p.z.p., z przepisów ogólnych k.c. wywodzi się, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne ponoszą także solidarną odpowiedzialność wobec zamawiającego za działania podejmowane w toku procedury zamówieniowej.

Powyższe zasady, ograniczają swobodę zawierania umów, z której korzystają wykonawcy przy formułowaniu postanowień umowy konsorcjum i zbliżają tę formę współpracy do umowy spółki cywilnej. Różnice pomiędzy tymi dwiema umowami dotyczą przede wszystkim obszaru relacji wewnętrznych pomiędzy odpowiednio współkonsorcjantami i wspólnikami spółki cywilnej, które pozostają poza kręgiem zainteresowania zamawiającego, gdyż z punktu widzenia jego interesu, są one bez znaczenia.

W konsekwencji, zmiana formy współpracy – z umowy konsorcjum na umowę spółki cywilnej i odwrotnie, zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i realizacji umowy zawartej z zamawiającym, jest dopuszczalna i nie wymaga

również dla swojej skuteczności osobnej akceptacji ze strony zamawiającego. Zatem z punktu widzenia interesu publicznego, przyjęta przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne forma współpracy nie ma istotnego znaczenia.

Pozostaje do rozważenia, czy przyjęcie określonej formy współpracy ma wpływ na sytuację wykonawców w procedurze i w jakich przypadkach, wspólne lub samodzielne ubieganie się o zamówienie publiczne jest najlepszym rozwiązaniem.

## Rozdział 4

### Konsorcjum a korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego

#### 4.1. Cel wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne

Zgodnie z powszechnie prezentowanymi poglądami w orzecznictwie i doktrynie, celem wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, czy to w formie umowy konsorcjum, czy umowy spółki cywilnej, jest łączne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a następnie wspólna realizacja zamówienia publicznego<sup>377</sup>. Wykonywanie umowy zawartej z zamawiającym wspólnie z innymi wykonawcami następuje wówczas, gdy przedmiot zamówienia jest złożony, a z jego realizacją wiąże się zbyt duże ryzyko lub zbyt wysokie koszty, które przekraczają możliwości pojedynczego podmiotu<sup>378</sup>.

Nie można odmówić w pewnym stopniu słuszności powyższemu poglądom, jednak nie da się nie zauważyć, iż nie znajdują one odzwierciedlenia w obowiązującym stanie prawnym.

Sam ustawodawca, regulując instytucję wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, nie określił wszakże celu, dla którego wykonawcy mogą podjąć decyzję o wspólnym złożeniu oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Prawodawca w art. 58 ust. 1 u.p.z.p. ograniczył się jedynie do ogólnego stwierdzenia, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne. Z literalnego brzmienia tego przepisu należy zatem wnioskować, że motywy wspólnego brania udziału w postępowaniu nie są istotne. Innymi słowy, wykonawcy mogą złożyć ofertę wspólnie niezależnie od tego, jak wygląda ich sytuacja podmiotowa, ani jaki jest przedmiot zamówienia, a więc także wtedy, gdy każdy z nich samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu lub jest w stanie wykonać zamówienie. Decyzja wykonawców jest w tym względzie autonomiczna i zależy od ich subiektywnej oceny co do tego, które rozwiązanie – oferta złożona samodzielnie, czy wspólnie – jest dla nich bardziej korzystne.

W konsekwencji, z przywołanej powyżej regulacji można wyciągnąć jeszcze dalej idący wniosek, a mianowicie, iż zamawiający nie jest uprawniony do tego, aby ingerować w decyzję wykonawców w przedmiocie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Stoją temu wszakże na przeszkodzie przepisy art. 58 ust. 3 i 5 u.p.z.p.

---

<sup>377</sup> Por. wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487

<sup>378</sup> J. Wysocki, *Konsorcjum jako wykonawca ...op.cit.*, s. 20-21

Zgodnie z pierwszą ze wskazanych norm, zamawiający nie może wymagać od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania określonej formy prawnej w celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wnosząc *a minori ad maius*, skoro zamawiający nie może narzucić wykonawcom formy współpracy, tym bardziej nie może wpływać na ich decyzję o tym, w jakiej konfiguracji złożą ofertę.

Z kolei art. 58 ust. 5 u.p.z.p. przewiduje zasadę odpowiedniego stosowania przepisów o wykonawcy do wykonawców występujących wspólnie w postępowaniu. Oznacza to, że konsorcjum (lub spółka cywilna) na gruncie tego przepisu jest traktowane jako wykonawca zbiorowy (choć nie posiada ono podmiotowości i struktury organizacyjnej oraz majątku i nie podlega rejestracji, a każdy z jego członków zachowuje swoją odrębność<sup>379</sup>).

Skoro więc zamawiający, po otrzymaniu samodzielnie złożonej oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, poddaje je badaniu i ocenie oraz weryfikuje sytuację podmiotową wykonawcy, do takich samych czynności musi ograniczyć się także względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Nie może, przykładowo, po stwierdzeniu, iż jeden z konsorcjantów samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, narzucić mu kontynuacji udziału w procedurze już jako pojedynczy wykonawca, bez udziału pozostałych konsorcjantów. Byłoby to wręcz działanie sprzeczne z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, o czym była mowa w podrozdziale 3.5.9. „Zmiany w składzie konsorcjum”. Jednocześnie, jeżeli zastosowanie znajdują normy wywołujące skutki negatywne wobec wykonawcy, takie jak wykluczenie, odrzucenie wniosku lub oferty, to zamawiający nie może traktować wykonawców wspólnie występujących odrębnie. Negatywne konsekwencje zaniechań lub uchybień jednego z członków konsorcjum będą obejmowały całe konsorcjum.

Zamawiający, w świetle art. 58 ust. 5 u.p.z.p., nie może więc różnicować (poza wyraźnie określonymi w ustawie wyjątkami, np. w art. 58 ust. 4 oraz art. 117 u.p.z.p.) pozycji konsorcjum względem wykonawcy samodzielnego i musi uznawać jego status wykonawcy w rozumieniu art. 7 pkt 30 u.p.z.p.

Powyższe, prowadzi do wniosku, iż wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, w świetle literalnego brzmienia przepisów u.p.z.p., nie jest instytucją *stricte* przeznaczoną tylko do sumowania potencjałów przez dwóch lub więcej wykonawców. Nie zmienia to oczywiście

---

<sup>379</sup> Wyrok NSA z 22.02.2017 r., II GSK 1853/15, LEX nr 2269996

faktu, iż w praktyce, najczęściej, na zawiązanie konsorcjum decydują się wykonawcy, którzy nie są w stanie samodzielnie spełnić warunków udziału w postępowaniu.

Zwrócenia przy tym uwagi wymaga fakt, że przewidziane w u.p.z.p. zasady sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne doznają pewnych ograniczeń, jak również na przestrzeni lat, budziły różne wątpliwości praktyczne.

Poniżej postaram się przybliżyć problematykę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego.

#### **4.2. Konsorcjum a podstawy wykluczenia**

Zanim jednak przejdę do przedstawienia kwestii spełniania warunków udziału w postępowaniu, pragnę zwrócić uwagę na drugi aspekt sytuacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, a mianowicie podleganie wykluczeniu.

Jak wskazano w Rozdziale I „Zagadnienia wstępne” podrozdział „Wykonawca”, intencją prawodawcy unijnego, jak również ustawodawcy krajowego było przyznanie statusu wykonawcy jak najszerszemu kręgowi podmiotów, niezależnie od ich formy organizacyjnoprawnej.

Niemniej jednak, na gruncie dyrektywy 2014/24/UE, a w ślad za nią, w ustawie – Prawo zamówień publicznych, dostrzeżono konieczność ograniczania dostępu do udziału w postępowaniu podmiotom nierzetelnym, którym powierzenie realizacji zamówienia wiązałoby się ze zbyt dużym ryzykiem po stronie zamawiającego. Służyć temu mają podstawy wykluczenia, które stanowią element tzw. „negatywnej” weryfikacji podmiotowej wykonawcy. W oparciu o nie dokonuje się selekcji wykonawców uczestniczących w postępowaniu i eliminuje tych, którzy popełnili uchybienia przewidziane w ustawie, jako dyskwalifikujące ich z dalszego w nim udziału. Zaznaczenia przy tym wymaga, iż podstawy wykluczenia, jako instrumenty, bądź co bądź prowadzące do ograniczenia konkurencji (co następuje poprzez eliminację uczestników postępowania), po pierwsze, muszą, zgodnie z zasadą legalizmu, wynikać z przepisów prawa, a po drugie, powinny być interpretowane w sposób zawężający. W konsekwencji, ukształtował się pogląd, iż zamawiający nie ma prawa wykluczyć wykonawcy z postępowania w sytuacji, gdy nie jest ponad wszelką wątpliwość przekonany o jej występowaniu.

W prawie unijnym, przepisem regulującym podstawy wykluczenia oraz ich stosowanie jest art. 57 dyrektywy 2014/24/UE<sup>380</sup>. Ustęp 1 i 2 tego przepisu statuuje podstawy wykluczenia, które

---

<sup>380</sup> Artykuł 57 dyrektywy 2014/24/UE: Podstawy wykluczenia:

1. Instytucje zamawiające wykluczają danego wykonawcę z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, gdy stwierdzą – po weryfikacji przeprowadzonej zgodnie z art. 59, 60 oraz 61 – lub gdy w inny sposób zdobyły informację, że w stosunku do tego wykonawcy wydany został prawomocny wyrok z powodu dopuszczenia się jednego z następujących czynów:

a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW (32);

b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (33) i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW (34), jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy;

c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich (35);

d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW (36), bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;

e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE (37);

f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE (38).

Obowiązek wykluczenia wykonawcy ma zastosowanie również w przypadku, gdy osoba skazana prawomocnym wyrokiem jest członkiem organów administracyjnych, zarządzających lub nadzorczych tego wykonawcy lub posiada w tych organach uprawnienia do reprezentowania, uprawnienia decyzyjne lub kontrolne.

2. Z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli instytucja zamawiająca wie, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, i jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej, zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym wykonawca ten ma siedzibę, lub zgodnie z przepisami prawa państwa członkowskiego instytucji zamawiającej.

Ponadto instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca może za pomocą dowolnych stosownych środków wykazać, że ten wykonawca naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne.

Ustęp ten przestaje mieć zastosowanie, jeżeli wykonawca spełnił swoje obowiązki, dokonując płatności należnych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, lub też zawierając wiążące porozumienia w celu spłaty tych należności, obejmujące w stosownych przypadkach narosłe odsetki lub grzywny.

3. Państwa członkowskie mogą przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia, o którym mowa w ust. 1 i 2, w wyjątkowych przypadkach, z uwagi na nadrzędne względy związane z interesem publicznym, takich jak zdrowie publiczne lub ochrona środowiska.

Państwa członkowskie mogą też przewidzieć odstępstwo od obowiązku wykluczenia, o którym mowa w ust. 2, w przypadku gdy wykluczenie byłoby w sposób wyraźny nieproporcjonalne, w szczególności gdy kwota zaległych podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne jest niewielka lub gdy – w związku z naruszeniem obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne – wykonawca został poinformowany o dokładnej należnej kwocie w takim terminie, że nie miał możliwości podjęcia środków przewidzianych w ust. 2 akapit trzeci przed upływem terminu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału lub, w przypadku procedur otwartych, terminu złożenia oferty.

4. Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z poniższych sytuacji:

a) gdy instytucja zamawiająca za pomocą dowolnych stosownych środków może wykazać naruszenie mających zastosowanie obowiązków, o których mowa w art. 18 ust. 2;

b) jeżeli wykonawca zbankrutował lub prowadzone jest wobec niego postępowanie upadłościowe lub likwidacyjne, jego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, jego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w krajowych przepisach ustawowych i wykonawczych;

bezwzględnie muszą być stosowane przez instytucje zamawiające w procedurze udzielania zamówień publicznych. Dotyczą one istotnych uchybień popełnionych przez wykonawcę, które w sposób zasadniczy podważają jego wiarygodność, takie jak popełnienie określonych

- 
- c) jeżeli instytucja zamawiająca może wykazać za pomocą stosownych środków, że wykonawca jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, które podaje w wątpliwość jego uczciwość;
  - d) jeżeli instytucja zamawiająca może stwierdzić, na podstawie wiarygodnych przesłanek, że wykonawca zawarł z innymi wykonawcami porozumienia mające na celu zakłócenie konkurencji;
  - e) jeżeli za pomocą mniej inwazyjnych środków nie można skutecznie zlikwidować konfliktu interesów w rozumieniu art. 24;
  - f) jeżeli zakłócenie konkurencji wynikające z wcześniejszego udziału wykonawców w przygotowaniu postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 41, nie może zostać wyeliminowane za pomocą mniej inwazyjnych środków;
  - g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;
  - h) jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji, które wymagane były do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji, zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić dokumentów potwierdzających wymaganych na mocy art. 59; lub
  - i) jeżeli wykonawca podjął kroki, aby nienależycie wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia.

Niezależnie od lit. b) akapitu pierwszego, państwo członkowskie może wymagać lub przewidzieć możliwość, by instytucja zamawiająca podjęła decyzję o niewykluczeniu wykonawcy znajdującego się w jednej z sytuacji, o których mowa w tej literze, gdy stwierdzi ona, że dany wykonawca będzie w stanie zrealizować zamówienie, z uwzględnieniem mających zastosowanie przepisów krajowych i środków dotyczących kontynuowania działalności gospodarczej w przypadku sytuacji, o których mowa w lit. b).

5. Instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem, jak i jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 2.

W dowolnym momencie w trakcie postępowania instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia wykonawcy, gdy okaże się, że – z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych przed postępowaniem lub w jego trakcie – dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 4.

6. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia.

W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu.

Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji.

Wykonawca, który został prawomocnym wyrokiem wykluczony z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w postępowaniu o udzielenie koncesji, nie jest uprawniony do skorzystania z możliwości przewidzianej w niniejszym ustępie w okresie wykluczenia wynikającym z tego wyroku w państwach członkowskich, w których taki wyrok jest obowiązujący.

7. Państwa członkowskie określają w przepisach ustawodawczych, wykonawczych lub administracyjnych, z uwzględnieniem prawa unijnego, warunki wykonania niniejszego artykułu. W szczególności państwa członkowskie ustalają maksymalny okres wykluczenia w przypadku, gdy wykonawca nie podejmie środków określonych w ust. 6 w celu wykazania swojej rzetelności. Jeżeli okres wykluczenia nie został określony w prawomocnym wyroku, nie przekracza on pięciu lat od daty skazania prawomocnym wyrokiem w przypadkach, o których mowa w ust. 1, i trzech lat od daty odnośnego zdarzenia w przypadkach, o których mowa w ust. 4.



przestępstw (udział w organizacji przestępczej, korupcja, nadużycie finansowe, przestępstwa terrorystyczne, pranie pieniędzy lub finansowanie terroryzmu, wykorzystywanie pracy dzieci i inne formy handlu ludźmi) oraz naruszenie obowiązków dotyczących płatności podatków lub opłacenia składek na ubezpieczenie społeczne, jeżeli ustalono to w drodze ostatecznego i wiążącego orzeczenia sądowego lub decyzji administracyjnej.

Z kolei w ustępie 4 art. 57 dyrektywy 2014/24/UE przewidziano podstawy wykluczenia, na podstawie których instytucje zamawiające mogą wykluczyć wykonawców lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do ich wykluczenia z udziału w postępowaniu. Są to zatem podstawy wykluczenia o charakterze fakultatywnym, których stosowanie jest zależne od woli zamawiającego bądź ewentualnie prawodawcy krajowego, jeżeli zadecyduje o ich wprowadzeniu do porządku prawnego. Te podstawy wykluczenia dotyczą mniej zasadniczych uchybień zaistniałych po stronie wykonawcy, które mogą wpływać na ocenę jego rzetelności (m.in. bankructwa, stanu upadłości lub likwidacji, występowania konfliktu interesów pomiędzy wykonawcą a zamawiającym, wprowadzenia przez wykonawcę zamawiającego w błąd, popełnienia poważnego wykroczenia zawodowego przez wykonawcę, nienależytego wykonania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, występowania zakłócenia konkurencji w związku z wcześniejszym udziałem tego wykonawcy w przygotowaniu postępowania itd.).

Na gruncie prawa krajowego, podstawy wykluczenia zostały uregulowane w art. 108 i 109 u.p.z.p. Ustawodawca, na wzór prawa unijnego, przewidział obligatoryjne podstawy wykluczenia (art. 108 u.p.z.p.), które znajdują zastosowanie w każdym postępowaniu (oprócz podstawy określonej w art. 108 ust. 2 u.p.z.p., która znajduje zastosowanie tylko w tych o wielkiej wartości) oraz fakultatywne podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 u.p.z.p. Fakultatywność tych drugich polega na tym, że zamawiający, w zależności od swojej decyzji, może przewidzieć ich stosowanie w danym postępowaniu bądź nie. Przy czym, w sytuacji gdy przesłanki fakultatywne zostaną przewidziane, wówczas zamawiający obowiązany jest stosować się do nich i w przypadku ich wystąpienia w stosunku do któregośkolwiek wykonawcy konieczne jest wykluczenie go z postępowania. „Fakultatywność” w rozumieniu art. 109 ust. 1 u.p.z.p. nie oznacza zatem uznaniowości przy stosowaniu przesłanek wykluczenia, ale swobodę w ich dobieraniu do danego postępowania.

Warto zaznaczyć, iż katalog obligatoryjnych podstaw wykluczenia w prawie krajowym jest szerszy niż przewidziany w art. 57 ust. 2 i 4 dyrektywy 2014/24/UE. Oprócz wykluczenia za prawomocne skazanie za określone przestępstwa oraz występowanie zaległości podatkowych

lub w opłacaniu składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne potwierdzonych prawomocnym wyrokiem lub decyzją, wykonawcy obligatoryjnie eliminowani są z postępowania, gdy orzeczono wobec nich zakaz ubiegania się o zamówienia publiczne, uczestnictwo w zmowie przetargowej oraz dopuszczenie się zakłócenia konkurencji.

Ponadto, do obligatoryjnych podstaw wykluczenia należą również tzw. „przesłanki sankcyjne”, przewidziane w regulacjach unijnych oraz krajowych, a będące wynikiem zastosowanych przez UE oraz Polskę sankcji na Federację Rosyjską w związku z jej agresją wojskową wobec Ukrainy od 24.02.2022 r.

Obecnie, w systemie zamówień publicznych, wobec wykonawców zastosowanie znajdują:

- podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 5k rozporządzenia (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie<sup>381</sup>,
- podstawa wykluczenia, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego<sup>382</sup>.

Są to, w uproszczeniu, przesłanki wykluczenia, które mają zapobiec sytuacji, w której zamawiający udzieli zamówienia lub umożliwi realizację części zamówienia (jako podwykonawcom lub dostawcom) podmiotom z Rosji lub Białorusi (lub z udziałem kapitału pochodzącego z tych krajów), a które są objęte sankcjami i wynikającymi z nich zakazami podejmowania współpracy.

Warto zaznaczyć, iż pierwsza z wyżej wymienionych podstaw ma zastosowanie wyłącznie do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, zaś druga znajduje zastosowanie dla wszystkich zamówień podlegających reżimowi ustawy – Prawo zamówień publicznych, bez względu na wartość.

Na gruncie regulacji krajowej, katalog fakultatywnych podstaw wykluczenia częściowo powieliła przesłanki wymienione przez prawodawcę unijnego w art. 57 ust. 4 dyrektywy 2014/24/UE (z pominięciem tych, które w ustawie krajowej zakwalifikowano do podstaw obligatoryjnych). Zamawiający może zatem zdecydować, iż w danym postępowaniu wyeliminuje wykonawców, którzy m.in. dopuścili się naruszenia przepisów prawa ochrony środowiska, prawa osób wykonujących pracę zarobkową, prawa pracy, znajdują się w stanie

---

<sup>381</sup> Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1

<sup>382</sup> t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 507

likwidacji, upadłości, zawieszenia działalności, dopuścili się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, wprowadzili zamawiającego w błąd, czy też naruszyli obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności, zamawiający powinien ustanawiać w postępowaniu określone fakultatywne podstawy wykluczenia tylko wtedy, gdy rzeczywiście służą one wyeliminowaniu z procedury tych wykonawców, których nierzetelność wiąże się ze zbyt dużym ryzykiem po stronie zamawiającego. Innymi słowy, powinny być one adekwatne do warunków realizacji przyszłej umowy. Przykładowo, celowym będzie przewidzenie podstawy wykluczającej z postępowania wykonawców na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. (tj. znajdujących się w stanie upadłości, czy likwidacji), jeżeli przedmiotem zamówienia jest inwestycja o dużej wartości, przewidująca bardzo szeroki zakres prac i wymagająca znacznego zaangażowania środków, w tym finansowych, po stronie wykonawcy. Zastosowanie tej podstawy wykluczenia zagwarantuje, iż w postępowaniu wezmą udział tylko takie podmioty, które będą w stanie „udźwignąć” ciężar przedsięwzięcia i je z powodzeniem zakończyć.

Należy mieć na uwadze, że na gruncie prawa unijnego, a w konsekwencji również krajowego, w niektórych przypadkach dopuszczalne są odstępstwa od obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zamawiającemu gwarantują taką możliwość dwa środki: *self – cleaning* i zasada proporcjonalności z art. 109 ust. 3 u.p.z.p.

Instytucja *self-cleaning* przewidziana w art. 110 ust. 2 i 3 u.p.z.p. stanowi implementację art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE do polskiego porządku prawnego. Jej celem jest umożliwienie wykonawcy podjęcia działań naprawczych w sytuacji, gdy zaistnieje wobec niego określona w ustawie przesłanka wykluczenia. Wówczas, biorąc udział w postępowaniu, wykonawca przedstawia zamawiającemu wyjaśnienia i dowody potwierdzające, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Ich uznanie przez zamawiającego za wystarczające powoduje brak konieczności wykluczenia wykonawcy, pomimo formalnego wystąpienia danej przesłanki.

Procedura samooczyszczenia nie dotyczy wszystkich podstaw wykluczenia. Skorzystać z tej instytucji mogą tylko wykonawcy, którzy podlegają wykluczeniu na podstawie: art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.z.p. (skazanie za określone przestępstwa), art. 108 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p. (porozumienie zakłócające konkurencję), art. 109 ust. 1 pkt 2 i 3 u.p.z.p. (popęlnienie przestępstwa, wykroczenia lub naruszeń w zakresie prawa pracy, ochrony środowiska, przepisów o zabezpieczeniu społecznym), art. 109 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p. (likwidacja, upadłość,

układ z wierzycielami, zawieszona działalność gospodarcza), art. 109 ust. 1 pkt 5 u.p.z.p. (poważne naruszenie obowiązków zawodowych), art. 109 ust. 1 pkt 7 u.p.z.p. (niewykonanie lub nienależyte wykonanie istotnego zobowiązania wynikającego z umowy), art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 u.p.z.p. (wprowadzenie w błąd zamawiającego), art. 109 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p. (bezprawne wpływanie na czynności zamawiającego).

To od decyzji zamawiającego zależy, czy wykonawca skutecznie przeprowadził *self – cleaning*, co skutkować będzie odstępniem od zastosowania wobec niego podstawy wykluczenia. Decyzji w tym zakresie zamawiający dokonuje w oparciu o ocenę przedłożonych przez wykonawcę dowodów potwierdzających podjęcie przez niego stosownych środków naprawczych. Jest ona pozytywna, jeżeli zastosowane środki wydają się wystarczające do przywrócenia rzetelności wykonawcy i pozwalają na sformułowanie tezy, iż jest małe prawdopodobieństwo, aby popełnił ponownie podobne uchybienie w przyszłości, a złożone dowody na potwierdzenie powyższego można ocenić jako wiarygodne,

Zgodnie z doktryną i orzecznictwem wypracowanymi na gruncie dotychczasowego stanu prawnego, każdy z członków konsorcjum będzie musiał odrębnie spełnić warunki niepodlegania wykluczeniu z postępowania, o których mowa w art. 108 i 109 u.p.z.p. (art. 24 d.p.z.p.). Taki stan utrzymywał się również pomimo nowelizacji z 22.06.2016 r. Potwierdziło to stanowisko UZP sformułowane w odpowiedzi na jedno z pytań dotyczących nowelizacji, zgodnie z którym, w przypadku oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania każdy z grupy takich wykonawców (konsorcjum) podlega ocenie, czy nie zachodzą przesłanki wskazujące na wykluczenie z postępowania. Zdaniem Urzędu, zaistnienie choćby jednej z tych przesłanek w odniesieniu do wykonawcy (pojedynczego) czy też jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum) skutkuje obowiązkiem wykluczenia z postępowania. Odnośnie do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zdaniem UZP, zasadniczo wystarczające jest, aby jeden z grupy takich podmiotów (konsorcjum) wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.<sup>383</sup>

Oznacza to więc, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest odrębnie badany pod kątem występowania podstaw wykluczenia.

Uchybienia, które stanowią podstawę do eliminacji wykonawcy z postępowania, wymienione w art. 108 i 109 u.p.z.p., w większości mają charakter indywidualny, które poszczególni

---

<sup>383</sup> Stanowisko UZP, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow> (dostęp: 6.03.2020 r.)

wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum popełniają, niezależnie od pozostałych jego członków (np. skazanie za określone przestępstwa, zaległości w płatności obciążeń publicznoprawnych, stan likwidacji, upadłości lub zawieszenia działalności). Oczywiście, są również takie przesłanki wykluczenia, które mogą znaleźć zastosowanie do wszystkich wykonawców z grupy ze względu na tę samą podstawę faktyczną (np. uczestnictwo w zmowie przetargowej, czy uprzednie nienależyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego, które realizowało konsorcjum w takim samym składzie).

Jednakże, stwierdzenie wystąpienia przesłanek wykluczenia w odniesieniu do całej grupy wykonawców, np. w sytuacji nienależytego wykonania umowy realizowanej w ramach konsorcjum, powinno następować z ostrożnością i nie może być dokonywane „automatycznie”.

Taki wniosek sformułował Trybunał w wyroku z 26.01.2023 r.<sup>384</sup> W niniejszej sprawie, TSUE rozpatrywał przypadek wykonawców, którzy wspólnie realizowali kontrakt, ostatecznie rozwiązany przez instytucję zamawiającą ze względu na znaczącą zwłokę w wykonaniu inwestycji. Przedmiotem rozważań sędziów luksemburskich było ustalenie, czy negatywne skutki przedwczesnego zakończenia umowy powinny w takim samym stopniu wpływać na sytuację poszczególnych konsorcjantów.

W tym zakresie, w pierwszej kolejności zwrócono uwagę, że stosowanie fakultatywnej podstawy wykluczenia, odnoszącej się do uprzedniego nienależytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, musi odbywać się zgodnie z zasadą proporcjonalności. To z kolei implikuje konieczność przeprowadzania przez instytucję zamawiającą konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy na podstawie wszystkich mających znaczenie okoliczności<sup>385</sup>. Stąd też nie można przyjmować, że w przypadku przedwczesnego rozwiązania umowy spowodowanego uporczywymi lub znaczącymi niedociągnięciami, każdy członek konsorcjum realizującego tę umowę powinien zostać zakwalifikowany jako nierzetelny i tym samym wykluczony z systemu zamówień publicznych<sup>386</sup>. Instytucja zamawiająca w takiej sytuacji winna badać indywidualny udział określonego członka grupy w stwierdzonych niedociągnięciach i w ewentualnych wysiłkach służących usunięciu tych uchybień. W ocenie Trybunału, powyższa konstatacja nie stoi w sprzeczności z zasadą solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za należyte wykonanie umowy w sprawie zamówienia

---

<sup>384</sup> Sprawa C-682/21, LEX nr 3477460

<sup>385</sup> Por. wyrok TSUE z dnia 3.06.2021 r., Rad Service i in., C-210/20, EU:C:2021:445, pkt 40

<sup>386</sup> Sprawa C-682/21, LEX nr 3477460

publicznego, gdyż zastosowanie przesłanek wykluczenia powinno opierać się na zawinionym lub niedbałym charakterze indywidualnego zachowania członka grupy<sup>387</sup>.

Podobne poglądy pojawiały się zresztą również w orzecznictwie sądów polskich. Na zwrócenie uwagi w tym zakresie zasługuje m.in. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dn. 17.06.2022 r.<sup>388</sup> Stwierdzono w nim, iż sam fakt przynależności do konsorcjum, które zostało zobowiązane do zapłacenia kary umownej, nie oznacza automatycznie, iż niewykonanie lub długotrwałe nienależyte wykonanie umowy nastąpiło z przyczyn leżących po stronie określonego konsorcjanta.

W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż Sąd Okręgowy swój wniosek wywiódł z różnic występujących pomiędzy instytucją konsorcjum, a umową spółki cywilnej. Jako argument kluczowy wskazano na pogląd, iż z istnienia umowy konsorcjum nie musi wynikać współczestnictwo konieczne po stronie powodowej<sup>389</sup>. W rezultacie, brak jest podstaw do stosowania zasad legitymacji procesowej właściwych dla spółki cywilnej w odniesieniu do konsorcjum, jeżeli wolą jego członków było zawarcie tymczasowego związku, pozbawionego więzi organizacyjnych oraz majątku wspólnego. Zamawiający weryfikując zatem sytuację podmiotową wykonawcy należącego do konsorcjum, które miało dopuścić się istotnych uchybień przy realizacji przeszłego kontraktu, zobowiązany jest zbadać podstawę i treść stosunku łączącego grupę wykonawców. Od wyników tego badania zależy ustalenie, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy<sup>390</sup>.

Inaczej analogiczne stanowisko w tym zakresie argumentowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 14.09.2018 r.<sup>391</sup> Podobnie jak TSUE w omówionym powyżej orzeczeniu, KIO opowiedziała się za koniecznością indywidualnego badania konkretnego przypadku pod kątem rzeczywistego zawinienia określonego konsorcjanta i jego przyczynienia się do niewykonania lub nienależytego wykonania poprzedniej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak jest bowiem uzasadnienia dla przyjęcia poglądu, iż każdy z członków konsorcjum w takim samym stopniu ponosi odpowiedzialność za uchybienia w realizacji kontraktu. Nie przemawia za tym również fakt ponoszenia przez nich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie zamówienia. Zdaniem składu orzekającego, kwestia ta, jako mająca charakter wyjątkowy,

---

<sup>387</sup> Ibidem

<sup>388</sup> Sygn. akt: XXIII Zs 71/22, SZUKIO/113859

<sup>389</sup> Ibidem

<sup>390</sup> Ibidem

<sup>391</sup> KIO 1736/18, Legalis nr 1856631

właściwy wyłącznie na gruncie regulacji z zakresu zamówień publicznych, nie może być interpretowana rozszerzająco. W rezultacie, solidarna odpowiedzialność pozostaje bez wpływu na ocenę występowania przesłanek wykluczenia<sup>392</sup>.

Na konieczność zindywidualizowanej oceny działań konkretnego wykonawcy, w oderwaniu od jego uczestnictwa w grupie, wskazywał zresztą także TSUE w orzeczeniu Esaprojekt<sup>393</sup>. W ślad za nim, pogląd ten przyjmowano również w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej<sup>394</sup>. Choć powyższe zapatrywania odnosiły się przede wszystkim do weryfikacji zdolności wykonawcy, to jednak trafnie uznano, iż analogicznie mogą one znaleźć zastosowanie także do oceny jego postępowania pod kątem występowania przesłanek wykluczenia.

Warto jednak zaznaczyć, iż nie zawsze podzielano powyższy pogląd. W wyroku z dnia 24.08.2007 r.<sup>395</sup> Sąd Okręgowy we Wrocławiu stwierdzono, iż ze względu na solidarną odpowiedzialność konsorcjantów, skutki niewykonania lub nienależytego wykonania zamówienia obciążają wszystkich członków grupy.

Osobiście opowiadam się za pierwszą z wyżej wskazanych linii orzeczniczych. Trafnie w tym zakresie zwrócono uwagę, że stwierdzenie wystąpienia wobec danego wykonawcy podstawy wykluczenia nie powinno następować automatycznie, wyłącznie w oparciu o fakt przynależności do grupy, która dopuściła się uchybień. Tym bardziej, że wskazana przesłanka służy wyeliminowaniu wykonawców nierzetelnych, którym udzielenie zamówienia wiąże się z istotnym ryzykiem niewykonania lub nienależytego wykonania kolejnego kontraktu. Nie ulega natomiast wątpliwości, że takie cechy jak rzetelność, czy wiarygodność mają charakter osobisty, wymagający indywidualnej oceny postawy określonego podmiotu. W pełni zgadzam się w tym zakresie z twierdzeniem, iż dla przeprowadzenia takiej oceny nie ma znaczenia okoliczność solidarnej odpowiedzialności wykonawców względem zamawiającego. Jest ona bowiem konstrukcją przewidzianą przez prawodawcę wyłącznie w celu zabezpieczenia interesów zamawiającego w sytuacji występowania wielu podmiotów po stronie wykonawcy. Niezależnie jednak od jej występowania, konsorcjanci nadal mają prawo do samodzielnego uregulowania stosunków wewnętrznych, w tym dokonania podziału zadań oraz określenia zasad odpowiedzialności względem siebie. Nie byłoby zatem zasadne obciążanie winą tego z członków konsorcjum, który był zaangażowany w określone zadanie w stopniu marginalnym, a jeżeli brał aktywny udział w jego realizacji, to starał się zapobiec uchybieniom.

---

<sup>392</sup> Ibidem

<sup>393</sup> Sprawa C-387/14, Legalis nr 1587629

<sup>394</sup> Wyrok KIO z 9.08.2018 r., KIO 1311/18, niepubl.

<sup>395</sup> Sygn. akt: X Ga 219/07, SZUKIO/19243

W rezultacie, w zdecydowanej większości przypadków, podstawy wykluczenia występują odrębnie w odniesieniu do poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia.

Zaznaczenia jednak wymaga, iż o ile przesłanki wykluczenia występują i są badane odrębnie w stosunku do poszczególnych członków konsorcjum, to skutek w postaci eliminacji z postępowania znajduje zastosowanie do całej grupy wykonawców.

Wykluczenie wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w sytuacji, gdy tylko wobec jednego z nich aktualizuje się podstawa wykluczenia, nie budzi wątpliwości, jeżeli pozostali członkowie grupy nie są w stanie, bez tego jednego współkonsorcjanta, wykazać posiadania niezbędnego potencjału do wykonania zamówienia.

Pojawia się jednak pytanie, czy wykluczanie całego konsorcjum jest uzasadnione, w przypadku, gdy podstawa wykluczenia występuje wyłącznie w odniesieniu do jednego z jego członków, natomiast pozostali wykonawcy z grupy są w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu bez jego uczestnictwa?

W takiej sytuacji, doszłoby do zmniejszenia składu konsorcjum, na zasadzie podobnej, jak w przypadku – dopuszczonej na gruncie orzecznictwa TSUE – zmiany składu grupy wykonawców w sytuacji likwidacji jednego z jej członków (szerzej ta kwestia została przedstawiona w Rozdziale „Konsorcjum w Prawie zamówień publicznych”, podrozdział „Zmiany w składzie konsorcjum”).

Jak wskazano przy tym powyżej w niniejszej pracy, TSUE w orzeczeniu z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie MT Højgaard A/S, na zasadzie wyjątku, uznał za dopuszczalne umożliwienie jednemu z wykonawców udziału w postępowaniu we własnym imieniu, pomimo, iż na wcześniejszym jego etapie występował w grupie przedsiębiorstw. Podstawowym warunkiem w tym względzie było samodzielne spełnienie przez tego wykonawcę wymogów określonych przez zamawiającego<sup>396</sup>.

Trybunał zwrócił jednak uwagę, iż ograniczenie składu konsorcjum jest dopuszczalne w wyjątkowych sytuacjach i wymaga ustalenia ponad wszelką wątpliwość, iż taka zmiana nie doprowadzi do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców, przejrzystości i uczciwej konkurencji<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> Sprawa C-396/14, Legalis nr 1468683

<sup>397</sup> Ibidem



Wydaje się natomiast, iż zaniechanie eliminacji całego konsorcjum z postępowania w przypadku, gdy podstawa wykluczenia występuje tylko wobec jednego członka i umożliwienie dalszego udziału w postępowaniu pozostałym wykonawcom z grupy (o ile spełniają oni warunki udziału w postępowaniu) byłoby właśnie działaniem sprzecznym z zasadami równego traktowania wykonawców, przejrzystości i uczciwej konkurencji.

Emanacją zasady równości jest bowiem między innymi art. 58 ust. 5 u.p.z.p., zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Skoro natomiast, w świetle art. 57 pkt 1 u.p.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu, to zasada równego traktowania wymaga, aby konsorcjum, rozumiane jako całość, nie mogło brać udziału w postępowaniu, jeżeli wobec choćby jednego z jego członków zachodziła podstawa wykluczenia. Gdyby bowiem dopuszczalne było ograniczanie składu konsorcjum i eliminowanie wyłącznie tego konsorcjanta, który popełnił uchybienie, w stosunku do wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie przewidziany byłby dodatkowy środek umożliwiający „ratowanie” ich oferty lub wniosku, który nie miałby swojego odpowiednika w przypadku wykonawców uczestniczących w procedurze samodzielnie. Byłby to więc przykład faworyzowania grup wykonawców, pozostający w sprzeczności z zasadą równego traktowania określoną w art. 16 pkt 1 u.p.z.p. i art. 58 ust. 5 u.p.z.p.

Na gruncie jeszcze poprzednio obowiązującej ustawy, wykształcił się pogląd, iż zamawiający nie może, poza wyraźnie przewidzianymi w ustawie wyjątkami, traktować w sposób różny wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i wykonawców samodzielnych. Odmienny sposób traktowania konsorcjum może wynikać wyłącznie ze specyficznego określenia przez zamawiającego wymagań związanych z realizacją zamówienia, o ile takie wymagania są uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu (art. 58 ust. 4 u.p.z.p.). Natomiast w zakresie negatywnych skutków takich jak wykluczenie z postępowania, odrzucenie oferty, czy zatrzymanie wadium, wykonawcy, niezależnie od przyjętej przez siebie formy organizacyjnoprawnej (udział samodzielny, czy w grupie), powinni być traktowani tak samo<sup>398</sup>.

Na konieczność stosowania sankcji zbiorowej wobec wszystkich wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, niezależnie od tego, że uchybienie popełnił tylko jeden jego członek, zwracano uwagę w orzecznictwie dotyczącym zatrzymania wadium. W wyroku z 18.06.2015

---

<sup>398</sup> M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych.....*, *op.cit.*, art. 58, teza nr 8.

r.<sup>399</sup> Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że każda czynność lub zaniechanie wykonawcy należącego do konsorcjum jest zarazem czynnością wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, i odwrotnie. Jeżeli więc jeden z wykonawców uchyla się od ustawowych obowiązków, to nie dopełniają ich również pozostali. Źródła tej „zbiorowej odpowiedzialności” konsorcjantów skład orzekający upatrywał w jednej z naczelných zasad prawa zamówień publicznych, przyjmującej iż zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Skoro więc oferta została złożona wspólnie i taką ofertę zamawiający wybrał, to nie jest możliwe zawarcie umowy ze wszystkimi wykonawcami, jeżeli jeden z nich uchyla się od podpisania kontraktu z zamawiającym<sup>400</sup>.

Z powyższego należy zatem wywodzić, iż zasada równego traktowania wymaga, aby wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponosili negatywne konsekwencje występowania podstawy wykluczenia wobec choćby jednego z nich.

Pojawia się zatem pytanie, czy aby uniknąć wykluczenia z postępowania, procedurę self – cleaning powinni przeprowadzić wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, czy wyłącznie ten z nich, wobec którego podstawa wykluczenia występuje?

Odpowiadając na tę wątpliwość, należy zwrócić uwagę na dwa istotne aspekty: istotę procedury self – cleaning oraz różnicę pomiędzy wystąpieniem podstawy wykluczenia, a samym skutkiem w postaci eliminacji z postępowania.

Jeżeli chodzi o samą procedurę samooczyszczenia, jak zasygnalizowano powyżej w niniejszym podrozdziale, to jej celem jest umożliwienie wykonawcy podjęcia działań naprawczych pozwalających na przywrócenie mu rzetelności (pomimo uprzednio popełnionych uchybień, skutkujących wykluczeniem z postępowania). Ten zasadniczy cel wynika z brzmienia art. 110 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym to zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę środki naprawcze są wystarczające do wykazania przez niego rzetelności, przy uwzględnieniu wagi czynu oraz szczególnych okoliczności jego popełnienia. W przypadku negatywnego wyniku oceny zamawiającego, wykonawca podlega wykluczeniu.

Istotą samooczyszczenia jest zatem odzyskanie wiarygodności przez wykonawcę, który popełnił uchybienie, wskutek czego, stosowanie sankcji w postaci jego wykluczenia nie będzie już uzasadnione (bowiem zastosowane środki naprawcze gwarantują, iż podobne naruszenie nie zostanie popełnione w przyszłości).

---

<sup>399</sup> KIO 1177/15, LEX nr 1808521

<sup>400</sup> Ibidem

W konsekwencji, środki naprawcze powinien podejmować ten z wykonawców, który utracił wiarygodność na skutek swojego nieprawidłowego działania i wobec którego, w związku z powyższym, zachodzi podstawa wykluczenia. Jeżeli podjęte przez niego środki zostaną ocenione pozytywnie przez zamawiającego, wówczas skutek w postaci wykluczenia, który rozciągnąłby się na wszystkich członków konsorcjum, zostałby uchylony.

Taki pogląd, wskazujący na przeprowadzanie procedury self – cleaning wyłącznie przez tego z wykonawców, który uchybienie popełnił, zaprezentowała m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dn. 22.09.2022 r., określając tę instytucję jako „*procedurę autonaprawczą*”, przeprowadzaną samodzielnie przez wykonawcę, u którego wystąpił incydent<sup>401</sup>.

Z powyższego należy zatem wnioskować, że podstawa wykluczenia występująca w stosunku do jednego z członków konsorcjum, choć wpływa na sytuację całej grupy wykonawców (gdyż skutkuje ich wykluczeniem, chyba, że zostanie przeprowadzony skutecznie self – cleaning), to zasadniczo nie rzutuje na samą rzetelność współkonsorcjantów.

Należy jednak zauważyć, że możliwe jest jednak zaistnienie sytuacji, w której występowanie podstawy wykluczenia wobec jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, powoduje utratę wiarygodności pozostałych członków grupy. Taki przypadek może zachodzić, gdy jeden z wykonawców dopuścił się deliktu, do którego nie przyznał się zamawiającemu, natomiast pozostali członkowie konsorcjum, wiedząc o istnieniu tego uchybienia, również nie przekazali w tym zakresie stosownej informacji. Innymi słowy, uczestnicy grupy wykonawców mogą ponosić odpowiedzialność za wprowadzenie w błąd zamawiającego co do występowania podstawy wykluczenia wobec jednego ze współkonsorcjantów.

Taka zbiorowa odpowiedzialność, choć jest dopuszczalna, może wystąpić jednak wyjątkowo i pod pewnymi warunkami. W tym przedmiocie wypowiedział się TSUE w wyroku z dnia 7.09.2021 r. w sprawie UAB „Klaipėdos Regiono Atliekų Tvarkymo Centras“ przeciwko UAB „Ecoservice Klaipėda”<sup>402</sup>.

Za kluczową w tym zakresie, TSUE uznał zasadę proporcjonalności, która zakłada stosowanie środków adekwatnych, niewykraczających poza cel przewidziany przez dyrektywę. Stąd też, w

---

<sup>401</sup> KIO 2360/22, LEX nr 3485297

<sup>402</sup> Sprawa C-927/19, LEX nr 3216612

ocenie Trybunału, zamawiający powinni zachować szczególną ostrożność przy stosowaniu fakultatywnych podstaw wykluczenia<sup>403</sup>.

Stąd też, TSUE zwrócił uwagę na konieczność dokonywania przez zamawiającego konkretnej i zindywidualizowanej oceny zachowania danego podmiotu. W tym względzie, zamawiający powinien zbadać, czy oferent dysponował środkami, które pozwalały mu sprawdzić wystąpienie uchybienia po stronie konsorcjanta, który dopuścił się uchybienia<sup>404</sup>.

Ostatecznie, Trybunał doszedł do wniosku, iż uregulowania krajowe, które przewidują możliwość nałożenia sankcji na wszystkich członków grupy, w sytuacji gdy tylko jeden z wykonawców wprowadził zamawiającego w błąd, o czym pozostali konsorcjanci nie wiedzieli, są sprzeczne z prawem unijnym<sup>405</sup>.

TSUE w przeważającej mierze oparł swoje rozstrzygnięcie o wnioski sformułowane w wyroku z dnia 3.06.2021 r. wydanym w sprawie *Rad Service*<sup>406</sup>. We wskazanym orzeczeniu, Trybunał rozstrzygał analogiczną kwestię odpowiedzialności wykonawcy za informacje podane przez podmiot, który udostępnił mu swoje zasoby (nie zaś partnera konsorcjum).

Również w tej sprawie, TSUE podkreślił znaczenie zasady proporcjonalności, która w odniesieniu do podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zdolności wykonawcy, po pierwsze, umożliwia mu skorzystanie z procedury self – cleaning, a po drugie, pozwala wykonawcy na zastąpienie takiego podmiotu innym, jeżeli okaże się, mimo wszystko, iż występuje wobec niego podstawa wykluczenia<sup>407</sup>.

Stąd też, w ocenie Trybunału, zastosowanie wobec wykonawcy sankcji wykluczenia powinno być dokonywane jedynie w wyjątkowych sytuacjach, zwłaszcza jeżeli wykluczenie miałyby nastąpić z powodu naruszenia popełnionego nie bezpośrednio przez niego, lecz przez podmiot, na którego zdolnościach zamierza on polegać i wobec którego nie dysponuje żadnym środkiem kontroli<sup>408</sup>.

Z powyższego wynika więc, iż, zasadniczo, zbiorowa odpowiedzialność grupy wykonawców za wprowadzenie w błąd zamawiającego przez jednego z nich, jest sprzeczna z zasadą proporcjonalności. Niemniej jednak, TSUE nie wyklucza takiej odpowiedzialności w sytuacji,

---

<sup>403</sup> Ibidem

<sup>404</sup> Ibidem

<sup>405</sup> Ibidem

<sup>406</sup> Sprawa C-210/20, Dz.U.U.E.C.2021/289/15

<sup>407</sup> Ibidem

<sup>408</sup> Ibidem

gdy partnerzy takiego niestaranego wykonawcy wiedzieli o nieprawdziwych informacjach, jakie ten złożył w postępowaniu.

Ustalenie, czy współkonsorcjanci wiedzieli o naruszeniu dokonanym przez jednego z członków grupy wymaga, jak zauważył Trybunał, indywidualnego badania każdego przypadku, przy czym, istotnym czynnikiem w tym względzie jest zakres kontroli, jaki uczestnicy grupy posiadają względem podmiotu, który dopuścił się uchybienia.

Wspomniany powyżej zakres kontroli może być rozpatrywany w różnych aspektach – zarówno w kontekście roli, jaką podmioty te pełnią w danym postępowaniu (czy występują w formie konsorcjum, czy jako wykonawca korzystający z podmiotu udostępniającego zasoby), jak i charakteru stosunków prawnych i faktycznych występujących pomiędzy nimi.

Inaczej bowiem kształtuje się odpowiedzialność za przekazywane informacje w przypadku konsorcjum i wykonawców korzystających z podmiotów trzecich.

W tym pierwszym przypadku, każdy wykonawca wspólnie ubiegający się o zamówienie jest odpowiedzialny za prawidłowe sporządzenie oświadczeń lub dokumentów wymaganych w danym postępowaniu i każdy z nich składa je we własnym imieniu. Jedynie w pewnym zakresie, pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie reprezentuje całe konsorcjum (zgodnie z art. 58 ust. 2 u.p.z.p.).

Między innymi właśnie z tego względu – iż oświadczenie własne w przedmiocie występowania podstaw wykluczenia, składane jest samodzielnie przez każdego z członków konsorcjum – Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 25.06.2021 r.<sup>409</sup>, stwierdziła, iż nie można pociągnąć do odpowiedzialności wykonawcy za wprowadzenie w błąd zamawiającego popełnione przez jego partnera w innym postępowaniu. Oświadczenia wstępne (składane w postaci JEDZ w postępowaniach o wartości powyżej progów unijnych) stanowią bowiem oświadczenia własne każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, które poszczególni konsorcjanci składają niezależnie od siebie i we własnym imieniu<sup>410</sup>.

Natomiast w przypadku wykonawcy, który korzysta z potencjału udostępnionego mu przez podmiot trzeci, jego odpowiedzialność za informacje przekazane zamawiającemu jest szersza. Należy bowiem wskazać, że niezależnie od tego, iż część dokumentów lub oświadczeń wymaganych w postępowaniu sporządza podmiot trzeci (np. JEDZ, zobowiązanie do udostępnienia zasobów), to jednak podmiotem, który je składa zamawiającemu, jest

---

<sup>409</sup> KIO 1457/21, LEX nr 3257411

<sup>410</sup> Ibidem

wykonawca. Zatem to wykonawca odpowiada za zgodność treści tych dokumentów lub oświadczeń z rzeczywistością i w tym zakresie, zobowiązany jest do dochowania podwyższonej staranności.

Na konieczność zachowania przez wykonawców ostrożności względem oświadczeń podmiotu trzeciego oraz obowiązek zweryfikowania prawdziwości pozyskanych od nich informacji zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22.08.2022 r.<sup>411</sup>. Skład orzekający wskazał w uzasadnieniu wyroku, iż skoro wykonawca decyduje się na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jego obowiązkiem jest weryfikacja, czy podmiot ten rzeczywiście dysponuje udostępnianym zasobem. Brak takiego wnikliwego zbadania ze strony wykonawcy i oparcie się wyłącznie na dobrej wierze co do prawdziwości oświadczenia podmiotu, zdaniem KIO, stanowi przejaw lekkomyślności i niedbalstwa wykonawcy. W związku z powyższym, w ocenie składu orzekającego, przy ocenie postępowania wykonawcy nie ma znaczenia, iż jego intencją nie było wprowadzenie zamawiającego w błąd. Już samo niedochowanie odpowiedniego poziomu staranności, świadczy o niewystarczającej rzetelności z jego strony<sup>412</sup>.

Z powyższego wynika więc, iż wykonawca korzystający z podmiotu trzeciego powinien dochować wyższego stopnia staranności przy przekazywaniu informacji zamawiającemu dotyczących tego podmiotu, niż w przypadku danych dotyczących potencjału jego współkonsorcjanta.

Niemniej jednak, jak zaznaczono powyżej, dla ustalenia poziomu kontroli, jaki występuje w danej grupie wykonawców, istotny jest także charakter stosunków prawnych i faktycznych występujących pomiędzy nimi. W szczególności, więc dokonując oceny, czy dany wykonawca mógł wiedzieć o popełnionym przez jego partnera delikcie, należy uwzględnić takie okoliczności jak uczestnictwo tych wykonawców w tej samej grupie kapitałowej, czy dotychczasowy przebieg ich współpracy. Istnieje bowiem większe prawdopodobieństwo, iż wykonawcy znają nawzajem swoją sytuację podmiotową, jeżeli występują pomiędzy nimi powiązania kapitałowe, bądź osobowe lub też pozostają oni w stałych stosunkach gospodarczych (np. od lat uczestniczą w wielu postępowaniach w takim składzie konsorcjum).

Dotychczas jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej nie wydano rozstrzygnięcia, w którym to stwierdzono odpowiedzialność za informacje podane przez konsorcjanta w postępowaniu, w sposób uwzględniający możliwy stopień kontroli wynikający z powiązań

---

<sup>411</sup> KIO 1854/22, LEX nr 3478654

<sup>412</sup> Ibidem

kapitałowych, czy łączących wykonawców stosunków handlowych. Izba w tym zakresie preferuje podejście ostrożnościowe, mając na uwadze, iż wykluczenie wykonawcy z systemu zamówień publicznych na kilka lat (zgodnie z art. 111 u.p.z.p.) jest na tyle dotkliwą sankcją, iż powinna być stosowana wyłącznie wtedy, gdy jest to środek adekwatny do stwierdzonego uchybienia, a ponadto występowanie przesłanek jej zastosowania wobec danego wykonawcy nie budzi żadnych wątpliwości.

W tym względzie na uwagę zasługuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28.11.2022 r.<sup>413</sup>, w którym Izba rozstrzygała kwestię odpowiedzialności lidera konsorcjum za informacje podane przez członka, przy czym oba podmioty były również powiązane kapitałowo. Skład orzekający ostatecznie nie dostrzegł podstaw do tego, aby uznać, że podstawa wykluczenia znajduje zastosowanie do obu członków konsorcjum. Przy czym, uzasadniając swoje stanowisko, Izba zwróciła uwagę na zasadę proporcjonalności, która wymaga stosowania środków adekwatnych do stwierdzonego uchybienia. W ocenie KIO, zasada ta implikuje również konieczność dokonywania indywidualnej oceny każdego przypadku. W sytuacji braku możliwości jednoznacznego stwierdzenia, iż konsorcjant miał wiedzę na temat nieuczciwych praktyk współkonsorcjanta, nie jest możliwe zastosowanie tak daleko idącej sankcji jak wykluczenie wykonawcy z systemu zamówień publicznych na kilka lat<sup>414</sup>.

Izba zatem w tym względzie, oparła swoje rozstrzygnięcie częściowo o wnioski wynikające ze wspomnianego powyżej wyroku TSUE z dnia 7.09.2021 r.<sup>415</sup>

Takie ostrożnościowe podejście Krajowej Izby Odwoławczej jest w pewnym stopniu zrozumiałe. W istocie, wykluczenie na kilka lat z systemu zamówień publicznych, stanowi dotkliwą sankcję dla wykonawcy, stąd nie dziwi słuszna obawa co do sięgania po ten środek, jak również przekonanie, iż powinien on być stosowany w przypadkach, gdy współwina konsorcjanta jest jednoznacznie potwierdzona.

Z drugiej jednak strony, w mojej ocenie, stanowisko TSUE zaprezentowane w wyżej omówionym wyroku, niewykluczające możliwości stosowania sankcji wobec współkonsorcjantów świadomych nieuczciwości jednego z członka grupy, uzasadnia stosowanie zdroworozsądkowego podejścia przy dokonywaniu oceny *ad casu*. Moim zdaniem, skład orzekający, przy ustaleniu prawdopodobieństwa, czy pozostali członkowie konsorcjum mogli posiadać wiedzę co do uchybień konsorcjanta, powinien brać pod uwagę charakter

---

<sup>413</sup> KIO 2960/22, LEX nr 3452737

<sup>414</sup> Ibidem

<sup>415</sup> Sprawa C-927/19, Legalis nr 2606022

występujących pomiędzy nimi powiązań oraz okres ich trwania, jak również okoliczności popełnienia czynu. Jeżeli konsorcjanci są podmiotami ściśle powiązanymi kapitałowo oraz osobowo, a przy tym współpracują od lat, to prawdopodobieństwo, iż mieli wiedzę na temat nieuczciwych zachowań jednego z członków konsorcjum jest bardzo wysokie. Podobnie winna przebiegać weryfikacja podmiotowa, gdy wiedza na temat popełnionego przez współkonsorcjanta czynu jest znana powszechnie w danej branży. W takich sytuacjach, w mojej ocenie, nie ma podstaw do tego, aby uchylać się od zastosowania sankcji wobec wszystkich konsorcjantów, jeżeli zgodnie przemilczają fakt występowania podstawy wykluczenia wobec jednego z nich. Tego typu zachowania, polegające na „kryciu” nieuczciwego wykonawcy stanowią istotne zagrożenie dla wiarygodności dokumentów składanych w toku procedury o udzielenie zamówienia publicznego i z tego też powodu powinny być konsekwentnie eliminowane za pomocą dotkliwych sankcji.

#### **4.3. Zasady sumowania potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na gruncie d.p.z.p.**

Jak zasygnalizowałam powyżej, weryfikacja podmiotowa wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie odbywa się nie tylko pod kątem podstaw wykluczenia, ale również spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z ogólną zasadą wynikającą z art. 57 pkt 2 u.p.z.p. o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jeżeli zostały one określone przez zamawiającego.

W przypadku wykonawcy samodzielnego, wykazanie się odpowiednim potencjałem nie budzi wątpliwości – wykonawca musi udowodnić, iż sam taki posiada, ewentualnie, iż został mu w sposób realny użyczony przez podmiot trzeci.

Z kolei w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, spełnienie warunków udziału w postępowaniu może być bardziej problematyczne i skomplikowane. Zasadniczo, dla maksymalnego poszerzenia konkurencji, dopuszczalne jest sumowanie potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – przy czym, do ustalenia pozostaje, w jakim stopniu takie sumowanie mogłoby być dozwolone. Wykonawcy bowiem mogliby łączyć swoje zdolności w ramach odrębnych warunków (np. jeden wykonawca dysponuje odpowiednią sytuacją finansową lub ekonomiczną, zaś drugi zdolnościami technicznymi), bądź też w ramach jednego z nich (np. łączna wartość



wykonanych przez konsorcjantów odrębnych zamówień spełnia warunek określony przez zamawiającego w zakresie posiadania zdolności technicznej).

Pogląd o możliwości sumowania potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie funkcjonował również na gruncie d.p.z.p. Przed tzw. „nowelizacją lipcową”<sup>416</sup>, brak było regulacji określającej zasady wykazywania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zasadniczo, przyjmowano możliwość sumowania zdolności w ten sposób, iż jeden z wykonawców wykazuje się spełnieniem warunku udziału, co pozwalało na uznanie, że wymagany poziom zdolności posiada całe konsorcjum<sup>417</sup>.

Pojawiały się również poglądy, że skoro istotą konsorcjum jest dopuszczalność kumulacji doświadczenia, kapitału, potencjału technicznego i kadrowego dwóch lub więcej wykonawców, to nie jest dopuszczalne wymaganie przez zamawiającego, aby warunek wymaganej wiedzy i doświadczenia musiał spełniać co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie<sup>418</sup>. Krajowa Izba Odwoławcza uznała tego rodzaju postanowienie za sprzeczne z przepisami ustawy lub mające na celu obejście przepisów ustawy, a w konsekwencji za nieważne w rozumieniu art. 58 § 1 k.c.<sup>419</sup>

Nie brakowało jednak również głosów przemawiających za tym, iż w przypadku, gdy dane zamówienie jest na tyle istotne i skomplikowane, że wymaga podwyższonego poziomu zdolności wykonawców, zamawiający może formułować warunki udziału w taki sposób, aby oczekiwać ich spełnienia od każdego uczestnika konsorcjum<sup>420</sup>. Takie działanie, jako stanowiące wyjątek od zasady dopuszczającej swobodne sumowanie potencjałów, musi być jednak odpowiednio uzasadnione przez zamawiającego i poparte dowodami<sup>421</sup>.

W poprzednim stanie prawnym dostrzegano również, że nie każdy rodzaj potencjału może być sumowany za pomocą prostej arytmetyki. W tym względzie, zwracano uwagę, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powinna następować wyłącznie pod kątem formalnym, ale przede wszystkim powinna pozwolić na ustalenie, czy dany wykonawca – w tym konsorcjum – posiada rzeczywistą zdolność do należytego wykonania zamówienia<sup>422</sup>.

---

<sup>416</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020)

<sup>417</sup> Wyrok KIO z dnia 30 czerwca 2015 r., KIO 1294/15, LEX nr 1813386

<sup>418</sup> Wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 60/14, LEX nr 1430957

<sup>419</sup> Ibidem

<sup>420</sup> Wyrok KIO z dnia 21 grudnia 2015 r., KIO 2676/15, LEX nr 1994310

<sup>421</sup> Ibidem

<sup>422</sup> Wyrok KIO z dnia 16.10.2015 r., KIO 2136/15, LEX nr 1936084

Dlatego też, przy sumowaniu potencjału dwóch lub więcej wykonawców, należy brać pod uwagę rolę warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie spełnienia którego wykazywany jest łączony potencjał. W tym względzie, przede wszystkim, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, sumowana zdolność dwóch lub więcej wykonawców nie może być realnie mniejsza niż samodzielny wykonawcy, gdyż prowadziłoby to do nieuzasadnionego faworyzowania konsorcjów<sup>423</sup>. W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozpoznania przez Izbę w sprawie KIO 2136/15, zamawiający oczekiwał wykazania się doświadczeniem w budowie drogi o określonej długości. Konsorcjum składające się z dwóch wykonawców wskazało na doświadczenie każdego z konsorcjanta w wykonaniu dróg, których długości osobno nie spełniały warunku udziału, natomiast łącznie – już tak. Skład orzekający KIO stwierdził, iż takie sumowanie doświadczenia nie pozwala na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Nie można bowiem uznać, zdaniem Izby, że dwóch niedoświadczonych konsorcjantów, tylko poprzez wspólne złożenie oferty, „tworzy” wykonawcę posiadającego rzeczywistą zdolność wykonania zamówienia<sup>424</sup>.

W przedmiotowym orzeczeniu, Izba zwróciła również uwagę, że nie można tak samo bezrefleksyjnie podchodzić do sumowania zdolności członków konsorcjum w zakresie posiadania uprawnień niezbędnych do prawidłowej realizacji zamówienia. W tym względzie, jak zauważył skład orzekający, ustalenie, czy wykonawcy mogą łączyć posiadanie uprawnień, zależy od natury tychże uprawnień oraz roli warunku udziału w postępowaniu<sup>425</sup>.

Z powyższego wynika, że składy orzekające formułowały określone zasady sumowania potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, niejako uzupełniając brak odpowiedniej regulacji na poziomie krajowym.

Stan prawny uległ jednak zmianie po nowelizacji lipcowej<sup>426</sup>, na mocy której dodano do art. 23 d.p.z.p. (regulującego zasady wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne) ustępy 5 i 6. Na mocy przepisu ustępu 5, zamawiający zostali uprawnieni do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Natomiast w oparciu o przepis ustępu 6, zamawiający mogli określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o

---

<sup>423</sup> Ibidem

<sup>424</sup> Ibidem

<sup>425</sup> Ibidem

<sup>426</sup> Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020)

zamówienie w inny sposób, niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne<sup>427</sup>. Nowelizacja lipcowa implementowała w tym zakresie regulację zawartą w art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Na zwrócenie uwagi, po zmianie stanu prawnego, zasługuje w szczególności wyrok KIO z 29.11.2016 r.<sup>428</sup>. W przedmiotowej sprawie, Izba badała sformułowany przez zamawiającego warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy w realizacji dwóch usług ochrony fizycznej, z których każda polegała na wykonaniu usługi o wartości minimum 10 mln zł brutto. Zamawiający uzasadniając wartość wymaganej usługi wskazywał, iż wymaga ona zaangażowania dużych nakładów finansowych, osobowych i rzeczowych, między innymi dlatego, że dotyczyć ma bezpośredniej ochrony żołnierzy, pracowników, obiektów i sprzętu wojskowego.

Izba rozważając sposób spełnienia tego warunku przez konsorcjum, zwróciła uwagę, że zasadniczo, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą spełniać łącznie warunki udziału w postępowaniu. Jak bowiem stwierdził skład orzekający, istotą i celem konsorcjum jest właśnie sumowanie potencjałów podmiotów na niego się składających.

Z drugiej jednak strony, Izba zauważyła, iż łączenie zdolności nie powinno polegać na prostym sumowaniu różnych elementów postawionych w ramach jednego warunku, np. wartości takich jak liczba zrealizowanych usług przez podmioty tworzące konsorcjum. W ocenie KIO, takie działanie prowadziłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż faworyzowałoby wykonawcę niemającego doświadczenia w stosunku do wykonawcy, który samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. W tym względzie, skład orzekający KIO uznał, że zasada uczciwej konkurencji nie może wymuszać na zamawiających zadowolenia się „gorszym”, czy niedoświadczonym wykonawcą<sup>429</sup>.

Skoro więc zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawców doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług, to oznaczało, że oczekiwał pewnej powtarzalności w realizacji takiego świadczenia, a tym samym pewnej biegłości wykonawców w wykonywaniu pewnych zadań. W związku z tym, wyrażona przez zamawiającego wielokrotność usług miała wyrażać stopień zaawansowania doświadczenia wykonawcy. W konsekwencji, wykazanie się przez członków konsorcjum pojedynczymi realizacjami, których dopiero suma odpowiadała ustalonej przez zamawiającego liczbie wymaganych usług, nie mogło być uznane za

---

<sup>427</sup> Ibidem

<sup>428</sup> KIO 2169/16, LEX nr 2166874

<sup>429</sup> Ibidem

wystarczające. Samo stworzenie konsorcjum nie może prowadzić do automatycznego wniosku, iż zsumowane doświadczenie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego. Jak stwierdziła Izba – dwóch niewystarczająco doświadczonych wykonawców nie tworzy doświadczonego podmiotu tylko dlatego, iż zawiązało konsorcjum. W takim przypadku, nie powstaje bowiem podmiot, który wykazuje się doświadczeniem w wielokrotnym zrealizowaniu usługi<sup>430</sup>.

Jednocześnie, w ocenie Izby, zamawiający był uprawniony do określenia warunku udziału w postępowaniu w ten sposób. Co więcej, zdaniem KIO, wyartykułowany w dokumentach zamówienia wymóg kilkukrotnego wykonania usługi świadczył o tym, iż wykluczono możliwość sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Zatem, aby możliwe było łączenie zdolności w ramach konsorcjum, zamawiający powinien dać temu stosowny wyraz w treści warunku. W ocenie KIO bowiem, zasadą miałyby być wykazanie przez każdy z podmiotów ubiegających się o zamówienie, niezależnie od tego, czy jest to podmiot występujący pojedynczo czy utworzony przez kilka podmiotów, wielokrotności zrealizowanych zamówień (pełnego warunku doświadczenia przez jednego z uczestników). Jednocześnie, jeśli zamawiający nie zamierza modyfikować tej zasady, to w ocenie składu orzekającego, nie ma obowiązku określać w SIWZ reguł odnoszących się do omawianej kwestii. Dopiero gdyby zamawiający zamierzał złagodzić swoje wymagania, podkreślając, że nie zależy mu na krotności wykonania zamówień, mógłby wskazać w SIWZ, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą przedstawić doświadczenie dwóch różnych podmiotów<sup>431</sup>.

Stanowisko Izby zaprezentowane w omawianym wyroku jest zatem zasadniczo zbieżne z poglądem przedstawionym w wyroku z dnia 16.10.2015 r.<sup>432</sup>, choć oba orzeczenia zostały wydane w różnym stanie prawnym. Przy czym, dostrzeżenia wymaga, że skład orzekający w wyroku KIO 2169/16 poszedł w istocie krok dalej, stwierdzając, że zasadą ogólną jest, iż wykonawcy – działający samodzielnie lub też z innymi wykonawcami – powinni wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu „w całości”, a jedynie w przypadku wyraźnego dopuszczenia przez zamawiającego, mogą sumować potencjały w ramach konsorcjum.

Kumulacji natomiast co do zasady mógł podlegać potencjał finansowy – choć pewne wątpliwości pojawiały się na płaszczyźnie płynności finansowej oraz posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej prowadzonej działalności na określoną sumę. W tych ostatnich

---

<sup>430</sup> Ibidem

<sup>431</sup> Ibidem

<sup>432</sup> KIO 2136/15, Legalis nr 1364767

przypadkach przyjmowało się, że wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum<sup>433</sup>.

Zwracano również uwagę, że w indywidualnych sytuacjach może być wątpliwe dopuszczenie łączenia zasobów finansowych lub ekonomicznych przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W niektórych zamówieniach istotne jest bowiem wykazanie wysokości przychodów, która jest istotna do ustalenia wartości wskaźnika bieżącej płynności finansowej. Jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wykazywaliby się spełnieniem warunków udziału w ten sposób, iż jeden posiadałby określony poziom przychodów, zaś drugi wymagany wskaźnik bieżącej płynności finansowej, wówczas nie sprzyjałoby to wyłonieniu konsorcjum dysponującego odpowiednimi środkami niezbędnymi do wykonania zamówienia. Nie byłby to również adekwatny sposób oceny zdolności konsorcjum w porównaniu do wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o zamówienie<sup>434</sup>.

W doktrynie wskazywano także na brak obowiązku posiadania uprawnień (kompetencji) ustawowych przez wszystkich członków konsorcjum (z wyjątkiem sytuacji, w której wszystkie aspekty objęte zamówieniem wymagały posiadania uprawnień – wówczas nieposiadający ich członek konsorcjum nie mógłby w ogóle uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia).<sup>435</sup>

#### **4.4. Orzeczenie Esaprojekt**

Jak zasygnalizowałam powyżej, w poprzednio obowiązującym stanie prawnym, funkcjonowały dosyć skrajne poglądy na temat możliwości sumowania potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – od zupełnie liberalnych, zakładających nieograniczoną wręcz możliwość łączenia zdolności, po stanowiska restrykcyjne, przyjmujące jako zasadę konieczność wykazywania spełnienia całości warunku przez poszczególnych konsorcjantów.

W znacznym zakresie kres tym dyskusjom położyło orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu<sup>436</sup> (dalej: orzeczenie Esaprojekt) i wydana w związku z

---

<sup>433</sup> Wyrok KIO z 26.03.2013 r., KIO 550/13, LEX nr 1308947

<sup>434</sup> Wyrok KIO z 21.02.2013 r., KIO 272/13, LEX nr 1292238

<sup>435</sup> W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. ...op.cit.*, art. 23, teza nr 4.

<sup>436</sup> Sprawa C-387/14, Legalis nr 1587629

rozpatrywaną sprawą opinia Rzecznika Generalnego Michała Bobeka z dnia 24 listopada 2016 r.<sup>437</sup> (dalej: opinia Rzecznika).

Ze stanowisk w nich zaprezentowanych jednoznacznie zdaje się wynikać, że z punktu widzenia prawodawcy unijnego najwyższą chronioną zasadą jest doprowadzenie do jak najszerzej konkurencji<sup>438</sup>. Jak opisano powyżej, zdaniem Rzecznika Generalnego, zasadą powinno być dopuszczenie możliwości sumowania „rozdrobnionego” doświadczenia, co w rezultacie oznacza, że jeżeli zamawiający nie chce przewidzieć takiej możliwości w przeprowadzanej przez siebie procedurze, musi dać temu stosowny wyraz w dokumentach zamówienia<sup>439</sup>.

Rzecznik Generalny zajął zatem zupełnie odmienne stanowisko niż Krajowa Izba Odwoławcza w omówionym w powyżej wyroku z 29.11.2016 r.<sup>440</sup>, w którym to Izba wskazała, iż zamawiający formułując warunki udziału w postępowaniu winien wyraźnie zaznaczyć, czy dopuszcza w jego ramach możliwość łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W przypadku braku takiego wyraźnego zastrzeżenia, zdaniem Izby, taka możliwość sumowania powinna być wyłączona.

Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu Esaprojekt podzielił stanowisko Rzecznika Generalnego, wskazując, iż zasadniczo przepisy dyrektywy 2014/24/UE przyznają każdemu wykonawcy prawo do polegania, na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru łączących go z nimi powiązań (co w przypadku konsorcjum, należałoby rozumieć jako swobodę w łączeniu potencjałów). Niemniej, TSUE dostrzegł, iż w przypadku niektórych szczególnych prac, konieczne jest posiadanie przez wykonawców pewnych kwalifikacji, które nie są możliwe do uzyskania poprzez połączenie rozdrobnionych zdolności kilku podmiotów. Taka sytuacja uzasadnia wymaganie przez instytucję zamawiającą, iż minimalny poziom kwalifikacji musi zostać osiągnięty przez jednego wykonawcę. Warunkiem przewidzenia takiego wymagania jest zachowanie związku pomiędzy nim i przedmiotem zamówienia oraz jego proporcjonalności<sup>441</sup>.

---

<sup>437</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości...*op.cit.*

<sup>438</sup> Zresztą stanowisko takie wynika również z jednej z najnowszych opinii Rzecznika Generalnego w sprawie C-6/20, gdzie podkreślono, iż zarówno w interesie prawa wspólnotowego, jak i samej instytucji zamawiającej jest otwarcie na jak najszerzą konkurencję, gdyż dzięki temu w przetargu uczestniczy więcej oferentów, a co za tym idzie, instytucja zamawiająca dysponuje większą liczbą elementów oceny przy wyborze wykonawcy (vide: Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28.01.2021 r., C-6/20, ECLI:EU:C:2021:79)

<sup>440</sup> KIO 2169/16, LEX nr 2166874

<sup>441</sup> Sprawa C-387/14, ....*op.cit.*, pkt 49

Można zatem sformułować tezę, iż zasadą w przypadku grup wykonawców jest możliwość sumowania przez uczestników konsorcjum ich potencjałów celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zasada ta jednak nie jest bezwzględna, i wolą zamawiającego może zostać zmodyfikowana bądź wyłączona. Wszelkie jednak wprowadzone przez organizatora postępowania ograniczenia w tym względzie winny być obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na zamawiającym, który zasadniczo powinien kierować się szeroko rozumianą specyfiką zamówienia. Wydaje się, iż owa specyfika wynikać może nie tylko z okoliczności technicznych czy technologicznych, ale również z istotności danej inwestycji dla interesu publicznego.

#### **4.5. Regulacje u.p.z.p. dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie**

Na gruncie u.p.z.p., kwestia łączenia potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie została uregulowana bardziej szczegółowo. Podstawowym przepisem w tym zakresie jest art. 117 u.p.z.p. Jego wykładą pozwala na sformułowanie kilku tez.

Przede wszystkim, nadal została zachowana zasada swobodnego sumowania zdolności w ramach konsorcjum. Jedynie w ustępie 1 art. 117 u.p.z.p. (podobnie jak w poprzednio obowiązującym art. 23 ust. 5 d.p.z.p.) podtrzymano uprawnienie zamawiającego do szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, oczywiście pod warunkiem, że jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.

Nowe regulacje prawne rozstrzygają natomiast kilka dodatkowych, istotnych, z punktu widzenia spełniania przez konsorcjantów warunków udziału w postępowaniu kwestii.

W pierwszym rzędzie, jednoznacznie przesądzono, w jaki sposób mogą konsorcjanci wykazać swój potencjał w obszarze uprawnień, przewidując, iż warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane (art. 117 ust. 2 u.p.z.p.).

Natomiast w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia członkowie konsorcjum mogą polegać na zdolnościach tych z

wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 117 ust. 3 u.p.z.p.).

Na marginesie, warto zauważyć, że zamawiający może również zastrzec obowiązek osobistego wykonania zamówienia w zakresie kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy, przez poszczególnych wykonawców tworzących konsorcjum (art. 60 u.p.z.p.). Przepis ten stanowi zatem ustawowe wyłączenie podwykonawstwa w odniesieniu do zastrzeżonego przez zamawiającego zakresu zamówienia.

Ostatecznie, na mocy art. 117 ust. 4 u.p.z.p. przewidziano dodatkowe oświadczenie składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą), a w ramach którego, konsorcjanci deklarują podział zadań realizowanych w ramach zamówienia.

Oprócz art. 117 u.p.z.p., z punktu widzenia kwalifikacji podmiotowej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia, istotny jest również art. 125 ust. 4 u.p.z.p. Zgodnie z tym przepisem, wykonawcy wspólnie biorący udział w postępowaniu osobno składają oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji (w postępowaniach powyżej progów unijnych – w postaci JEDZ; w postępowaniach poniżej progów unijnych – w postaci tzw. „zwykłego” oświadczenia wstępnego). Ich oświadczenia winny potwierdzić brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji w zakresie, w jakim każdy z wykonawców wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Określono również zasady posługiwania się doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum. W takim przypadku, jeżeli wykonawca powołuje się na takie doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz robót budowlanych lub dostaw lub usług, składany na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczyć może wyłącznie tych prac, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył.<sup>442</sup>

---

<sup>442</sup> §9 ust. 3 Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, Dz. U. z 2020, poz. 2415 ze zm.



#### 4.6. Szczególny obiektywnie uzasadniony sposób spełniania warunków

Jak zasygnalizowano powyżej, na gruncie u.p.z.p. obowiązuje przepis art. 117 ust. 1, stanowiący odpowiednik poprzednio obowiązującego art. 23 ust. 5 d.p.z.p., uprawniający zamawiającego, w przypadkach w nim wskazanych, do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu.

*A contrario*, z powyższej regulacji należy wnosić, iż zasadą ogólną jest swoboda łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się zamówienie.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, źródłem tej zasady jest przede wszystkim art. 58 ust. 5 u.p.z.p., zgodnie z którym przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, oraz z samej istoty korzystania z instytucji konsorcjum, która służy łączeniu zdolności kilku wykonawców<sup>443</sup>.

Stanowisko to popiera doktryna, wskazując, że ze względu na brzmienie art. 58 ust. 5 u.p.z.p., grupę wykonawców, co do zasady, należy traktować tak, jakby była jednym wykonawcą, samodzielnie występującym w postępowaniu. W konsekwencji, wykonawcy wspólnie uczestniczący w postępowaniu mogą łączyć swoje potencjały i wykazywać ich spełnienie wspólnie, zupełnie tak samo, jak wykonawcy samodzielni powołujący się na swoje zdolności. Gdyby więc nie przepis art. 58 ust. 5 u.p.z.p., każdy konsorcjant musiałby wykazywać samodzielne spełnienie wymagań przewidzianych przez zamawiającego<sup>444</sup>. Takie zaś podejście, przeczyłoby istocie konsorcjum, które służy przede wszystkim temu, aby kilku wykonawców, którzy samodzielnie nie są w stanie spełnić wszystkich warunków udziału, mogło starać się o pozyskanie zamówienia.

W niektórych jednak przypadkach, ocena potencjału grupy wykonawców w sposób wynikający z zasady wyrażonej w art. 58 ust. 5 u.p.z.p. może okazać się nieefektywna, tj. nie pozwoli na wyłonienie wykonawcy zdolnego do zrealizowania zamówienia<sup>445</sup>.

Dlatego też ustawodawca w art. 117 ust. 1 u.p.z.p. przewidział wyjątek od powyższej zasady, uprawniając zamawiającego do szczególnego określenia wymagań co do spełnienia warunków udziału przez konsorcjum.

Dopóki więc zamawiający nie zdecyduje się na skorzystanie z uprawnienia, o którym mowa w art. 117 ust. 1 u.p.z.p., należy przyjąć, że potencjały konsorcjantów sumuje się<sup>446</sup>. Innymi

---

<sup>443</sup> Wyrok KIO z dnia 15.03.2024 r., KIO 673/24, SZUKIO 126912

<sup>444</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, op.cit., art. 58, teza nr 8.

<sup>445</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, op.cit., art. 117, teza nr 2.

słowy, należy w takiej sytuacji domniemywać, iż zamawiający dopuszcza „rozdrobione” zdolności i tak ustanowione warunki udziału – w ocenie ustawodawcy – nie naruszają zasady równego traktowania wykonawców, w szczególności nie prowadzą do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców biorących wspólnie udział w postępowaniu w stosunku do wykonawców występujących samodzielnie.

Powyższy sposób interpretacji normy zawartej w art. 117 ust. 1 u.p.z.p. koresponduje z wnioskami Rzecznika Generalnego zawartymi w opinii wydanej w sprawie C-387/14 oraz stanowiskiem TSUE zaprezentowanym w orzeczeniu Esaprojekt.

Wyłania się zatem pytanie, w jakich sytuacjach, zamawiający może skorzystać z uprawnienia przewidzianego w art. 117 ust. 1 u.p.z.p. Ustawodawca w tym względzie ogranicza się do stwierdzenia, że szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinien być uzasadniony charakterem zamówienia oraz proporcjonalny.

Innymi słowy, o tym, jak ma brzmieć szczególny sposób spełnienia warunków udziału przez konsorcjum, ma decydować aspekt „przedmiotowy”.

Biorąc pod uwagę, cel formułowania warunków udziału w postępowaniu, należy przyjmować, że proporcjonalność (adekwatność), szczególnego sposobu ich spełnienia przejawia się w tym, iż dają one gwarancję wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia, przy jednoczesnym wyrażeniu ich na minimalnym poziomie, pozwalającym na możliwie maksymalne otwarcie procedury na konkurencję<sup>447</sup>.

W mojej ocenie jednak, sposób sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w dużej mierze zależy tyle samo od charakteru zamówienia, co od natury warunku udziału w postępowaniu, na potrzeby którego spełnienia jest wykazywany dany zasób.

Przypomnienia w tym względzie wymaga, że ustawodawca przewidział w 112 ust. 2 u.p.z.p. katalog warunków udziału w postępowaniu, które mogą dotyczyć zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej.

---

<sup>446</sup> Wyrok KIO z dnia 15.03.2024 r., KIO 673/24, SZUKIO 126912

<sup>447</sup> Wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2022 r., KIO 71/22, LEX nr 3326925

Określając szczególny sposób spełnienia wymagań, zamawiający zatem powinien rozważyć, czy dany potencjał wykonawcy – uprawnienia, zdolność techniczna lub zawodowa, sytuacja ekonomiczna lub finansowa – może być podzielony pomiędzy podmiotami składającymi się na grupę wykonawców (czy to w ramach konsorcjum, czy z uwzględnieniem podmiotów trzecich udostępniających swój zasób). Jeżeli nie może być on rozdrobniony z obiektywnych powodów (np. ograniczeń wynikających z przepisów prawnych), wówczas skorzystanie z możliwości, jaką stwarza art. 117 ust. 1 u.p.z.p. jest w pełni uzasadnione. W przypadku jednak, gdy dany potencjał, co do zasady, może być „rozdrobniony”, gdyż nie sprzeciwiają się temu żadne obiektywne przeszkody, dopiero wtedy zamawiający powinien przeanalizować, czy takie podzielenie zdolności między podmioty składające się na grupę umożliwi wyłonienie wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia. Ustalenie powyższego powinno nastąpić z uwzględnieniem charakteru zamówienia. Im bardziej jest ono złożone, dotyczy specjalistycznej materii i wymaga biegłości ze strony wykonawcy, tym bardziej zasadne jest rozważenie określenia specyficznego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tak, aby zamawiający uzyskał pewność, iż wyłoni rzetelnego wykonawcę, zdolnego do należytego spełnienia świadczenia.

Pojawia się w tym kontekście pytanie, czy w oparciu o art. 117 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający mógłby sformułować warunki udziału w postępowaniu w taki sposób, że oczekiwałby spełnienia wszystkich warunków samodzielnie przez przynajmniej jednego wykonawcę, co oczywiście całkowicie mogłoby wyłączyć sens łączenia się wykonawców w konsorcja.

Taka możliwość, na gruncie art. 117 ust. 1 u.p.z.p., istnieje. Można sobie łatwo wyobrazić sytuację, w której zamawiający określa tylko jeden warunek udziału w postępowaniu, np. w zakresie posiadania niezbędnych uprawnień do prowadzenia określonej działalności lub np. w zakresie doświadczenia, które nie może być „rozdrobnione” i musi być spełnione przez jednego wykonawcę. Zwłaszcza w tym pierwszym przypadku, sformułowanie warunku udziału w ten sposób, że musi go spełnić przynajmniej jeden wykonawca samodzielnie, znajduje swoje uzasadnienie w naturze tej zdolności, jak również w brzmieniu art. 117 ust. 2 u.p.z.p. Bardziej problematyczna może okazać się ocena warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia – w tym względzie, konieczne będzie jego zweryfikowanie pod kątem proporcjonalności oraz związku z przedmiotem zamówienia.

Zatem, nawet jeżeli na skutek takiego określenia warunków udziału w postępowaniu, traci sens korzystanie z instytucji konsorcjum, o ile zachowane są wymogi określone w art. 117 ust. 4 u.p.z.p., to wydaje się, iż nie można zarzucić zamawiającemu naruszenia zasady równego

traktowania wykonawców, w tym wynikającego z art. 58 ust. 5 u.p.z.p. obowiązku równego traktowania wykonawców występujących samodzielnie oraz wspólnie.

Warto w tym względzie przypomnieć przytaczane powyżej poglądy orzecznictwa, że konsorcjum nie służy tylko i wyłącznie sumowaniu potencjałów na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Drugim, równoprawnym celem zawierania konsorcjów jest wspólna realizacja przyszłego zamówienia<sup>448</sup>. W konsekwencji, nawet jeżeli zamawiający określi warunki udziału w sposób, który powoduje, że na potrzeby ich spełnienia nie ma sensu zawiązywać konsorcjum, to nadal wykonawcy mają możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie, choćby po to, aby je razem realizować.

Należy także zauważyć, że, jak jednoznacznie przesądzone w orzecznictwie, zamawiający nie ma obowiązku gwarantować absolutnej konkurencji w postępowaniu<sup>449</sup>. Oznacza to, że zamawiający nie musi obniżyć swoich wymagań odnośnie warunków udziału w postępowaniu, czy też przedmiotu zamówienia, aby zapewnić wszystkim wykonawcom możliwość złożenia oferty i starania się o pozyskanie kontraktu. Przenosząc powyższe rozważania na płaszczyznę związaną ze wspólnym ubieganiem się o zamówienie, należy wskazać, że analogicznie, zamawiający nie jest zobowiązany do tego, aby formułować warunki udziału w sposób umożliwiający zainteresowanym konsorcjom realizację jednego z celów jego zawiązywania, tj. na potrzeby wspólnego wykazania warunków udziału. Nic bowiem nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawcy zawiązali konsorcjum, w którym tylko jeden z nich spełnia warunki udziału w postępowaniu, zaś drugi ich nie posiada<sup>450</sup>.

Jest przy tym oczywiste, że każde ograniczenie możliwości posługiwania się zdolnościami w ramach konsorcjum, musi odbyć się zgodnie z zasadami określonymi w art. 117 ust. 1 u.p.z.p., a zatem wymaga zachowania proporcjonalności oraz związku z przedmiotem zamówienia, a ponadto sformułowania warunków udziału w sposób obiektywnie uzasadniony.

#### **4.7. Uprawnienia, zdolności zawodowe**

W odróżnieniu od regulacji d.p.z.p., które w tym względzie były dosyć ogólne, w nowej ustawie – Prawo zamówień publicznych, prawodawca częściowo już rozstrzygnął, iż w odniesieniu do niektórych warunków udziału w postępowaniu obowiązują pewne szczególne zasady ich spełniania, obowiązujące z mocy ustawy.

---

<sup>448</sup> Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487

<sup>449</sup> Wyrok KIO z dnia 19.03.2013 r., KIO 462/13, KIO 462/13, LEX nr 1303235

<sup>450</sup> Wyrok KIO z dnia 13.02.2024 r., KIO 208/24, LEX nr 3702025

Specyficzny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum ustanowiony przez ustawodawcę regulują art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p. Wymagają one odrębnej analizy.

W art. 117 ust. 2 u.p.z.p. ustawodawca jednoznacznie przesądził, jak należy oceniać grupę wykonawców w zakresie spełniania warunku udziału postępowania polegającego na posiadaniu określonych uprawnień. Wskazano, iż w takiej sytuacji warunek jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Jednocześnie, wykonawca ten ma zrealizować roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Wprowadzone przez prawodawcę ograniczenie w zakresie możliwości wykazania się spełnieniem tego warunku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ma swoje uzasadnienie w jego specyfice.

Zwrócenia uwagi wymaga, iż zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. warunek udziału w postępowaniu może dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Przy czym, ustawodawca w art. 114 u.p.z.p., dookreślił zasady formułowania tego wymagania, wskazując, iż zamawiający w jego ramach mają prawo wymagać, aby wykonawcy udowodnili posiadanie:

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub
- 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Z powyższego wynika, iż zamawiający będzie miał możliwość ustanowienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień, tylko jeżeli przepisy innych ustaw tego wymagają oraz pod warunkiem, że w ramach przedmiotu zamówienia wykonawca będzie wykonywał czynności, co do których taki wymóg nie istnieje.

Brzmienie art. 112 ust. 2 pkt 2 u.p.z.p. wyraźnie wskazuje, że podstawą wymaganych uprawnień muszą być odrębne przepisy prawa. Za niedopuszczalne w świetle cytowanego przepisu należy zatem uznać postępowanie zamawiającego, który wymaga wykazania się uprawnieniami przez wykonawcę, mającymi źródło np. w umowie<sup>451</sup>.

Posiadanie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej uregulowane jest m.in. w ustawie z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców<sup>452</sup>(dalej: „Prawo przedsiębiorców”). Zgodnie z art. 37 ust. 1 tej ustawy wykonywanie działalności gospodarczej w dziedzinach mających szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny wymaga uzyskania koncesji wyłącznie, gdy działalność ta nie może być wykonywana jako wolna albo po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia. Tym samym prawodawca zdecydował się na reglamentację działalności gospodarczej za pomocą koncesji, zezwolenia albo wpisu do rejestru działalności regulowanej. Prawo przedsiębiorców nie reguluje szczegółowo warunków prowadzenia reglamentowanej działalności. Wszelkie kwestie w tym zakresie normują przepisy poszczególnych ustaw, które określają m.in. rodzaje tych działalności, organy lub urzędy udzielające zezwoleń bądź koncesji, zasady składania wniosków o rozpoczęcie działalności reglamentowanej czy procedurę przeprowadzania kontroli wykonywania tej działalności.

W zakresie warunku posiadania odpowiednich uprawnień od wykonawcy można również wymagać potwierdzenia statusu członka organizacji, jeżeli jest to niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Na gruncie prawa polskiego chodzi zatem przede wszystkim o przynależność do samorządu zawodowego (np. izb inżynierów budownictwa, izb radców prawnych, rad adwokackich).

Z powyższego wynika jednoznacznie, iż warunek w zakresie posiadania określonych uprawnień nie może być „podzielony” pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi o udzielenie zamówienia. Z istoty uprawnień, czy w to udzielonych w postaci koncesji, zezwolenia, czy wpisu do działalności regulowanej wynika bowiem, iż są one przypisane do konkretnego podmiotu. Co wymaga podkreślenia, powyższy charakter uprawnień wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, a zatem z przyczyn obiektywnie

---

<sup>451</sup> Tak stwierdziła KIO w wyroku z dnia 20.10.2021 r., KIO 2716/21, LEX nr 3345960:

*„Jest okolicznością bezsporną, że podstawą opisanego warunku i związanego z nim żądania dokumentów nie był przepis prawa, lecz postanowienia zawarte w kartach gwarancyjnych na sprzęt firmy (...) S.A. i firmy (...). Tym samym przedstawione przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie dowody mające potwierdzać zasadność omawianego warunku nie mogą stanowić o prawidłowości tego warunku, bowiem przepisy art. 112 i 114 ustawy Pzp są w tym zakresie jednoznaczne”.*

<sup>452</sup> t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 236 z późn. zm.

uzasadnionych i zupełnie niezależnych od zamawiającego, wobec czego proste sumowanie potencjału wykonawców w tym zakresie nie jest możliwe.

W pewnym zakresie wyjątkiem od powyższej reguły mogą być m.in. zezwolenia w zakresie transportu, zbierania i przetwarzania odpadów, które wydawane są dla ściśle określonych odpadów. Za dopuszczalną można uznać sytuację, w której dwóch lub więcej wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykazuje łącznie wszystkie rodzaje kodów wymaganych przez zamawiającego<sup>453</sup>. Takie sumowanie kodów powinno być zasadniczo uznane za dopuszczalne, o ile zamawiający, korzystając z art. 117 ust. 1 u.p.z.p. nie określi szczególnego sposobu spełnienia warunku udziału w zakresie tego typu uprawnień.

Jednocześnie, przepis art. 117 ust. 2 u.p.z.p. nie stoi na przeszkodzie wspólnemu ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Regulacja ta jedynie statuuje zasadę łącznego oceniania zdolności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w zakresie posiadanych uprawnień niezbędnych do prowadzenia określonej działalności. W świetle omawianego przepisu, nie jest konieczne wymaganie od wszystkich z konsorcjantów z osobna posiadania określonych uprawnień, jeżeli tylko jeden lub część z nich będą realizować roboty budowlane, dostawy lub usługi, które tych uprawnień wymagają. W takim przypadku wystarczy, aby uprawnieniami wykazał się wyłącznie ten z wykonawców, który będzie wykonywał zadania wymagające ich posiadania<sup>454</sup>.

W konsekwencji, szczególny sposób spełnienia warunków udziału w zakresie posiadania niezbędnych uprawnień, nie stoi również w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu samodzielnie oraz wspólnie, wyrażoną w art. 58 ust. 5 u.p.z.p. (o czym wskazano szerzej w podrozdziale 4.4. „Szczególnie obiektywnie uzasadniony sposób spełnienia warunków”).

Podkreślenia jednak wymaga, że w świetle art. 117 ust. 2 u.p.z.p., sposób spełniania wymagań w zakresie posiadania uprawnień, wpływa na podział zadań między wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Uprawnienia zatem musi posiadać ten z członków konsorcjum, który, zgodnie z założeniami oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, będzie wykonywał prace wymagające posiadania tychże uprawnień<sup>455</sup>.

---

<sup>453</sup> Wyrok KIO z dnia 23.08.2016 r., KIO 1368/16, LEX nr 2149397

<sup>454</sup> Wyrok KIO z dnia 13 lutego 2024 r., KIO 208/24, LEX nr 3702025

<sup>455</sup> Wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, LEX nr 3285535

To zaś w praktyce często oznacza, iż rola konsorcjantów nieposiadających niezbędnych uprawnień do prowadzenia działalności, ograniczona jest wyłącznie do funkcji pomocniczej lub koordynacyjnej.

Pojawia się przy tym pytanie, czy w świetle art. 117 ust. 2 u.p.z.p., możliwe jest na etapie realizacji zamówienia dokonanie zmiany podziału zadań między wykonawców, w sytuacji, gdy konsorcjant, który na moment wykazania spełnienia warunków udziału nie posiadał uprawnień, ale na potrzeby wykonywania umowy zdołał je pozyskać?

W mojej ocenie, na powyższe pytanie należy odpowiedzieć twierdząco. Przede wszystkim, należy zwrócić uwagę, że art. 117 ust. 2 u.p.z.p. nie reguluje kwestii wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, ale zasady łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Unormowany w tym przepisie podział zadań między wykonawcami ma korelować z przyjętym przez nich sposobem spełnienia warunków udziału. Biorąc pod uwagę cel tej regulacji, tj. zagwarantowanie zamawiającemu, iż prace wymagające posiadania uprawnień będzie realizował ten wykonawca, który je posiada, nieracjonalnym byłoby wyłączenie możliwości zaangażowania się w ich wykonanie konsorcjantowi, który uprawnienia pozyskał, choć na moment wykazania się spełnienia warunkiem udziału, jeszcze ich nie posiadał. Takie ograniczenie stałoby w sprzeczności z instytucją konsorcjum, która służy m.in. temu, aby wykonawcy, którzy dotychczas samodzielnie nie mieli szansy na pozyskanie zamówienia, mogli zdobyć niezbędne doświadczenie w wykonywaniu określonych zadań.

Należy również pamiętać, że art. 117 ust. 2 u.p.z.p. nie wyłącza możliwości skorzystania przez zamawiającego z art. 117 ust. 1 u.p.z.p., który umożliwia określenie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Nie można zatem wykluczyć, że w przypadku specyficznych zamówień konieczne będzie posiadanie wymaganych uprawnień przez wszystkich konsorcjantów z osobna. W wyroku KIO z dnia 26 marca 2021 r.<sup>456</sup>, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż w przypadku zamówienia na świadczenie usług ochrony fizycznej obiektu infrastruktury krytycznej uzasadnione było wymaganie od każdego wykonawcy (w tym każdego konsorcjanta z osobna) spełniania warunku udziału w zakresie posiadania świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego pierwszego stopnia co najmniej o klauzuli „poufne”. W tym zakresie Izba wskazała na specyfikę zamówienia, którego przedmiotem miało być świadczenie

---

<sup>456</sup> KIO 655/21, LEX nr 3189325



ochrony obiektów należących do infrastruktury krytycznej o kluczowym znaczeniu gospodarczo – obronnym. W związku z tym, zdaniem Izby, realizacja usługi miałaby wiązać się koniecznością wymiany pomiędzy zamawiającym a wykonawcą informacji niejawnych wpływających na bezpieczeństwo ochrony. Brak posiadania niezbędnych uprawnień przez jednego z konsorcjantów nie pozwalałoby na zapewnienie odpowiednio szybkiego i adekwatnego systemu ochrony informacji niejawnych. Zamawiający za każdym razem musiałby upewniać się, czy daną informację przekazuje osobie gwarantującej odpowiedni stopień poufności<sup>457</sup>.

Tym samym, Izba uznała, że charakter zamówienia uzasadnia wprowadzenie szczególnego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie wymogu, aby każdy wykonawca z osobna legitymował się niezbędnymi uprawnieniami. Zgodnie z dyspozycją art. 117 ust. 1 u.p.z.p., aby taki szczególny sposób spełnienia warunków mógł być uznany za dopuszczalny, powinien być on związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny<sup>458</sup>.

#### **4.8. Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie**

Oprócz uprawnień, drugim obszarem, w którym ustawodawca przewidział specyficzny sposób spełniania warunków udziału w postępowaniu jest zdolność zawodowa wykonawców w zakresie ich wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Kwestię tę reguluje art. 117 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym w zakresie tych warunków, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach konsorcjantów, o ile ci wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Podobnie zatem jak w przypadku zdolności w postaci posiadania stosownych uprawnień, warunkiem uznania, że grupa wykonawców spełnia warunek udziału w postępowaniu we wskazanym zakresie, jest przydzielenie do wykonania części zamówienia temu z konsorcjantów, który posiada wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie, gwarantujące jej należyłą realizację.

Prawodawca dostrzegł konieczność szczególnego uregulowania sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie ze względu na ich specyfikę. Doświadczenie,

---

<sup>457</sup> Ibidem

<sup>458</sup> Ibidem

kwalifikacje oraz wykształcenie stanowią bowiem przymioty ściśle, wręcz nierozzerwalnie związane z posiadającą je osobą<sup>459</sup>.

Jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy, rozważano istotę potencjału „wiedzy i doświadczenia” (które w aktualnej regulacji rozdzielono na trzy kategorie zdolności technicznej i zawodowej, tj. wykształcenie, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie), głównie w kontekście możliwości nabycia tych dóbr przez innego przedsiębiorcę (na podstawie sukcesji).

Ważne wnioski w tym przedmiocie zaprezentował Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7.10.2008 r.<sup>460</sup>. W jego treści podkreślono, że na niezbędną wiedzę i doświadczenie posiadane przez przedsiębiorstwo składają się składniki niematerialne przedsiębiorstwa takie jak: dokumentacja, patenty, know-how, tajemnice przedsiębiorstwa, goodwill (dobre imię podmiotu), renoma itp., jak również dobra osobiste bezpośrednio związane z przedsiębiorcą lub pracownikami przedsiębiorstwa. Ta druga kategoria – dobra osobiste w rozumieniu art. 23 k.c., do których można zaliczyć twórczość naukową, artystyczną, wynalazczą i racjonalizatorską – stanowią „wiedzę i doświadczenie” w ścisłym rozumieniu. Ze względu na immanentny związek z osobami je posiadającymi (przedsiębiorcą lub pracownikami), nie podlegają zatem zbyciu<sup>461</sup>.

Do stanowiska Sądu Najwyższego nawiązał Urząd Zamówień Publicznych w opinii: „Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa”<sup>462</sup>. W jej treści przedstawiono, że dobra takie jak goodwill, czy know-how (czyli doświadczenie zawodowe i organizacyjne) stanowią niematerialny składnik przedsiębiorstwa, nierozzerwalnie z nim związany (niestanowiący samodzielnie bytu). Jednak jak zauważył Urząd, choć „wiedza i doświadczenie” nie są wymieniane ani w doktrynie, ani w orzecznictwie jako składniki niematerialne przedsiębiorstwa, to jego zdaniem, ze względu na niedookreślony charakter tego zwrotu, nie istnieją żadne przeszkody, aby je za taki składnik uznać. W konsekwencji, za „wiedzę” można uznać know-how, czy tajemnice przedsiębiorstwa, zaś za „doświadczenie” umiejętności nabyte w wyniku realizacji poprzednich kontraktów. Z doświadczeniem tym zaś ściśle jest powiązana dobra reputacja przedsiębiorcy (goodwill)<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 116, teza nr 3.2.

<sup>460</sup> Sygn. akt: III CZP 87/08, LEX nr 470908

<sup>461</sup> Ibidem

<sup>462</sup> Opinia *Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa*, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/mozliwosc-powoływania-sie-na-referencje-wykonawcy-a-zbycie-przedsiębiorstwa> (dostęp: 16.07.2024 r.)

<sup>463</sup> Ibidem

Tym samym, Urząd nieco odmiennie niż Sąd Najwyższy, przyjął, że „wiedza i doświadczenie”, co do zasady, mogą być uznane za składnik niematerialny przedsiębiorstwa, a co za tym idzie, mogą podlegać dalszemu zbyciu. Ponieważ jednak, ze swojej istoty, są nierozzerwalnie związane z przedsiębiorstwem, ewentualne ich zbycie może nastąpić jedynie wtedy, gdy zostanie zbyte przedsiębiorstwo w całości lub jego zorganizowana część<sup>464</sup>.

Mając jednak na uwadze postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7.10.2008 r. wydane w sprawie III CZP 87/08, Urząd Zamówień Publicznych, zwrócił uwagę, że w pewnych przypadkach wiedza i doświadczenie mogą stanowić dobra osobiste w rozumieniu art. 23 k.c., a co za tym idzie, jako nierozzerwalnie związane z osobą przedsiębiorcy lub pracownikami przedsiębiorstwa, nie mogą podlegać zbyciu<sup>465</sup>.

Powyższe rozważania, wskazujące na osobisty charakter zdolności technicznej i zawodowej, znalazły również odzwierciedlenie na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy.

Wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie wykonawcy, a zatem kategorie zdolności wymienione w art. 117 ust. 3 u.p.z.p., należą do szerokiej grupy warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (art. 112 ust. 2 pkt 4 u.p.z.p.). Szczegółowe unormowanie w przedmiocie zasad formułowania kryteriów kwalifikacji odnośnie zdolności technicznej lub zawodowej zawiera art. 116 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może określić warunki dotyczące niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości. Zamawiający może także wymagać, aby wykonawcy spełniali wymagania odpowiednich norm zarządzania jakością, w tym w zakresie dostępności dla osób niepełnosprawnych, oraz systemów lub norm zarządzania środowiskowego, wskazanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.

Przepis art. 116 ust. 1 u.p.z.p. określa zatem dosyć szeroki, choć zamknięty katalog dopuszczalnych wymagań, jakie zamawiający może określić w zakresie oczekiwanej od wykonawcy zdolności technicznej lub zawodowej. Warunki mogą dotyczyć zarówno przymiotów samego wykonawcy, jak i jego personelu, który zamierza skierować do realizacji zamówienia, czy też sprzętu, którym będzie się posługiwał przy wykonywaniu umowy.

---

<sup>464</sup> Ibidem

<sup>465</sup> Ibidem

Prawodawca zdecydował, iż szczególny sposób spełniania warunków przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie określony w art. 117 ust. 3 u.p.z.p. będzie odnosić się wyłącznie do wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy – a zatem przymiotów właściwych tylko jemu samemu lub personelowi kluczowemu, który zostanie skierowany do realizacji zamówienia.

Powyższe wynika ze specyfiki takich zdolności – mają one bowiem charakter ściśle osobisty.

Przez wykształcenie bowiem należy rozumieć wiedzę, która została uzyskana w oficjalnym systemie nauczania, i które, zgodnie z przepisami, podzielone jest na stopnie (wykształcenie podstawowe, zawodowe, średnie lub wyższe)<sup>466</sup>.

Kwalifikacje zawodowe to z kolei kompetencje, na które składają się wiedza i umiejętności wymagane do realizacji określonych zadań zawodowych, i które są potwierdzone stosownymi dokumentami (np. dyplomami, certyfikatami, świadectwami)<sup>467</sup>.

Doświadczenie zaś to zasób umiejętności praktycznych, warunkujących zdolność do należytego wykonania określonych czynności (niezawodność)<sup>468</sup>. Wykonawca lub jego personel kluczowy zdobywa je w toku wykonywania w przeszłości określonych robót budowlanych, usług lub dostaw. Zrealizowanie przez wykonawcę lub personel kluczowy w przeszłości umów podobnych do przedmiotu zamówienia, na odpowiednim poziomie jakości, co do zasady, świadczy o tym, iż jest on zdolny do należytego spełnienia świadczenia na rzecz zamawiającego.

Doświadczenie weryfikowane jest zatem na podstawie przedsięwzięć realizowanych uprzednio przez wykonawcę lub personel kluczowy, przy czym bez znaczenia pozostaje, czy wcześniejsze umowy zawarte były z zamawiającymi w rozumieniu przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, czy też z innymi podmiotami (tj. z sektora prywatnego).

Z powyższego wynika jednoznacznie, iż nie da się oddzielić od wykonawcy zdobytego przez niego lub przez jego personel kluczowy wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, czy też doświadczenia. Powyższe, koresponduje z poglądami Sądu Najwyższego wyrażonymi w postanowieniu z dnia 7.10.2008 r.<sup>469</sup> oraz przywołanej powyżej opinii Urzędu Zamówień Publicznych.

---

<sup>466</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 116, teza nr 3.2.

<sup>467</sup> Ibidem

<sup>468</sup> R. Szostak, *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r., III CZP 87/08* [w:] *Prawo Zamówień Publicznych*, Warszawa 2009, nr 1, s. 73

<sup>469</sup> Sygn. akt: III CZP 87/08, LEX nr 470908

Dla porównania, inny charakter ma przykładowo zdolność wykonawcy w zakresie dysponowania określonym sprzętem. Co do zasady, bez większego uszczerbku dla jakości zamówienia, wykonawca może swobodnie ten sprzęt użyczyć innemu podmiotowi (współkonsorcjantowi), czy też wręcz odwrotnie – na czas wykonywania umowy pozyskać taki sprzęt od podmiotu trzeciego, czy członka konsorcjum. Dlatego też dopuszczenie sumowania tego potencjału, co do zasady, nie powinno rodzić większych problemów. Niezależnie od powyższego, odrębnie należy rozpatrywać umiejętność, bądź posiadanie kwalifikacji zawodowych, niezbędnych do posługiwania się takim sprzętem, czy koordynacji prac prowadzonych z ich użyciem.

Ze względu na ścisły związek występujący pomiędzy zdolnością zawodową a dysponującą nią wykonawcą, ustawodawca rozstrzygnął, iż sumowanie potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest możliwe, o ile roboty budowlane lub usługi wykona ten z nich, który posiada zdolności niezbędne do ich zrealizowania. Prawodawca w tym względzie kierował się koniecznością zabezpieczenia interesów zamawiającego oraz zasadą równego traktowania wykonawców. Wskutek ograniczenia wynikającego z art. 117 ust. 3 u.p.z.p., realizacji zamówienia zasadniczo będzie mógł się podjąć wyłącznie ten konsorcjant, który swoimi zdolnościami gwarantuje jego należyte wykonanie. Powyższe, zgodnie z intencją ustawodawcy, ma wykluczyć sytuacje, w których wykonawcy nie mający odpowiednich kompetencji lub wiedzy zostaliby dopuszczeni do wykonywania zamówienia tylko z tego powodu, że biorą udział w postępowaniu w ramach konsorcjum. W ten sposób również wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie byłiby faworyzowani w porównaniu do wykonawcy samodzielnego, który przecież, aby móc wykonywać umowę, sam musi legitymować się określonymi zdolnościami.

Intencje prawodawcy wydają się racjonalne i nie można odmówić im słuszności (mając na uwadze interes strony publicznej). Jak zwraca się uwagę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wyłonienie wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Innymi słowy, regulacje u.p.z.p. mają na celu umożliwienie osiągnięcia celów publicznych i społecznych. Odmienne są również skutki niepowodzenia realizacji kontraktu prywatnego oraz publicznego. W przypadku tego pierwszego, występuje co najwyżej szkoda pomiędzy partnerami umowy, podczas gdy w kontraktach publicznych, negatywne skutki mogą wpływać w szerszym aspekcie społecznym, prowadząc do niezaspokojenia uzasadnionych, a wręcz często ustawowo gwarantowanych potrzeb publicznych. To, zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, rodzi konieczność bardziej

rygorystycznego podejścia do oceny zdolności potencjalnych wykonawców, mających w przyszłości realizować zamówienie publiczne<sup>470</sup>.

Należy jednak dostrzec jeden istotny mankament powyższej regulacji. Na skutek bowiem wprowadzonego ograniczenia, *de facto* członkowie konsorcjum nie posiadający dotychczas doświadczenia w realizacji podobnych zamówień, nie mają szans na jego pozyskanie w toku realizacji umowy. Oznacza to również, że w przyszłych postępowaniach nie będą mogli oni powoływać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, ponieważ zgodnie z § 9 ust. 3 r.p.ś.d., wykonawca składając wykaz robót budowlanych lub wykaz usług, w którym wskazuje na doświadczenie w realizacji umów wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, podaje informacje wyłącznie w zakresie tych robót lub usług, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył.

Pojawia się więc pytanie, czy regulacja ta jest proporcjonalna do założeń przyjętych w dyrektywie 2014/24/UE, tj. czy nie chroni w zbyt znacznym stopniu interesów zamawiającego, kosztem konkurencyjności rynku? Nie ulega bowiem wątpliwości, że im mniej jest szans na zdobycie doświadczenia, tym węższy pozostaje krąg potencjalnych wykonawców w przyszłych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

Poniżej podjęta zostanie próba udzielenia odpowiedzi na to pytanie. W pierwszej kolejności przedstawione zostanie jednak narzędzie, jakim zamawiający dysponuje na gruncie przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych, a które służy weryfikacji spełnienia warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w sytuacjach określonych w art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p.

#### **4.9. Oświadczenie z art. 117 ust. 4 u.p.z.p.**

Jak zasygnalizowałam powyżej, ustawodawca w art. 117 ust. 4 u.p.z.p. wprowadził środek, mający zabezpieczać zamawiających przed sytuacjami, w których wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, pomimo ograniczeń wynikających z art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p. podejmą się wykonywania części zamówienia, dla której niezbędne jest legitymowanie się czy to stosownymi uprawnieniami, czy też wykształceniem, kwalifikacjami lub doświadczeniem.

Narzędziem tym jest oświadczenie składane przez konsorcjum wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy (art. 117 ust. 4 u.p.z.p.).

---

<sup>470</sup> Wyrok KIO z dnia 7.07.2022 r, KIO 1602/22, LEX nr 3399148

Dokumentu takiego nie muszą, z natury rzeczy, składać wykonawcy samodzielnie biorący udział w postępowaniu.

Jest to niewątpliwie podmiotowy środek dowodowy, służący potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu definicji przyjętej w art. 7 pkt. 17 u.p.z.p.<sup>471</sup>.

Za wystarczające należy uznać, ażeby konsorcjanci złożyli jedno zbiorcze oświadczenie, z którego wynikać będą wskazane w ustawie okoliczności.

Oświadczenie takie, jak wynika z samej treści art. 117 ust. 4 u.p.z.p., składane winno być wyłącznie w sytuacjach opisanych w art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p., tj. w przypadku gdy w postępowaniu sformułowano warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania stosownych uprawnień lub wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Nie ma natomiast podstaw do tego, aby żądać składania tego oświadczenia w każdym przypadku, kiedy wykonawcy wspólnie ubiegają się o zamówienie<sup>472</sup>.

W konsekwencji, regulacja ta nie umożliwia weryfikowania podziału zadań przyjętego przez konsorcjum, w sytuacji, gdy zamawiający skorzysta z uprawnienia przewidzianego w art. 117 ust. 1 u.p.z.p., tj. określi szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, który będzie uzasadniony charakterem zamówienia i w stosunku do niego proporcjonalny. Pojawia się pytanie, czy jest to zwykłe przeoczenie ustawodawcy, czy działanie zamierzone.

Gdyby przyjąć, że ustawodawca w tym zakresie działał w sposób zamierzony, prowadziłoby to do wniosku, że intencją ustawodawcy było wyłączenie możliwości narzucenia przez zamawiającego podziału zadań pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi o zamówienie, w ramach formułowania szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Innymi słowy, zamawiający nie mógłby wymagać, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zagwarantowali, iż część zamówienia, do której niezbędna jest określona zdolność (np. znajdowanie się w określonej sytuacji finansowej lub ekonomicznej) realizował ten z konsorcjantów, który ją posiada.

Ewentualnie, gdyby przyjąć, że ustawodawca działał w sposób zamierzony, należałoby uznać, że intencją ustawodawcy było przynajmniej pozbawienie zamawiającego możliwości weryfikacji przyjętego podziału zadań przez konsorcjantów. Prowadziłoby to jednak do

---

<sup>471</sup> Por. § 7 ust. 1 r.ś.k.e.: „podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy (...)”.

<sup>472</sup> Wyrok KIO z dnia 8.11.2021 r., KIO 2945/21, LEX nr 3285531

wniosku, że ustawodawca postąpił nieracjonalnie, a wręcz wbrew pozostałym regulacjom u.p.z.p.

Zwrócenia uwagi wymaga, że art. 117 ust. 1 u.p.z.p. nie określa, w jakiej formie zamawiający może skorzystać z przysługującego mu uprawnienia i określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Co prawda o skorzystaniu z możliwości z art. 117 ust. 1 u.p.z.p. zazwyczaj się wspomina w kontekście wyłączenia prawa do wykazania się „rozdrobnionym” doświadczeniem, jednak nie można przyjąć, że omawiany przepis służy wyłącznie w takim ograniczonym zakresie. Przeczy temu przede wszystkim brzmienie tego przepisu, który ogólnie określa zasady formułowania sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wskazując na konieczność zachowania obiektywności, proporcjonalności z przedmiotem zamówienia oraz uzasadnienia jego charakterem.

W mojej ocenie, art. 117 ust. 1 u.p.z.p. ma za zadanie m.in. uzupełniać regulacje zawarte w art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p. i umożliwiać formułowanie wymagań w zakresie podziału zadań pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie, adekwatnego do wykazywanych przez nich zdolności.

Przykładowo, zwrócenia uwagi wymaga, że art. 117 ust. 3 u.p.z.p. nie dotyczy dostaw. *Ratio legis* można upatrywać w specyfice tego rodzaju zamówień. Zazwyczaj dostawy nie stanowią skomplikowanych świadczeń, a doświadczenie wykonawcy w ich realizacji ogranicza się do umiejętności koordynacji działań, których efektem końcowym jest dostarczenie wymaganego produktu. Można jednak łatwo wyobrazić sobie sytuację, w której dane zamówienie nie jest standardową dostawą i ma charakter mieszany (np. posiada elementy robót budowlanych lub usług) lub jest po prostu bardziej złożonym świadczeniem. Pojawia się pytanie, czy w takiej sytuacji można sięgnąć do regulacji zawartej w art. 117 ust. 3 u.p.z.p. i ograniczyć możliwość prostego sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie?

W tym względzie należy odwołać się do regulacji dotyczącej zamówień mieszanych, tj. art. 27 u.p.z.p. Zgodnie z ust. 1 tego artykułu, jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie usługi, dostawy lub roboty budowlane, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące głównego przedmiotu zamówienia. Z kolei, na gruncie art. 27 ust. 2 pkt 1 u.p.z.p. przyjęto, że w przypadku, gdy zamówienie obejmuje równocześnie usługi i dostawy, główny



przedmiot zamówienia określa się przez ustalenie, która z szacowanych wartości danych usług lub dostaw jest wyższa.

W konsekwencji, ze względu na brzmienie regulacji art. 27 ust. 1 u.p.z.p., należy przyjąć, iż art. 117 ust. 3 u.p.z.p., jako właściwy dla robót budowlanych i usług, nie ma zastosowania do dostaw, nawet jeżeli mają charakter mieszany.

W mojej ocenie, właśnie dla takich sytuacji został wprowadzony art. 117 ust. 1 u.p.z.p. umożliwiający określenie szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, oczywiście pod warunkiem, że jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne. Tym samym, w przypadku skomplikowanych dostaw lub dostaw posiadających elementy usług lub robót budowlanych, wymagających od wykonawcy posiadania określonego poziomu zdolności, za dopuszczalne można by było uznać przewidzenie przez zamawiającego, iż spełnienie warunku udziału w postępowaniu zostanie stwierdzone tylko wtedy, gdy konsorcjant wykazujący zdolność w postaci doświadczenia będzie realizował świadczenia wymagające jego posiadania.

Ponadto, biorąc pod uwagę, że art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p. dotyczy wyłącznie zdolności wykonawcy w zakresie posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia lub jego zdolności zawodowej lub technicznej, należy uznać, że art. 117 ust. 1 u.p.z.p. pozwala skorzystać z możliwości narzucenia podziału zadań pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie w odniesieniu do warunku sytuacji finansowej lub ekonomicznej. Wprowadzenie wymogu, aby część zamówienia realizował ten konsorcjant, który znajduje się w odpowiedniej sytuacji finansowej lub ekonomicznej byłoby szczególnie zasadne np. w przypadku zamówień na usługi ubezpieczeniowe.

Dostrzegając zatem możliwość formułowania szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 117 ust. 1 u.p.z.p. i jednocześnie żądania przyjęcia podziału zadań pomiędzy konsorcjantami adekwatnego do wykazywanych przez nich zdolności, należałoby przyjąć, że ograniczenie stosowania art. 117 ust. 4 u.p.z.p. wyłącznie do przypadków wymienionych w art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p. jest przeoczeniem prawodawcy.

Taką tezę można sformułować zwłaszcza ze względu na fakt, że w art. 58 ust. 4 u.p.z.p. ustawodawca przyznał zamawiającemu prawo określenia wymagań związanych z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to

uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu. Przepis ten pozwala zamawiającym m.in. na żądanie od konsorcjum skierowania do realizacji określonych zadań tego ze współkonsorcjantów, który wykazał się posiadaniem zdolności niezbędnych do ich należytego wykonania<sup>473</sup>.

Również w art. 60 u.p.z.p. przewidziano prawo zamawiającego do wymagania osobistego wykonania przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Jak sam wskazuje UZP, powyższa regulacja ma służyć ograniczeniu dopuszczalności przekazywania zdolności pomiędzy współwykonawcami<sup>474</sup>.

Aby zapewnić skuteczność takiego zastrzeżenia, idąc za logiką ustawodawcy, zamawiający powinien mieć więc prawo żądania składania oświadczenia z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. również w sytuacji, kiedy korzysta z uprawnień określonych w art. 117 ust. 1 u.p.z.p. oraz art. 58 ust. 4 i art. 60 u.p.z.p. Brak przyznania takiego uprawnienia zamawiającemu, należy ocenić jako przeoczenie ustawodawcy.

Niezależnie od powyższego, warto wskazać, że oświadczenie z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. budzi wiele wątpliwości praktycznych. W szczególności pojawia się pytanie, czy w sytuacji w której tylko jeden z członków konsorcjum posiada doświadczenie niezbędne do należytej realizacji zamówienia, można w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. „zgłosić” do realizacji części zamówienia, również innego członka konsorcjum, nielegitymującego się takim doświadczeniem. Izba wydaje się w tym względzie prezentować dość restrykcyjne stanowisko, zgodnie z którym takie rozwiązanie nie jest dopuszczalne. Innymi słowy – jeżeli wyłącznie jeden z konsorcjantów powołuje się na swoje doświadczenie dla potrzeb wykazania zdolności zawodowych, to w oświadczeniu winien być wskazany wyłącznie ten podmiot. Ewentualne „dopisanie” do oświadczenia z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. konsorcjanta dotychczas nie wykazującego się niezbędnym doświadczeniem powinno wiązać się z jego wykreśleniem z oświadczenia lub złożeniem nowych podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających, że ten konsorcjant spełnia warunek zdolności<sup>475</sup>.

Z drugiej strony, funkcjonują również poglądy odmienne, bardziej liberalne, zgodnie z którymi Krajowa Izba Odwoławcza uznaje za dopuszczalne, aby pozostali konsorcjanci również wzięli

---

<sup>473</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 58, teza nr 7.

<sup>474</sup> Ibidem

<sup>475</sup> Wyrok KIO z dnia 17 grudnia 2021 r., KIO 3510/21, LEX nr 3326952; wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., KIO 1602/22, LEX nr 3399148

udział w realizacji tej części zamówienia, co do której nie wykazywali się stosownym doświadczeniem<sup>476</sup>.

Taki pogląd Krajowa Izba Odwoławcza sformułowała m.in. w wyroku z dnia 10 marca 2022 r.<sup>477</sup>. Uzasadniając swoje stanowisko skład orzekający zwrócił uwagę, że przy ocenie zdolności poszczególnych konsorcjantów należy brać pod uwagę specyfikę zamówienia, w tym jego charakter, stopień skomplikowania oraz inne szczególne warunki jego wykonania. W tym przypadku, przedmiotem zamówienia było zimowe utrzymanie dróg i Izba uznała, że ze względu na niski poziom skomplikowania tych prac, doświadczenie w koordynowaniu tego typu usług można uznać za równoważne z doświadczeniem w bezpośrednim ich wykonywaniu<sup>478</sup>.

Z powyższego orzeczenia wynika zatem, iż w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych i doświadczenia wykonawcy, możliwe byłoby dopuszczenie do realizacji zamówienia także tego z wykonawców, który nie legitymował się określonymi przez zamawiającego zdolnościami. W tym względzie, KIO posłużyła się szerokim rozumieniem pojęcia „wykonania robót budowlanych lub usług”, pod którym przyjęła nie tylko bezpośrednie uczestnictwo w realizacji zamówienia, ale również udział pośredni – pojmowany jako nadzór, czy też koordynację prac. Bazując na takiej wykładni, Izba doszła do wniosku, iż konsorcjant, który w postępowaniu legitymował się zdolnościami niezbędnymi do realizacji zamówienia, koordynując prace pozostałych członków konsorcjum, wykonuje roboty budowlane lub usługi, zgodnie z ograniczeniem określonym w art. 117 ust. 3 u.p.z.p. Jego współkonsorcjanci, wykonując zaś zamówienie pod nadzorem wykonawcy doświadczonego w realizacji podobnych robót budowlanych lub usług, nawet jeżeli sami nie posiadają odpowiednich zdolności, nie naruszają dyspozycji art. 117 ust. 3 u.p.z.p. Warto jednak wskazać, że omawiany wyrok został wydany w konkretnym stanie faktycznym, z uwzględnieniem zapisów SWZ obowiązujących w danym postępowaniu.

W odniesieniu do warunku uprawnień kwestia jest już bardziej oczywista i nie budząca wątpliwości. Z oczywistych względów tylko podmiot uprawniony może realizować ten zakres, który mocą przepisów ustawowych jest z istoty swojej reglamentowany. Odstąpienie od takiego podziału zadań prowadziłoby bowiem do naruszenia obowiązujących przepisów<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> Wyrok KIO z dnia 10 marca 2022 r., KIO 436/22, LEX nr 3399564

<sup>477</sup> Ibidem

<sup>478</sup> Ibidem

<sup>479</sup> Za reprezentatywne w tym względzie uznać można następujące orzeczenia:

Przy przyjęciu restrykcyjnego stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie możliwości przypisywania zadań składających się na zamówienie poszczególnym konsorcjantom, można pokusić się o sformułowanie następujących zasad składania oświadczenia z art. 117 ust. 4 u.p.z.p.

W zakresie warunku doświadczenia, sformułowanego kompleksowo (tj. do całego zakresu planowanego zakupu) w sytuacji sumowania potencjałów przez poszczególnych konsorcjantów (oczywiście o ile taka możliwość nie zostanie wyłączona przez zamawiającego w dokumentach zamówienia), co do zasady, za wystarczające powinno być uznane oświadczenie o wspólnej realizacji przedmiotu zamówienia bez precyzowania poszczególnych zadań podzielonych pomiędzy członkami konsorcjum. W przypadku natomiast, gdy warunek udziału nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia, a dotyczy poszczególnych, wyodrębnionych prac, w

---

- KIO 3795/21, LEX nr 3353442: „(...) oświadczenie to składane jest tylko przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i ma z niego wynikać, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy. Tak, więc chodzi tutaj o zakres robót wykonywanych przez wykonawców samodzielnie i liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Ratio legis art. 117 ust. 4 Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Pomimo tego, że sam status prawny takiego oświadczenia nie został jasno określony w przepisach Pzp, to jednak przyjęć należy, że oświadczenie, takie jest podmiotowym środkiem dowodowym. (...) niewątpliwe jest, że konsorcjanci wskazują zakres robót, które będą wykonywać samodzielnie i potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu.”

- KIO 3499/21, LEX nr 3285535: „Art. 117 ust. 2 p.z.p. nie pozostawia zatem wątpliwości, że warunek musi być spełniany przez tego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia wymagający posiadania uprawnień. Jakkolwiek przepis ten pozwala na łączenie potencjału konsorcjantów (co jest o tyle uzasadnione, że nie każdy z konsorcjantów musi realizować zakres, do którego konieczne jest posiadanie uprawnień), to jednak ściśle wiąże tę możliwość z podziałem zadań między wykonawców. Innymi słowy, nie każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia musi posiadać uprawnienia wymagane przez Zamawiającego, musi je jednak posiadać ten z nich, który będzie realizował zakres wymagający posiadania uprawnień.”

- KIO 2597/21, LEX nr 3271861: „Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaga zatem od Zamawiającego uzyskania wiedzy o sposobie realizacji zamówienia publicznego już na etapie oceny i badania wniosków / ofert, właśnie w postaci oświadczenia złożonego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w trybie ustawy Pzp. Oświadczenie składane w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p. ma umożliwić Zamawiającemu weryfikację, czy planowany podział zadań pomiędzy członków Konsorcjum zapewnia realizację zamówienia przez podmiot, który posiada stosowne uprawnienia i wymagane doświadczenie. Zgodnie z nowymi regulacjami tylko ten spośród wykonawców, który wykazuje spełnienie warunku określonego w SWZ, może realizować zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane. Mając na uwadze brzmienie art. 117 ust. 2 p.z.p. warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (...) jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Z przepisu tego wynika zatem wprost, że to ten członek Konsorcjum, który posiada stosowne wymagane uprawnienia, będzie realizował usługi - co zostaje potwierdzone oświadczeniem złożonym na podstawie ustawy Pzp. W przypadku określenia podziału zadań pomiędzy członków Konsorcjum, wskazanego w formie oświadczenia w trybie art. 117 ust. 4 p.z.p., każdy z członków Konsorcjum musi spełniać warunki udziału w postępowaniu w takim zakresie, w jakim następnie będzie realizował zamówienie. Wynika to wprost z art. 117 ust. 2 i 3 p.z.p.”.

oświadczeniu z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. winno zostać precyzyjnie wskazane, którzy z konsorcjantów te wyspecyfikowane zadania będą faktycznie realizować.

Za oczywistą należy również uznać możliwość realizacji przez poszczególnych konsorcjantów wskazanych w oświadczeniu zakresów zamówienia przy udziale podwykonawców.

Wyjątkiem od zasady dopuszczalności posługiwania się przez członków konsorcjum podwykonawcami będzie sytuacja wskazana w opisanej już powyżej regulacji art. 60 u.p.z.p., która pozwala zamawiającym zastrzec w dokumentach zamówienia obowiązek osobistego wykonania kluczowych zadań przez poszczególnych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Takiego zastrzeżenia zamawiający może dokonać zarówno w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane lub usługi, jak również do zamówień na dostawy, przy czym w tym drugim przypadku kluczowe zadania powinny ograniczać się do prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją<sup>480</sup>.

W przypadku skorzystania przez zamawiającego z art. 60 u.p.z.p. w danym postępowaniu, ten konsorcjant, dzięki doświadczeniu którego dana grupa wykonawców uzyskała zamówienie, będzie zobowiązany do realizacji kluczowych zadań wskazanych w dokumentach zamówienia. Natomiast w sytuacji, w której doświadczenie konsorcjantów było sumowane, wszyscy członkowie konsorcjum, wykazujący łącznie dany potencjał, będą mogli wspólnie, zastrzeżony przez zamawiającego zakres, realizować. W regulacji art. 60 u.p.z.p. istotne jest bowiem, aby ściśle określone zadania realizowały podmioty posiadające status wykonawcy – a zatem podmioty, które złożyły ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zostały zweryfikowane przez zamawiającego pod kątem podmiotowym (w zakresie posiadanych zdolności oraz braku podstaw wykluczenia) oraz zawarły z zamawiającym umowę w sprawie zamówienia publicznego, a zatem ponoszą wobec niego bezpośrednią odpowiedzialność.

Niezależnie jednak od powyższego, zwrócenia uwagi wymaga, że omówione powyżej przepisy art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. wzbudzają wiele wątpliwości interpretacyjnych oraz generują problemy praktyczne. Jak zasygnalizowano powyżej, intencją prawodawcy miała być ochrona zamawiających poprzez zapewnienie faktycznego udziału w realizacji zamówienia konsorcjanta, którego potencjał pozwala spełnić warunki udziału w postępowaniu. W tym względzie dostrzega się, że konstrukcja tych przepisów powiela rozwiązanie przewidziane dla podmiotów trzecich, a wręcz jest od niego bardziej restrykcyjna.

---

<sup>480</sup> Art. 60 u.p.z.p.

Aby bowiem było możliwe skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, musi on, zgodnie z art. 118 ust. 3 u.p.z.p., złożyć oświadczenie lub inny dokument wskazujący na sposób jego zaangażowania w realizację zamówienia. Z takiego oświadczenia nie wynika jednak poziom i stopień zaangażowania wykonawcy, a zatem sposób wykonania zamówienia przez wykonawcę *de facto* zależy od biznesowych uzgodnień partnerów, co oczywiście później przekłada się na zdobyte przez niego doświadczenie. Natomiast w świetle art. 117 ust. 4 u.p.z.p. oczekuje się złożenia oświadczenia prezentującego podział zadań od wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

Powyższe stwarza wiele trudności wykonawcom wspólnie ubiegającym się o zamówienie. Z jednej bowiem strony zobowiązani są do dokonania podziału zadań z uwzględnieniem specyficznych wymagań określonych w art. 117 ust. 3 u.p.z.p., z drugiej zaś zrozumiała jest ich chęć do zaangażowania do wykonania zamówienia również tego z wykonawców, który nie przedstawia doświadczenia. Przy restrykcyjnym rozumieniu art. 117 ust. 4 u.p.z.p. problematyczne mogłoby okazać się nawet zaangażowanie tego z wykonawców, który co prawda ma doświadczenie, ale nie przedstawiał go na etapie postępowania w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oznaczałoby to więc konieczność prezentowania doświadczenia konsorcjanta ponad minimalny warunek, co byłoby wymogiem zbędnym i nadmiernym.

Z kolei na etapie realizacji zamówienia, oświadczenie dotyczące podziału zadań mogłoby uniemożliwić udział w wykonaniu zamówienia przez podmiot, który nie został w nim wymieniony jako realizujący dany jego zakres. Takie ograniczenie utrudniałoby swobodne prowadzenie działalności gospodarczej oraz pozyskanie doświadczenia przez wykonawców, co oczywiście przełożyłoby się na sytuację przedsiębiorstw z sektora małych i średnich przedsiębiorców.

Zasadność ustanowienia bardziej restrykcyjnych wymagań względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, niż w odniesieniu do podmiotów trzecich jest również o tyle wątpliwa, że pomiędzy relacją na linii zamawiający – wykonawca – podmiot trzeci, a zamawiający – wykonawca zachodzi zasadnicza różnica. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie występuje bowiem solidarna odpowiedzialność wobec zamawiającego za wykonanie umowy, która w odniesieniu do podmiotu trzeciego zachodzi jedynie w bardzo ograniczonym zakresie w sytuacji udostępnienia przez niego potencjału finansowego lub ekonomicznego.

Istnienie pomiędzy konsorcjantami więzi w postaci solidarnej odpowiedzialności gwarantuje zamawiającemu szeroki poziom ochrony, co uznawane jest za przyczynę, dla której rozwiązanie przewidziane w art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. uznawane jest za zbędne. Zamawiającemu, jako wierzycielowi względem dłużników solidarnych, przysługuje prawo swobodnego zadecydowania, od którego z nich będzie żądać spełnienia świadczenia.

Wobec takiego zabezpieczenia interesu zamawiającego tym bardziej nie jest zrozumiałą powód, dla którego podział zadań pomiędzy wykonawcami jest weryfikowany, zwłaszcza, że przepis art. 117 ust. 3 u.p.z.p., jak zasygnalizowano powyżej, ogranicza również możliwość nabycia doświadczenia przez konsorcjantów. To zaś dodatkowo jest czynnikiem hamującym rozwój przedsiębiorstw, w szczególności z sektora małych i średnich przedsiębiorców, którym szczególnie zależy na poszerzeniu swojego doświadczenia.

Co więcej, również z punktu widzenia interesów zamawiającego, narzucenie sztywnego podziału zadań pomiędzy konsorcjantami nie jest korzystne. Pojawia się bowiem pytanie czy zamawiający w trakcie realizacji zamówienia, korzystając z faktu, iż wykonawcy ponoszą względem niego solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy, może zadecydować o wykonaniu danej części zamówienia w sposób odmienny niż zostało to określone w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 u.p.z.p.? Pytanie to jest zasadne, biorąc pod uwagę fakt, że może się zdarzyć, iż wykonawca, któremu przypisano określone zadanie, nie realizuje go, bądź wykonuje je w sposób nienależyty, albo nie może go wykonywać na skutek zaistniałych okoliczności (np. utraty uprawnień, likwidacji, upadłości itp.). W takim przypadku, zamawiający powinien mieć możliwość zwrócenia się do współkonsorcjanta z żądaniem wykonania tego zadania (o ile realizacja zobowiązania przez ten podmiot jest możliwa z poszanowaniem wymagań określonych w dokumentach zamówienia bądź obowiązujących przepisów m.in. w zakresie posiadania niezbędnych uprawnień do wykonywania określonych działań). Odstąpienie od umowy, bądź uzyskanie jedynie surogatu świadczenia (np. świadczenia pieniężnego pokrywającego koszty wykonania zastępczego) nie zawsze jest najkorzystniejszym dla zamawiającego rozwiązaniem, dla którego priorytetem jest uzyskanie określonych robót budowlanych, usług lub dostaw. Wobec powyższego, narzucanie podziału zadań w oświadczeniu z art. 117 ust. 4 u.p.z.p. nie jest również rozwiązaniem w pełni odpowiadającym na potrzeby zamawiających, gdyż może w znaczny sposób ograniczyć im korzystanie z uprawnień, jakie wiążą się z występowaniem solidarnej odpowiedzialności po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

W konsekwencji, przepisy art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. uznawane są wśród przedstawicieli doktryny za nieuzasadnioną przeszkodę w dostępie do nabywania doświadczenia oraz wykazywania jego nabycia, co prowadzi do ograniczenia dostępu do zamówienia, a ponadto zbyt ingerujące w sferę związaną z etapem realizacji zamówienia jeszcze na etapie ubiegania się o nie<sup>481</sup>.

Rozwiązanie to nie znajduje również uzasadnienia w prawie unijnym. Krytycy omawianych regulacji w tym względzie powołują się na regulacje dyrektywy 2014/24/UE, w której prawodawca unijny szeroko unormował kwestie związane z ubieganiem się o zamówienie przez grupy wykonawców. W tym zakresie zwraca się uwagę, że jednym z fundamentów systemu zamówień publicznych jest właśnie wspólne ubieganie się o zamówienie lub łączenie potencjałów. W konsekwencji, wszelkie ograniczenia czy dodatkowe obowiązki powinny być kształtowane w wyważony sposób. Takie rozwiązanie jest usprawiedliwione, jeśli się zważy, że zgodnie z motywem 15 oraz art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, ustanowienie dla grup wykonawców specyficznych warunków realizacji zamówienia (odmiennych niż w przypadku wykonawców samodzielnych) jest możliwe pod warunkiem zaistnienia obiektywnych, uzasadnionych przesłanek i o ile środki te będą proporcjonalne. Zatem, w świetle regulacji unijnych, jakakolwiek ingerencja w sposób realizacji zamówienia poprzez formułowanie określonych wymagań dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie powinna następować wyjątkowo. Tymczasem art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. statuują zasadę, która z góry narzuca sposób wykonania zamówienia w odniesieniu konsorcjum.

Zwraca się również uwagę na art. 70 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki związane z realizacją zamówienia, przy czym, po pierwsze muszą być one powiązane z przedmiotem zamówienia, a po drugie niezbędne jest ich uprzednie wskazanie w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia. Przepis ten jednak nie wskazuje, czy dotyczy wykonawców indywidualnych, czy też grupy wykonawców, a zatem należy wnioskować, iż statuje generalną zasadę postępowania w sytuacji, gdy zamawiający ingeruje w sposób realizacji zamówienia. Z powyższego wynika zatem, iż taka ingerencja, jako sytuacja wyjątkowa, jest dopuszczalna pod warunkiem spełnienia określonych przesłanek, a zatem może nastąpić w jedynie indywidualnie uzasadnianych przypadkach.

---

<sup>481</sup> *Postulaty legislacyjne Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych dot. ustawy Prawi zamówień publicznych z 11 września 2019 r.*, Warszawa, maj 2023 r., s. 12, dostępne pod adresem internetowym: [https://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2023\\_05\\_29\\_Raport\\_Postulaty\\_legislacyjne\\_SPZP.pdf](https://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2023_05_29_Raport_Postulaty_legislacyjne_SPZP.pdf) (dostęp: 12.06.2023 r.)



Dlatego też, w ocenie krytyków regulacji art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p., przepisy krajowe są uznawane za efekt błędnej interpretacji rozwiązań unijnych<sup>482</sup>. Zwraca się przy tym uwagę, że dyrektywa 2014/24/UE nie przewiduje, tak jak ustawa krajowa, automatycznego narzucenia określonego sposobu realizacji w odniesieniu do wszystkich zamówień. W świetle unijnych regulacji, łączenie potencjałów (czy to w ramach wspólnego ubiegania się o zamówienie, czy to poprzez użyczenie zasobów podmiotu trzeciego) jest zasadą i prawem wykonawcy, a zatem nie może być on gorzej traktowany tylko z tego powodu, iż skorzystał z prawnie dopuszczalnej struktury podmiotowej. W szczególności, przepisy unijne nie nakładają obowiązku wyłącznie bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia i z wykorzystaniem własnych zasobów, co zresztą potwierdzają orzeczenia TSUE<sup>483</sup>. Oczywiście, w pewnym stopniu, ingerencja zamawiającego w sposób realizacji zamówienia może być zasadna, ale wprowadzenie jakichkolwiek ograniczeń w tym zakresie powinno być uzasadnione na gruncie konkretnego przypadku.

Zdaniem krytyków, art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. implikują także zbędne obowiązki po stronie zamawiających, którzy, mając na uwadze treść oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p., zobowiązani są do weryfikacji umów konsorcjum pod kątem uregulowanego w nich sposobu realizacji zamówienia<sup>484</sup>.

Dlatego też zwraca się uwagę, że podział zadań oraz inne kwestie szczegółowe dotyczące realizacji zamówienia powinny być wyłącznie przedmiotem ustaleń pomiędzy konsorcjantami. Miałyby za tym przemawiać również względy racjonalne i biznesowe, bowiem również w interesie profesjonalnych wykonawców, których referencje mają posłużyć do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jest niedopuszczenie do sytuacji, w której zamówienie będzie realizowane przez niedoświadczonego partnera, bez jakiegokolwiek udziału i zaangażowania wykonawcy posiadającego odpowiednie kompetencje<sup>485</sup>.

W konsekwencji, pojawiają się postulaty uchylenia obu przepisów, art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. (i tym samym powrót do stanu prawnego obowiązującego na gruncie ustawy z 2004 r.). Inną, ewentualną, postulowaną zmianą byłoby utrzymanie art. 117 ust. 3 u.p.z.p. w dotychczasowym brzmieniu, ale zmodyfikowanie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. W tym względzie zwraca się uwagę na możliwość zastosowania analogicznego, jak w art. 118 ust. 3 u.p.z.p., rozwiązania, tj.

---

<sup>482</sup> Ibidem.

<sup>483</sup> M.in. w sprawach: CoNISMa C-305/08 (pkt. 41), ZOTSiS 2009/12B/I-12129; Partner Apelski Dariusz C-324/14, ZOTSiS 2016/4/I-214; Pippo Pizzo C-27/15 (pkt. 23), ZOTSiS 2016/6/I-404, Ostas celtnieks C-234/14 (pkt 23), ZOTSiS 2016/1/I-6; Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, (pkt 33), ZOTSiS 2013/10/I-646

<sup>484</sup> *Postulaty legislacyjne Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych ...op.cit.*

<sup>485</sup> Ibidem.

oczekiwania złożenia stosownego oświadczenia o stopniu zaangażowania w realizację zamówienia wyłącznie od tego wykonawcy, który przedstawia doświadczenie na etapie postępowania. Zdaniem krytyków regulacji krajowych, taka modyfikacja jedynie częściowo odpowiedziałaby na opisane powyżej problemy i wyłącznie uchylenie art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. w pełni pozwoliłoby na uelastycznienie zasad łączenia potencjałów przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie<sup>486</sup>.

Osobiście nie podzielam stanowiska o konieczności uchylenia art. 117 ust. 4 u.p.z.p. W mojej ocenie regulacja ta jest potrzebna, gdyż zapobiega ona nadużywaniu przez wykonawców instytucji konsorcjum poprzez pozorne zawiązywanie grupy, wyłącznie w celu sumowania potencjałów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nietrudno bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca nieposiadający niezbędnego potencjału, zdecydowałby się na wspólne złożenie oferty z innym podmiotem, wykazującym odpowiedni poziom zdolności, tylko po to, by po zawarciu umowy z zamawiającym, realizować zamówienie już samodzielnie, bez udziału konsorcjanta, pomimo braku posiadania ku temu odpowiednich kompetencji. W takiej sytuacji, brak weryfikacji podziału zadań dokonanego pomiędzy partnerami konsorcjum na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty prowadziłyby do przypadków udzielania zamówienia publicznego *de facto* podmiotom niezdolnym do jego realizacji, czemu przecież prawodawca krajowy powinien zapobiec. Uchylenie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. mogłoby więc sprzyjać zjawisku „handlu referencjami”, którego występowanie było niezwykle nasilone w poprzednim stanie prawnym, a które zostało częściowo zniwelowane w drodze kolejnych nowelizacji, a ostatecznie wprowadzenia nowej ustawy Prawo zamówień publicznych<sup>487</sup>.

Niemniej nie można nie dostrzegać, iż aktualne rozwiązania również nie są bez wad, a ponadto nie eliminują w pełni wszystkich możliwych negatywnych zjawisk. Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie składane na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. co prawda w pewien sposób komplikuje proces wspólnego złożenia oferty, gdyż wymaga dokonania przez konsorcjantów ustaleń co do podziału zadań w powiązaniu z posiadanym przez nich potencjałem. Z drugiej jednak strony, nie gwarantuje również, że wykonawcy nie będą zawiązywać konsorcjum dla pozorów, tj. tylko dla potrzeb łącznego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, po to, by na etapie realizacji umowy zawartej z zamawiającym, wykonanie zamówienia powierzyć ostatecznie konsorcjantowi

---

<sup>486</sup> Ibidem.

<sup>487</sup> Por. I. M. Lubiszewski, *Niesamodzielne wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu...op. cit.* s. 36.

nieposiadającemu odpowiedniego poziomu zdolności. W tym zakresie, rozwiązania przyjęte przez prawodawcę polskiego wydają się niedostateczne, w szczególności poprzez brak przyznania zamawiającemu prawa kontroli na etapie wykonywania umowy.

Dostrzegając zatem wady regulacji art. 117 ust. 4 u.p.z.p., a równocześnie jej celowość, należy opowiedzieć się za koniecznością przeformułowania tego przepisu. Ewentualne zmiany powinny z jednej strony gwarantować zamawiającemu możliwość weryfikacji zarówno na etapie postępowania, jak i wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, czy daną część zamówienia realizuje ten z konsorcjantów, który posiada niezbędny potencjał w tym zakresie. Z drugiej strony, prawodawca nie powinien formułować wymagań nadmiernych w stosunku do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, z pominięciem analogicznej instytucji, tj. polegania na zasobach podmiotów trzecich. Ewentualne modyfikacje w tym zakresie powinny dokonywać się z uwzględnieniem zasady uczciwej konkurencji.

#### **4.10. Inny sposób realizacji umowy**

Jak wskazano w poprzednim rozdziale, a konkretnie w podrozdziale „Zasady odpowiedzialności konsorcjantów”, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie ponoszą solidarną odpowiedzialność względem zamawiającego za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (z jednym wyjątkiem przewidzianym w ramach trybu partnerstwa innowacyjnego)<sup>488</sup>.

Oznacza to, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie – każdy z osobna, jak również wszyscy łącznie – są odpowiedzialni względem zamawiającego za wykonanie całości zamówienia. Stąd też, w celu ułatwienia sobie realizacji umowy, na którą zazwyczaj składa się wiele świadczeń, dokonują oni w ramach umowy konsorcjum, swobodnego podziału zadań. Zamawiający, dopóki podział ten nie narusza jego interesów, zaś świadczenia są spełniane, nie ma interesu ingerować w jego treść.

Do czasu nowelizacji lipcowej z 2016 r., na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy – Prawo zamówień publicznych z 2004 r., nie występowała regulacja, która umożliwiałaby zamawiającemu narzucenie konsorcjum specyficznego sposobu realizacji zamówienia.

Jednak, na podstawie wprowadzonego nowelizacją lipcową art. 23 ust. 6 d.p.z.p., zamawiający mógł określać warunki realizacji zamówienia przez wykonawców ubiegających się wspólnie o

---

<sup>488</sup> Art. 445 ust. 1 i 2 u.p.z.p.

zamówienie, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli było to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Wskazana regulacja konweniowała z przyjętym również w ramach nowelizacji z 2016 r., art. 23 ust. 5 d.p.z.p., który przyznał zamawiającemu prawo do określenia w sposób szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub zdolności technicznej lub zawodowej, pod warunkiem, iż takie działanie będzie uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.

Źródłem powyższych regulacji był art. 19 ust. 2 akapit trzeci dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym warunki realizacji zamówienia przez grupy wykonawców odmienne od warunków nakładanych na pojedynczych uczestników muszą być również obiektywnie uzasadnione i proporcjonalne.

Na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy, powyższe unormowania zostały odzwierciedlone w regulacji art. 58 ust. 4 u.p.z.p., w którym prawodawca wprost wskazał, że zamawiający może w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do wykonawców występujących w postępowaniu samodzielnie, pod warunkiem, że wymagania te są uzasadnione charakterem zamówienia i są proporcjonalne do jego przedmiotu.

Wskazany przez ustawodawcę „inny sposób” realizacji zamówienia, w praktyce będzie przejawiał się przede wszystkim poprzez narzucenie konsorcjum podziału zadań składających się na daną umowę. Przepis art. 58 ust. 4 u.p.z.p. stanowi zatem emanację uprawnienia przysługującego wierzycielowi do określenia, który z dłużników solidarnych i w jakim zakresie jest zobowiązany do spełnienia świadczenia.

W odróżnieniu jednak od unormowania cywilnoprawnego, art. 58 ust. 4 u.p.z.p. nie przyznaje w tym zakresie zamawiającemu absolutnej swobody. Narzucenie sposobu wykonania zamówienia przez konsorcjum, odmiennego niż w przypadku wykonawcy indywidualnego, stanowi przykład różnego traktowania uczestników postępowania. Dlatego, aby nie wypełniało ono znamion dyskryminacji, musi ono znajdować swoje uzasadnienie w specyfice zamówienia, tj. powinno być powiązane z konkretną, racjonalną potrzebą zamawiającego. Jednocześnie, aby nie ograniczać dostępu wykonawcom do zamówienia – niewątpliwie bowiem narzucenie sposobu jego wykonania może utrudniać formowanie się konsorcjum, a w konsekwencji

zniechęcać do udziału w procedurze – zastosowany środek nie powinien być nadmierny w stosunku do celu, jakemu ma służyć. Ostatecznie zaś, zgodnie z zasadą przejrzystości, zamawiający powinien dać wyraz swojej decyzji w przedmiocie narzucenia sposobu wykonania zamówienia już na samym początku prowadzonego postępowania (w projektowanych postanowieniach umowy), tak, aby uczestnicy procedury nie byli zaskoczeni jego wymaganiami na późniejszym etapie.

Nie ma wątpliwości, iż art. 58 ust. 4 u.p.z.p., choć ograniczający swobodę konsorcjum w przyjęciu metody wykonania zamówienia, jest ze wszelkich miar potrzebny. Ma on bowiem zapobiec wykonaniu kontraktu w sposób inny niż wynikałoby to z deklaracji wskazanych w ofercie.

Warto w tym względzie zwrócić uwagę, że narzucenie odmiennego sposobu realizacji zamówienia jest powiązane z warunkami udziału w postępowaniu. Wykonanie określonej części zamówienia przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, wykazującego posiadanie zdolności niezbędnych do jej należytego wykonania jest właśnie racjonalną potrzebą zamawiającego uzasadniającą skorzystanie z art. 58 ust. 4 u.p.z.p. Ta potrzeba jednak, aby można ją było uznać za racjonalną, musi również wynikać ze specyfiki zdolności, jakimi wykazuje się dany wykonawca. Przykładowo, jak wskazuje się w piśmiennictwie, za prawidłowe można uznać wymaganie zamawiającego, aby dane świadczenie realizował ten konsorcjant, który wykazał się stosownym doświadczeniem, gdyż tylko w taki sposób, jego zasób zostanie należycie wykorzystany. Postępowaniem zaś sprzecznym z zasadą proporcjonalności będzie natomiast narzucenie wykonania danego świadczenia przez konsorcjanta wykazującego się posiadaniem określonego urządzenia, jeżeli drugi konsorcjant jest w stanie się nim posłużyć<sup>489</sup>.

Innymi słowy, korzystając z uprawnienia z art. 58 ust. 4 u.p.z.p., zamawiający może oczekiwać, aby określone zadanie składające się na zamówienie zrealizował tylko ten z wykonawców ubiegających się o zamówienie, który w toku procedury, wykazał się potencjałem, gwarantującym jego należyte wykonanie. W ten sposób zamawiający może zabezpieczyć swój uzasadniony interes w dopuszczeniu do realizacji określonych świadczeń składających się na umowę tylko tych wykonawców, którzy rzeczywiście są zdolni je wypełnić. Równocześnie, właściwie zastosowany środek z art. 58 ust. 4 u.p.z.p. stanowi emanację zasady równego traktowania wykonawców – nie ma bowiem uzasadnienia, dla

---

<sup>489</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ... op.cit.*, art. 19, teza nr 3.

którego członek konsorcjum nieposiadający odpowiedniego potencjału może realizować część zamówienia tylko z tego względu, że przystąpił do postępowania w określonej formie organizacyjno – prawnej, podczas gdy wykonawca samodzielny, aby tę część zamówienia wykonać, musiał udowodnić, iż posiada w tym względzie odpowiednie zdolności.

Tym samym, omawiany przepis ma uniemożliwić sytuację, w której weryfikacja podmiotowa konsorcjum będzie miała charakter wyłącznie formalny, ograniczony wyłącznie do potrzeb wykazania spełnienia warunków udziału, ale niepowiązany z etapem rzeczywistego wykonania umowy.

W tym zakresie stawiane jest pytanie, czy przepis art. 58 ust. 4 u.p.z.p. zezwala zamawiającemu, w celu potencjalnego zwiększenia ilości ofert w postępowaniu, na modyfikację reguły określonej w art. 117 ust. 3 u.p.z.p., zgodnie z którym w zakresie warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W szczególności, pojawia się wątpliwość, czy zamawiający może odstąpić od wymogu, aby daną część zamówienia realizował fizycznie ten z konsorcjantów (często są to przedsiębiorcy zagraniczni, użyczający swój potencjał spółkom należącym do grupy kapitałowej), który wykazywał potencjał na etapie składania ofert?

Osobiście uważam, iż, co do zasady, odpowiedź powinna być negatywna. Wydaje się bowiem, że art. 117 ust. 3 u.p.z.p. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, niedopuszczającym w tym zakresie odstępstw w sposobie realizacji umowy. Z powyższej normy wynika bowiem, iż konsorcjum, dla skutecznego wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, jeżeli w tym względzie korzysta z potencjału jednego ze swoich członków, powinno tak dokonać podziału zadań, aby to właśnie ten konsorcjant wykonywał tę część zamówienia, dla której wykazywane wykształcenie, kwalifikacje lub doświadczenie jest niezbędne.

Ewentualnej modyfikacji zasad podziału zadań można jednak upatrywać w sposobie rozumienia pojęcia „wykonywania” robót budowlanych lub usług przez tego z wykonawców, który wykazywał się wymaganymi zdolnościami. W art. 117 ust. 3 u.p.z.p. nie dookreślono bowiem, czy ma to być bezpośrednia, czy też pośrednia realizacja zamówienia lub jego części.

W tym względzie zwrócić uwagę należy, że w orzecznictwie odnośnie kwestii udostępniania potencjału przez podmioty trzecie, wykształciło się pojęcie bezpośredniego lub pośredniego

uczestnictwa w realizacji zamówienia. Zgodnie z poglądami KIO oraz sądów okręgowych, bezpośredni udział podmiotu trzeciego udostępniającego swoje zasoby wykonawcy, polega na realizacji przypisanej mu części zamówienia jako podwykonawca. Z kolei, udział pośredni podmiotu trzeciego przybiera postać doradztwa, koordynacji działań, udostępnienia sprzętu, personelu itp.<sup>490</sup> Innymi słowy, pośredni udział polega na zaangażowaniu podmiotu trzeciego w każdą możliwą formę uczestnictwa w realizacji zamówienia, która nie jest podwykonawstwem.

W samej ustawie, prawodawca nie zdefiniował, ani nie dokonał rozróżnienia na udział pośredni lub bezpośredni w wykonaniu zamówienia. Jednakże pojęcie to pojawia się w § 9 ust. 3 r.p.ś.d. Regulacja ta określa wymagania dla wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług, będącego podmiotowym środkiem dowodowym), składanym na potrzeby wykazania wymaganego doświadczenia przez wykonawcę. Zgodnie z cytowanym przepisem, jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz dotyczy robót budowlanych, dostaw lub usług, w których wykonaniu wykonawca ten bezpośrednio uczestniczył. Tym samym, pojęcie „bezpośredniego uczestnictwa” choć nie występuje na gruncie samej ustawy, to jednak zostało użyte przez prawodawcę w przepisach wykonawczych.

Jak zasygnalizowano powyżej, takiego rozróżnienia nie dokonano w art. 117 ust. 3 u.p.z.p., prawodawca użył wszakże ogólnego sformułowania „wykonanie” robót budowlanych lub usług. Powyższe ogólne sformułowanie otwiera drogę do interpretacji, czy konsorcjant, który posiada zdolności wymagane do zrealizowania robót budowlanych lub usług, w istocie musi bezpośrednio uczestniczyć w tych pracach, czy też jego udział może mieć charakter pośredni (np. ograniczony do koordynacji prac lub ich nadzoru).

#### **4.11. Posługiwanie się potencjałem podmiotu trzeciego**

##### **4.11.1. Zagadnienia ogólne**

O ile, jak wskazano powyżej, ustawodawca nie określa wprost w przepisach, że wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne ma na celu sumowanie potencjałów wykonawców, o tyle

---

<sup>490</sup> Opinia: „Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego”, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/zakres-dokumentow,-jakie-przedstawia-wykonawca-na-potwierdzenie-spelniania-warunkow-podmiotowych,-w-sytuacji,-w-ktorej-korzysta-z-potencjalu-podmiotu-trzeciego>, (dostęp: 5.06.2023 r.); wyrok KIO z dnia 28.07.2014 r., KIO 1444/14, LEX nr 1511223; wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9.04.2014 r., V Ca 3618/13, LEX nr 2088276

nie ulega wątpliwości, iż instytucją przeznaczoną właśnie dla celów wykazania się spełnieniem warunków udziału w postępowaniu jest korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego.

Na gruncie przepisów krajowych została ona uregulowana w przepisach art. 118 – 123 u.p.z.p. *Ratio legis* tej instytucji zostało wprost określone w art. 118 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym brzmieniem wykonawca może polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających mu swoje zasoby w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Poleganie na zasobach podmiotów trzecich jest zatem odrębną, od wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, metodą sumowania potencjałów, umożliwiającą wzięcie udziału w postępowaniu tym wykonawcom, którzy nie są w stanie samodzielnie wykazać minimum wymaganych przez zamawiającego zdolności. Z tego też powodu, jest to również instytucja służąca zwiększeniu konkurencyjności w postępowaniach oraz umożliwiająca ubieganie się o zamówienie przez wykonawców z sektora małych i średnich przedsiębiorców.

Warto jednak zwrócić uwagę, że możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego została w pewnym stopniu ograniczona oraz uzależniona od określonych warunków.

Po pierwsze, wykonawca może polegać wyłącznie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby<sup>491</sup>. Z powyższego wynika, iż nie została dopuszczona możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. W konsekwencji, warunki udziału w postępowaniu przewidziane w tym zakresie musi spełnić wykonawca samodzielnie (osobną kwestią jest sumowanie takiego potencjału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne, co zostało omówione w poprzednim fragmencie niniejszej pracy – podrozdział „Uprawnienia, zdolności zawodowe”).

Po drugie, w przypadku polegania na zasobach służących potwierdzeniu spełnienia warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, o ile te podmioty wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane<sup>492</sup>. Powyższe oznacza, że we wskazanych sytuacjach, podmiot trzeci powinien być zaangażowany w realizację zamówienia, aby uznać, iż wykonawca w sposób realny dysponuje tym zasobem. Wymóg ten jest

---

<sup>491</sup> Art. 118 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>492</sup> Art. 118 ust. 2 u.p.z.p.



szczególnie istotny w powiązaniu z przepisem art. 121 u.p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych kluczowych zadań dotyczących zamówień na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Po trzecie, wykonawca może korzystać z instytucji polegania na zasobach podmiotu trzeciego w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części<sup>493</sup>. W tym kontekście celowe będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaka była intencja prawodawcy w zakresie użycia sformułowania „w stosownych sytuacjach”.

Po czwarte, fakt udostępnienia zasobów musi zostać potwierdzony stosownym zobowiązaniem podmiotu trzeciego lub innym podmiotowym środkiem dowodowym złożonym wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą<sup>494</sup>. Zamawiający następnie poddaje ocenie, czy udostępnione wykonawcy zdolności pozwalają na wykazanie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji<sup>495</sup>.

Po piąte, podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby wykonawcy podlega weryfikacji podmiotowej pod kątem podstaw wykluczenia w takim samym stopniu, w jakim zostały przewidziane względem wykonawcy<sup>496</sup>.

Jeżeli udostępnione zdolności nie pozwalają wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca na żądanie zamawiającego, może zastąpić ten podmiot innym albo wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie<sup>497</sup>. Wykonawca jednak nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zasoby podmiotów trzecich, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zasobach takich podmiotów<sup>498</sup>.

Ostatecznie, podmiot udostępniający zasoby wykonawcy w postaci sytuacji finansowej lub ekonomicznej, ponosi z wykonawcą solidarną odpowiedzialność za szkodę poniesioną przez

---

<sup>493</sup> Art. 118 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>494</sup> Art. 118 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>495</sup> Art. 119 u.p.z.p.

<sup>496</sup> Ibidem

<sup>497</sup> Art. 122 u.p.z.p.

<sup>498</sup> Art. 123 u.p.z.p.

zamawiającego, która powstała na skutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów podmiot ten nie ponosi winy<sup>499</sup>.

Powyżej wskazane zasady zostaną omówione w poniższych rozważaniach, wraz z próbą udzielenia odpowiedzi na pytanie, na czym polega nieprawidłowe zaimplementowanie analogicznych przepisów unijnych na grunt krajowej regulacji.

#### **4.11.2. Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w prawie unijnym**

Źródłem unormowań zawartych w art. 118 – 123 u.p.z.p. jest art. 63 dyrektywy 2014/24/UE. Zgodnie z ustępem 1 cytowanej normy, wykonawca może, w stosownych przypadkach, a także w odniesieniu do konkretnego zamówienia oraz niektórych kryteriów, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań.

Dopuszczenie takiej możliwości przez prawodawcę unijnego, a następnie krajowego ustawodawcę, było działaniem prokonkurencyjnym, nastawionym na otwarcie rynku zamówień publicznych dla jak największej liczby podmiotów. Tę intencję w pewnym zakresie wyraża motyw 83 dyrektywy 2014/24/UE, w którym podkreślono, że zbyt surowe wymagania w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej stanowią niejednokrotnie przeszkodę dla małych i średnich przedsiębiorstw w uczestniczeniu w danej procedurze. Tego typu wymagania, w ocenie prawodawcy unijnego, winny być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne<sup>500</sup>.

Z powyższego należy zatem wnioskować, iż założeniem prawodawcy unijnego jest zagwarantowanie, aby rynek zamówień publicznych był dostępny dla wszystkich wykonawców, a zwłaszcza tych z sektora małych i średnich przedsiębiorców. Istotnym ułatwieniem w tym zakresie jest właśnie umożliwienie łączenia potencjałów przez grupę wykonawców, którzy nie byliby w stanie wykazać się minimum wymaganych zdolności samodzielnie.

Podkreślenia wymaga, że możliwość korzystania z sytuacji finansowej i ekonomicznej lub kwalifikacji technicznych i zawodowych konsorcjanta lub podmiotu trzeciego była przewidziana również w poprzednio obowiązującej dyrektywie 2004/18/WE (art. 47 ust. 2 i 3 oraz art. 48 ust. 3 i 4). Przy czym, instytucja korzystania z zasobów potencjału trzeciego zarówno na gruncie prawa unijnego, jak i prawa krajowego przeszła określoną ewolucję.

---

<sup>499</sup> Art. 120 u.p.z.p.

<sup>500</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., Motyw 83 dyrektywy 2014/24/UE.

Już z prostego porównania wyżej wspomnianych przepisów, tj. art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18 WE oraz art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, jednoznacznie wynika, iż różnią się one, i to – w mojej ocenie – zasadniczo.

Na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy, prawodawca unijny ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, iż w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej (art. 47 dyrektywy 2004/18/WE) lub kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych (art. 48 dyrektywy 2004/18/WE), wykonawca ma prawo, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W takiej sytuacji, wykonawca zobowiązany jest dowieść instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedkładając zobowiązanie tych podmiotów.

Przepisy art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE nie budzą zatem większych wątpliwości. Umożliwiają one posiłkowanie się przez wykonawców potencjałem innych podmiotów w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przy czym, właściwie jedynym warunkiem, od którego zależy skuteczne skorzystanie z tego uprawnienia, jest stosowne wykazanie zamawiającemu, iż wykonawca tym zasobem będzie dysponował. Oba przepisy, dotyczą dopuszczalności powoływania się na zasoby podmiotów, które nie uczestniczą bezpośrednio (jako wykonawca) w procedurze udzielenia zamówienia<sup>501</sup>.

Z kolei, regulacja zawarta w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE jest po pierwsze, bardziej kompleksowa i szczegółowa, a po drugie, przewiduje więcej ograniczeń w korzystaniu z uprawnienia wykonawcy do posiłkowania się potencjałem podmiotów trzecich.

Prawodawca unijny pozostał przy ograniczeniu możliwości polegania na zasobach podmiotów wyłącznie w zakresie kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, jak również uzależnił skuteczność skorzystania z tego prawa od udowodnienia instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przykładowo za pomocą stosownego zobowiązania takich podmiotów<sup>502</sup>.

Podobnie jak w dotychczasowej regulacji art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE pozostawiono również ograniczenie możliwości skorzystania z instytucji powoływania się na zasoby podmiotów trzecich do „stosownych przypadków” oraz „w odniesieniu do konkretnego

---

<sup>501</sup> K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania...op.cit.*, s. 166

<sup>502</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

zamówienia”<sup>503</sup>. Przy czym w literaturze przedmiotu podkreśla się, że dopiero na gruncie art. 63 dyrektywy 2014/24/WE prawodawca unijny wskazał, co rozumie pod tymi sformułowaniami<sup>504</sup>. Ponieważ materia w tym zakresie wymaga pogłębionej analizy, przeto zostanie szczegółowo omówiona w poniższych uwagach.

Natomiast, dodatkowo, w art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE przewidziano, iż w odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą posiłkować się zdolnościami innych podmiotów wyłącznie w sytuacji, gdy zrealizują one roboty budowlane lub usługi, dla których posiadanie tych zdolności jest niezbędne.

Co do zasady, w doktrynie przyjmuje się, że z powyższym ograniczeniem wiąże się obowiązek wystąpienia podmiotów trzecich w roli podwykonawców bezpośrednio realizujących określone roboty lub usługi<sup>505</sup>. Jako cel wprowadzenia tego obostrzenia wskazywano konieczność wyeliminowania pojawiającej się praktyki udostępniania przez podmioty trzecie kluczowych zasobów, którzy następnie uczestniczyli w realizacji zamówienia wyłącznie jako konsultanci lub doradcy<sup>506</sup>.

Wprowadzenie tej zmiany oceniono pozytywnie, jako z jednej strony ograniczające przypadki fikcyjnego posiłkowania się zasobem podmiotów trzecich, które następnie nie ma pozytywnego wpływu na poziom jakości realizacji zamówienia, a z drugiej, jako wyrównujące szansę na pozyskanie zamówienia przez rzetelnych i uczciwych wykonawców, którzy realnie dysponują określonym zasobem i dzięki temu gwarantują odpowiedni poziom wykonania zamówienia<sup>507</sup>.

W pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej, jak i w odniesieniu do pozostałych zdolności technicznych i zawodowych, udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia publicznego nie musi polegać na podwykonawstwie. Zaangażowanie podmiotu udostępniającego swój potencjał może przybierać inne formy, w tym właśnie udzielanie konsultacji, szkolenie wykonawcy, nadzorowanie etc. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, z przepisu art. 63 dyrektywy 2014/24/UE nie można wyprowadzać wniosku, iż wykonawca ma zawsze obowiązek korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Zgodnie z intencją prawodawcy unijnego, omawiany przepis dyrektywy służy temu, aby wykonawca nieposiadający odpowiednich zasobów, miał

---

<sup>503</sup> Ibidem

<sup>504</sup> W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2015, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 15.

<sup>505</sup> Ibidem

<sup>506</sup> Ibidem

<sup>507</sup> K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania...op.cit.*, s. 166

możliwość zwrócić się we właściwym zakresie, niezbędnym dla prawidłowego wykonania zamówienia, do podmiotu trzeciego. Jest to szczególnie istotne przy długotrwałych procedurach, w których sytuacja podmiotowa wykonawcy po zawarciu umowy może ulec gruntownej zmianie, przykładowo, wykonawca może pozyskać samodzielnie potrzebny mu zasób. Jednak gdyby tak się nie stało, wówczas zamawiający ma gwarancję, iż wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie na odpowiednim poziomie, dysponując potencjałem podmiotu trzeciego<sup>508</sup>.

Inną ważną zmianą w stosunku do regulacji zawartych w uchylonej już dyrektywie 2004/18/WE, przyjętą na gruncie art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE jest wprowadzenie wprost obowiązku weryfikacji przez instytucję zamawiającą, czy podmiot trzeci udostępniający zasoby spełnia odpowiednie kryteria kwalifikacji oraz czy nie występują wobec niego podstawy wykluczenia. W sytuacji, gdy podmiot ten nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec niego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca go zastąpił. Prawodawca unijny jednocześnie wskazał, że instytucja zamawiająca może wymagać lub może zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, aby wykonawca zastąpił także podmiot trzeci, wobec którego występują nieobowiązkowe podstawy wykluczenia<sup>509</sup>. Jak podkreślono w literaturze przedmiotu, wprowadzona w tym zakresie regulacja ma służyć eliminacji niektórych niepożądanych zjawisk, takich jak udostępnianie zasobów i dopuszczenie do realizacji zamówienia jako podwykonawców podmiotów, wobec których występują podstawy wykluczenia lub które z innych powodów nie mogą brać udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego<sup>510</sup>.

Powyższe rozwiązanie wprowadzone przez prawodawcę unijnego na gruncie art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE zakładające możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego wymaga szczególnej analizy. Stąd wymaga poniżej omówienia, w jaki sposób regulacja ta została zaimplementowana przez polskiego ustawodawcę.

---

<sup>508</sup> W. Hartung, M. Bałaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE ...op.cit.*, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 6.

<sup>509</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., art. 63 dyrektywy 2014/24/UE.

<sup>510</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. ... , op.cit.*, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 11.

### 4.11.3. Zastąpienie podmiotu trzeciego

Jak powyżej wskazano, prawodawca unijny w art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE dodał regulację umożliwiającą wezwanie wykonawcy do „zastąpienia” podmiotu, który nie spełnia warunku udziału lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Zatem nowa dyrektywa 2014/24/UE, w sposób istotny, w stosunku do odpowiadającej jej regulacji art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE, uelastyczyła etap oceny podmiotowej, dopuszczając wprost możliwość „zastąpienia” (czyli zmiany przez wykonawcę decyzji co do sposobu wykazania kryteriów kwalifikacji), nie występującą w ogóle na gruncie poprzednio obowiązujących unormowań.

Przewidziana przez prawodawcę unijnego procedura zastępowania dotychczasowego podmiotu udostępniającego zasoby innym ma realizować zasady równego traktowania, niedyskryminacji i proporcjonalności<sup>511</sup>.

Stwierdzenie różnic na gruncie unormowań unijnych wydaje się kluczowe do postawienia tezy, iż ustawodawca polski – przyjmując krajowe regulacje w obszarze posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego – nie dostrzegł tego uelastyczenia.

Odpowiednikiem powyżej wskazanej regulacji na gruncie prawa polskiego jest art. 122 u.p.z.p., zgodnie z którym, w przypadku, gdy udostępnione przez podmiot trzeci zdolności nie pozwalają na potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub gdy zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego, zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie, w art. 123 u.p.z.p. prawodawca polski przewidział, iż wykonawca po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie może powoływać się na potencjał podmiotów trzecich, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie posiłkował się w danym zakresie zdolnościami lub sytuacją takich podmiotów.

W praktyce, zakaz zawarty w art. 123 u.p.z.p. oznacza po pierwsze, iż wykonawca po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty nie może w drodze uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych powołać się na zdolności podmiotu trzeciego, jeżeli od

---

<sup>511</sup> Sprawa C-316/21, Dz.U. C 320 z 9.8.2021.

początku deklarował samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Po drugie – w odniesieniu do wykonawców, którzy we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wskazywali na korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego – art. 123 u.p.z.p. wiąże się z brakiem możliwości poszerzenia zakresu zdolności, na który się powoływali we wniosku lub ofercie.

Innymi słowy, prawodawca polski – w określonych ściśle przypadkach – dopuścił możliwość dokonania przez wykonawcę zmiany podmiotowej odnośnie podmiotu trzeciego, udostępniającego mu swoje zasoby, wykluczając jednocześnie możliwość wprowadzania modyfikacji o charakterze przedmiotowym, tj. poprzez poszerzenie zakresu udostępnionych zdolności lub sytuacji tych podmiotów<sup>512</sup>. Jednocześnie, ze względu na literalne brzmienie art. 123 u.p.z.p. w orzecznictwie KIO przyjmuje się, iż wynikającą z tego przepisu granicę niezmienności należy utożsamiać z zakresem zdolności udostępnionych przez podmiot trzeci, nie zaś z zakresem wykorzystania tego zasobu przez wykonawcę (aczkolwiek, co do zasady, zakres zdolności oraz zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji powinny się ze sobą pokrywać)<sup>513</sup>.

Ze względu na ten ostatni aspekt, tj. konieczność zachowania zgodności pomiędzy zakresem udostępnionych zdolności, a zakresem ich wykorzystania, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, za niedopuszczalne należy również uznać rozszerzenie części zamówienia powierzonej podwykonawcy, będącego jednocześnie podmiotem udostępniającym swoje zasoby, w sytuacji, gdy wykonawca w ramach procedury z art. 122 u.p.z.p. dokonuje zastąpienia podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie, innym podmiotem<sup>514</sup>.

Poszerzenie zakresu zdolności podmiotów trzecich, na który wykonawca się powołuje w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosunku do deklaracji zawartej w ofercie, uznawane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej za niedopuszczalną zmianę treści oferty<sup>515</sup>. Oświadczenie wykonawcy dotyczące czy to samodzielnej realizacji zamówienia, czy to zakresu robót powierzonych podwykonawcy, który jednocześnie udostępnia wykonawcy swój potencjał, jest bowiem wiążące i stanowi istotny element oferty<sup>516</sup>.

---

<sup>512</sup> Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, Legalis nr 2901808

<sup>513</sup> Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2023 r., sygn. akt KIO 1627/23, Legalis nr 2996198

<sup>514</sup> Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, Legalis nr 2901808

<sup>515</sup> Wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1189/23, Legalis nr 2987855

<sup>516</sup> Wyrok KIO z dnia 12 maja 2023 r., sygn. akt KIO 1189/23, Legalis nr 2987855 oraz wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 284/23, Legalis nr 2901806

Oznacza to zatem, że wykonawca decyzję o skorzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego i zaangażowaniu go do realizacji części zamówienia musi podjąć przed złożeniem oferty lub wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu. Wykonawca bowiem musi spełniać warunki udziału w postępowaniu już na moment złożenia oferty lub wniosku, co oznacza, że przed wzięciem udziału w postępowaniu, musi posiadać określone zdolności lub znajdować się w wymaganej sytuacji – czy to posiadając samodzielnie, czy pozyskując od innego podmiotu. W konsekwencji, nie jest również możliwe dokonanie zmiany konfiguracji lub zwiększenia zakresu wykorzystanych zdolności na późniejszych etapach postępowania, np. w drodze uzupełnienia czy wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych<sup>517</sup>.

Z tego sumarycznego, mimo wszystko, przedstawienia podsumowania poglądów orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej w przedmiocie przepisów art. 122 oraz art. 123 u.p.z.p. wynika, iż aktualne Prawo zamówień publicznych dosyć rygorystycznie podchodzi do kwestii korzystania z zasobów podmiotów trzecich i możliwości ich zastępowania.

W mojej ocenie, prawodawca polski, błędnie, przy konstruowaniu tychże regulacji, przyjął za punkt wyjścia orzeczenie Esaprojekt<sup>518</sup>. W przedmiotowym wyroku rozpatrywana była sytuacja wykonawcy, który w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, przedłożył zupełnie nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, niewskazanego w ofercie w momencie jej złożenia oraz złożył jego zobowiązanie do udostępnienia zasobów w postaci tego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza powzięła wątpliwość, czy wykonawca, w odpowiedzi na żądanie instytucji zamawiającej, może powołać się na dostawy zupełnie inne niż te, które wskazał w pierwotnej ofercie, oraz posiłkować się w tym zakresie zasobami innego podmiotu. Ta niejasność powstała na gruncie art. 2 dyrektywy 2004/18/WE, ustanawiającego zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę przejrzystości oraz art. 51 dyrektywy 2004/18/WE regulującego procedurę uzupełniania lub wyjaśniania dokumentów i zaświadczeń przez wykonawców.

Podjmując próbę odpowiedzi na wskazane wątpliwości Krajowej Izby Odwoławczej, TSUE zwrócił uwagę, że, choć art. 2 dyrektywy 2004/18/UE nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu kwestii szczegółowych w ofercie, to jednak z zasady równego traktowania i niedyskryminacji, jak również obowiązku zachowania przejrzystości, należy wywodzić ogólny

---

<sup>517</sup> Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 281/23, KIO 282/23, Legalis nr 2901808

<sup>518</sup> Sprawa C-387/14, ZOTSiS 2017, nr 5, poz. I-338



zakaz prowadzenia negocjacji między instytucją zamawiającą a oferentem. W konsekwencji, w toku postępowania, treść oferty, po jej złożeniu, nie może być modyfikowana ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani wykonawcy.

W związku z powyższym, przepisy art. 2 i 51 dyrektywy 2004/18/WE należy rozumieć tak, iż w ramach procedury, oferta może być poprawiona lub uzupełniona jedynie w wyjątkowych sytuacjach, w przypadku niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki. Niedopuszczalne jest natomiast oczekiwanie takich wyjaśnień lub uzupełnień od wykonawcy, które *de facto* stanowiłyby nową ofertę. Instytucje zamawiające powinny mieć przy tym na uwadze, aby żądanie wyjaśnień lub uzupełnień nie prowadziło do bardziej korzystnego traktowania oferentów, do których zostało ono skierowane.

Z tych względów, w ocenie TSUE, uzupełnienia dokonane przez wykonawcę w omawianym przypadku, tj. złożenie nowego wykazu dostaw z zupełnie nowym doświadczeniem, udostępnionym przez podmiot trzeci, który nie został wskazany w ofercie, przekraczają zwykłe wyjaśnienie szczegółów lub sprostowanie oczywistej omyłki i stanowią istotną oraz znaczącą zmianę pierwotnej oferty.

Zdaniem TSUE, takie uzupełnienie dokumentów jest *de facto* przedstawieniem nowej oferty, gdyż bezpośrednio wpływa na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. warunkuje tożsamość wykonawcy oraz wynik weryfikacji jego zdolności do zrealizowania zamówienia. Dopuszczenie zatem uzupełnionych dokumentów przez instytucję zamawiającą prowadziłyby do nieuzasadnionego uprzywilejowania tego wykonawcy względem innych oferentów, co stałoby w sprzeczności z zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązku przejrzystości, o których mowa w art. 2 dyrektywy 2004/18/WE.

TSUE stanął zatem na stanowisku, iż przepisy art. 51 dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 2 dyrektywy 2004/18/WE uniemożliwiają wykonawcy, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przekazania zamawiającemu takich dokumentów jak umowa zamówienia zrealizowana przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy potencjału na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, których to dokumentów nie zawierała pierwotna oferta<sup>519</sup>.

---

<sup>519</sup> Ibidem

Konsekwencją powyższego jest uniemożliwienie dokonywania zmiany po stronie wykonawcy co do podmiotu udostępniającego, jeżeli w ofercie/wniosku, na etapie ich składania, taka konstrukcja nie została przewidziana.

Warto jednak pamiętać, iż przed wejściem w życie nowelizacji d.p.z.p. z 2016 r., jak również w początkowym okresie jej obowiązywania, obowiązywał pogląd, iż wykonawca, niezależnie od tego, w jakiej konfiguracji podmiotowej występuje w danym postępowaniu, ma możliwość zastąpienia wykazywanego przez siebie potencjału, zdolnościami udostępnionymi mu przez podmiot trzeci albo dokonania zmiany tego podmiotu, jeżeli w toku postępowania okaże się, iż nie spełnia on warunków udziału albo podlega wykluczeniu. Przy czym, wykonawcy w tym zakresie dysponowali swobodą, ograniczoną jedynie zasadą jednokrotnego uzupełniania dokumentów, wynikającą z art. 26 ust. 3 d.p.z.p. (którego odpowiednikiem jest obecnie art. 128 ust. 1 u.p.z.p.)<sup>520</sup>.

Co więcej, w pierwszej połowie 2017 r. Prezes UZP wydał w tym przedmiocie opinię, w której m.in. podniesiono, że choć dodany nowelizacją art. 22a ust. 6 d.p.z.p. (którego odpowiednikiem aktualnie jest art. 122 u.p.z.p.) usytuowany został w obszarze regulacji dotyczącym korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, to nierównym traktowaniem byłoby wykluczenie możliwości dokonania takich zmian przez podmiot, który początkowo w ofercie zadeklarował samodzielny udział w postępowaniu, a następnie podjął decyzję o „doproszeniu” podmiotu trzeciego.

Jednak stanowisko Prezesa UZP przybrało nowy kształt na skutek wspomnianego już wyroku Esaprojekt.

W drugiej połowie roku 2017 r. Prezes UZP wydał nową opinię, w której poruszył problem uzupełniania dokumentów w kontekście możliwości zastępowania podmiotów trzecich na podstawie art. 22a ust. 6 d.p.z.p., opierając się o orzeczenie TSUE wydane w dawnym stanie prawnym (tj. pod rządami dyrektywy 2004/18/WE)<sup>521</sup>. Prezes UZP przedstawił w niej odmienny kierunek wykładni, zgodnie z którą wykonawcy, którzy deklarowali pierwotnie w ofercie samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu, są pozbawieni możliwości powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego na późniejszym etapie postępowania, np. w

---

<sup>520</sup> Por. wyrok KIO z dnia 1.06.2018 r., sygn. akt KIO 941/18, LEX nr 2548917

<sup>521</sup> Opinia: *Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184884795> (dostęp: 6.06.2023 r.)

związku ze stwierdzeniem przez zamawiającego, iż wykazane przez nich zdolności nie są wystarczające<sup>522</sup>.

W aktualnym stanie prawnym przepisem odzwierciedlającym powyższe stanowisko Prezesa UZP zaprezentowane w zmienionej opinii jest właśnie przytoczony powyżej art. 123 u.p.z.p. Analizowany problem nie został jednak rozwiązany.

Zarówno zmieniona opinia Prezesa UZP, jak i regulacja art. 123 u.p.z.p., wydają się wszakże co najmniej dyskusyjne z punktu widzenia zasady równego traktowania wykonawców (co słusznie, w mojej ocenie, podniesiono w pierwszej opinii UZP w tym zakresie). Wynika z nich bowiem, iż podmioty, które pierwotnie deklarowały korzystanie z cudzych zasobów, mają możliwość ich zastępowania innymi podmiotami (lub sobą) na dalszym etapie postępowania. Tymczasem wykonawcy wykazujący samodzielnie warunki udziału w postępowaniu zostali tego uprawnienia pozbawieni.

Osobiście uważam, iż przenoszenie wniosków wypływających z orzeczenia Esaprojekt na grunt aktualnej, polskiej regulacji, w szczególności poprzez ustanowienie ograniczenia wskazanego w art. 123 u.p.z.p. wydaje się niezasadne z trzech najważniejszych powodów.

Po pierwsze, jak zasygnalizowałam powyżej, ograniczenie możliwości wskazania podmiotu trzeciego w drodze uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w sposób ewidentny narusza zasadę równego traktowania wykonawców, dyskryminując tych, którzy w momencie złożenia oferty deklarowali samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, koncepcja ta jest niezgodna z tzw. „teorią zdjęcia” zaprezentowaną przez Rzecznika Generalnego w opinii wydanej w sprawie Esaprojekt<sup>523</sup>.

Wskazana teoria, miała zobrazować dopuszczalny poziom uszczegółowienia oferty w drodze wyjaśnień lub uzupełnień dokonywanych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego. Zgodnie ze stanowiskiem Rzecznika Generalnego, informacje i dokumenty złożone przez wykonawcę w chwili upływu terminu składania ofert stanowią pewnego rodzaju „zdjęcie” i zamawiający może uwzględnić w procesie weryfikacji podmiotowej oraz badania i oceny wyłącznie te informacje i dokumenty, które mieszczą się w obrębie tego obrazu. Uzupełnienie lub wyjaśnienie informacji lub dokumentów przedstawione zostały natomiast jako zbliżenie

---

<sup>522</sup> Ibidem

<sup>523</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości...*op.cit.*

zamazanych szczegółów tego obrazu lub zwiększenie rozdzielczości obrazu w celu bardziej wyraźnego dostrzeżenia danego szczegółu<sup>524</sup>.

W przedmiotowej opinii zakwestionowano zatem *de facto* możliwość jakiegokolwiek ingerencji w sytuację podmiotową wykonawcy po etapie składania ofert/wniosków. W tym kontekście pojawia się więc pytanie, dlaczego, zdaniem ustawodawcy, uzasadniona może być taka ingerencja wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy „*niesamodzielnego*”, tj. posługującego się potencjałem podmiotów trzecich? Jeżeli z przepisów dyrektywy 2004/18/WE wynikać ma zakaz „*dokładania*” czegokolwiek do oferty po terminie jej składania, to zakaz ten powinien w równym stopniu dotyczyć zarówno wykonawcy samodzielnego jak i posilającego się potencjałem innego podmiotu.

Nie można przy tym wreszcie zapominać, że orzeczenie Esaprojekt odwoływało się do stanu prawnego dyrektywy 2004/18/WE, podczas gdy dyrektywa 2014/24/UE, w art. 63 ust. 1 u.p.z.p. wyraźnie przewiduje obowiązek „*zastąpienia podmiotu, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia*”. Tymczasem, jak wskazałam powyżej, regulacje poprzedniej dyrektywy w ogóle nie przewidywały takiego uelastycznienia.

Można zatem w rezultacie postawić tezę, iż art. 123 u.p.z.p. jest przepisem, który w oczywisty sposób kreuje zakazane dyrektywami nierówne traktowanie wykonawców. W uprzywilejowanej bowiem sytuacji znajdują się niedoświadczeni wykonawcy, którzy ubiegają się o zamówienie korzystając z referencji „*zaprzyjaźnionego*” podmiotu, podczas gdy ci doświadczeni oferenci, posiadający własny potencjał i próbujący samodzielnie zrealizować kontrakt (czyli z punktu widzenia zamawiającego bardziej pożądanymi), nie mogą już wprowadzić żadnych zmian i często z tego powodu podlegają wykluczeniu.

Nadto, skoro z przytoczonej opinii Rzecznika Generalnego wynika, iż do oferty nie można w trakcie procedury oceny niczego „*dolożyć*”, to regulacja art. 123 u.p.z.p. w oczywisty sposób jest z nią niezgodna. Zamiana bowiem jednego podmiotu udostępniającego na drugi jest przecież taką, potocznie rzecz ujmując, „*dokładką*”.

Na gruncie opisanych powyżej wątpliwości wydany został wyrok z dnia 5 lipca 2021 r.<sup>525</sup>, w którym Sąd Okręgowy w Warszawie uznał, że wykładnia przepisu art. 22a ust. 6 d.p.z.p. (czyli aktualnego art. 122 u.p.z.p.) powinna być dokonywana z uwzględnieniem pierwszeństwa

---

<sup>524</sup> Ibidem

<sup>525</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5 lipca 2021 r., XXIII Zs 62/21, LEX nr 3211844

stosowania art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE. W konsekwencji, zdaniem sądu zamówień publicznych nie można uznać, że wykonawca realizujący wezwanie, o którym mowa w art. 22a ust. 6 d.p.z.p. może zastąpić podmiot trzeci nie spełniający kryteriów wskazanych przez zamawiającego innym podmiotem trzecim<sup>526</sup>.

Sąd Okręgowy w Warszawie przyjął zatem najdalej idącą interpretację wyroku Esaprojekt, zakazującą jakiegokolwiek zmiany na etapie oceny podmiotowej, poza samodzielnym wykazaniem przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Osobiście nie podzielam ani zaprezentowanego przez sąd zamówień publicznych poglądu, ani uzasadniającej go argumentacji.

Nie można bowiem, w mojej ocenie, formułować tezy, iż jedyną dopuszczalną zmianą konfiguracji podmiotowej jest możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego przez samego wykonawcę. Równie uprawnionym wydaje się być twierdzenie, iż przepis art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE dopuszcza „wymianę” przez wykonawcę jednego podmiotu udostępniającego na drugi.

Należy przyjmować, iż jest to dopuszczalne, po pierwsze, ze względów stricte językowych. Otóż użyte w angielskiej wersji przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE słowo „*replace*” oznacza niewątpliwie „zastąpić”, ale jednocześnie tłumaczone jest jako „wymienić”, „podmienić”<sup>527</sup>.

Po drugie, nie mniej – a może nawet bardziej istotne – jawi się pytanie o *ratio legis* zaprezentowanej koncepcji<sup>528</sup>. Kierując się bowiem zasadami logiki i elementarnej ekonomiki przy kompletowaniu składu osobowego dla potrzeb złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu / oferty należy zakwestionować racjonalność wskazywania potencjału podmiotu trzeciego w sytuacji, w której dany wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału. Innymi słowy – po co wykonawca miałby poszerzać skład osobowy niezbędny do

---

<sup>526</sup> Ibidem

<sup>527</sup> Zob. Słownik angielsko-polski terminologii prawniczej i ekonomicznej; Wiedza Powszechna 1991, str. 519: *hasło replace, pkt 3. wymienić, zastąpić (by <with> sth czymś; sb by sb kogoś kimś)*

<sup>528</sup> Stanowisko przeciwne do przywoływanego w uzasadnieniu wyroku: I.Skubiszak-Kalinowska, *Czy cudzy potencjał można użyć przy przetargach*, Rzeczpospolita 19.05.2021 r., dostępny pod adresem internetowym: <https://www.rp.pl/samorzad/art125261-zamowienia-publiczne-czy-cudzy-potencjal-mozna-uzyc-przy-przetargach> (dostęp: 18.10.2022 r.); I. Skubiszak-Kalinowska, *Konsorcjum w nowym Prawie zamówień publicznych* [w] *Zamówienia publiczne. Doradca*, nr 3/2021; I. Skubiszak-Kalinowska, *Przetargi: można łączyć potencjały, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu*; Rzeczpospolita 9.02.2022 r., dostępny pod adresem internetowym: <https://www.rp.pl/abc-firmy/art35657431-przetargi-mozna-laczyc-potencjaly-aby-spelnic-warunki-udzialu-w-postepowaniu> (dostęp: 18.10.2022 r.).

wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o podmiot trzeci, jeżeli samodzielnie posiadałby wymagany potencjał?

Oczywiście teoretycznie można wyobrazić sobie, iż dotyczyłoby to sytuacji, w której wykonawca nie ma pewności, czy jego zasoby pozwolą mu wykazać minimalne poziomy zdolności i dlatego, niejako na wszelki wypadek, nawiązuje współpracę z innym podmiotem, a dopiero gdy potencjał tego ostatniego okaże się niewystarczający, sięga po własny. Ale zdarzenia tego rodzaju – statystycznie – są zdecydowanie rzadsze od tych typowych, w których wykonawca korzysta z zasobów cudzych, ponieważ własnymi nie dysponuje, a gdy te zostaną przez zamawiającego zakwestionowane, podejmuje współpracę z kolejnym podmiotem trzecim.

Wydaje się, iż racjonalny prawodawca unijny, przyjmując nowe przepisy w dyrektywie 2014/24/UE, których zasadniczym celem było przecież odformalizowanie i uelastycznienie procedur w dążeniu do zwiększenia konkurencji, zamierzał objąć ich regulacją typowe i najczęściej występujące w praktyce sytuacje, a nie jedynie przypadki marginalne.

W konsekwencji trudno podzielić przedstawiony przez Sąd pogląd o niezgodności art. 22a ust. 6 polskiej ustawy d.p.z.p. z regulacją art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE i konieczności dokonywania prounijnej jego wykładni.

Ale nawet gdyby stanowisko to okazało się trafnym, to przecież KIO niejednokrotnie już, orzekając jeszcze w oparciu o przepisy d.p.z.p. definitywnie stwierdzała, że dokonanie prounijnej interpretacji regulacji art. 22a ust. 6 d.p.z.p. i tym samym zakwestionowanie możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem, wobec jednoznaczności tego przepisu, prowadziłoby do jego wykładni *contra legem*. Przykładowo, w wyroku z 7.11.2019 r.<sup>529</sup>, Izba jednoznacznie sformułowała pogląd, iż z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE<sup>530</sup> wynika, iż spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niedziałania prawa wstecz. Nie może zatem służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> KIO 2153/19, LEX nr 2751818

<sup>530</sup> Wyrok TSUE z 15.04.2008 r. w sprawie C-268/06, *Impact v. Minister for Agriculture and Food i in.*, EU:C:2008:223; podobnie wyrok TSUE z 16.06.2005 r. w sprawie C-105/03, postępowanie karne przeciwko Maria Pupino, EU:C:2005:386

<sup>531</sup> KIO 2153/19, LEX nr 2751818

Stąd też w orzecznictwie KIO, ukształtowanym jeszcze pod rządami d.p.z.p., zdecydowanie przeważał pogląd o dopuszczalności zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami<sup>532</sup>, w którym Izba również wskazała na prymat zasady pewności prawa, w myśl której nie można kwestionować stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia instytucji w sposób jednoznaczny uregulowanej w przepisach ustawy krajowej.

Stanowiska odmienne, bardziej rygorystyczne, m.in. wyrok Izby z 23.10.2018 r.<sup>533</sup>, na którym sąd zamówień publicznych w analizowanym wyroku oparł swoją argumentację, były natomiast rozstrzygnięciami jednostkowymi.

Uważam wobec tego, że zaprezentowana w wyroku TSUE Esaprojekt zasada niezmienności oferty (odpowiednio także wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) doznaje istotnego wyjątku, wprowadzonego właśnie regulacją art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE. W konsekwencji musi to prowadzić do wniosku, iż regulacja art. 123 u.p.z.p. narusza naczelną zasadę systemu zamówień publicznych, którą jest nakaz równego traktowania wykonawców.

W powyższym kontekście, nie można wykluczyć, iż w niedalekiej przyszłości orzecznictwo TSUE, a co za tym idzie, rozstrzygnięcia składów orzekających Krajowej Izby Odwoławczej zamiast uelastyczniać się i liberalizować, zmienią kierunek na bardziej rygorystyczny, ograniczając możliwość zastępowania podmiotów trzecich, a nawet – zmiany wykazywanych zdolności w drodze uzupełniania podmiotowych środków dowodowych również przez indywidualnych wykonawców.

Sygnałem do zmiany tej linii orzeczniczej może okazać się opinia Rzecznika Generalnego Anthony'ego Michaela Collinsa przedstawiona w dniu 7 marca 2024 r.<sup>534</sup>.

W sprawie będącej przedmiotem tego stanowiska, sąd odsyłający zmierzał do ustalenia, czy zamawiający (spółka chorwacka) postąpił prawidłowo wybierając wykonawcę, który w drodze uzupełnienia dokumentów złożył dokumenty potwierdzające jego zdolność techniczną lub zawodową, tj. posiadanie doświadczenia w wykonaniu inwestycji, zupełnie innego niż to, które zostało wcześniej wskazane w ofercie (a dokładnie w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia). Sąd odsyłający powziął wobec tego wątpliwość – na podstawie analizy orzeczenia w sprawie Esaprojekt – czy postępowanie wybranego wykonawcy nie doprowadziło

---

<sup>532</sup> Por. wyrok KIO z 17.09.2019 r., KIO 1719/19, LEX nr 2741750; wyrok KIO z 5.07.2019 r., KIO 1150/19, LEX nr 2722740; wyrok KIO z 1.10.2020 r., KIO 2231/20, LEX nr 3092734

<sup>533</sup> KIO 2083/18, LEX nr 2620596

<sup>534</sup> Sprawa C – 652/22, ECLI:EU:C:2024:212

do zmiany treści oferty, gdyż w drodze uzupełnienia dokumentów została wykazana przez niego zupełnie nowa zdolność techniczna lub zawodowa.

Ustosunkowując się do wątpliwości sądu, Rzecznik Generalny w pierwszej kolejności wskazał na konieczność przestrzegania przez instytucje zamawiające zasady równego traktowania oferentów i zasady przejrzystości. Emanacją tych zasad jest m.in. zakaz prowadzenia negocjacji pomiędzy instytucją zamawiającą a oferentem w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. To zaś oznacza, że po złożeniu oferty nie może ona ulec jakimkolwiek modyfikacjom, zarówno z inicjatywy instytucji zamawiającej, jak i oferenta. Jedynie wyjątkowo można dopuścić poprawienie lub uzupełnienie kwestii szczegółowych oferty, w sytuacji, gdy jest to konieczne w celu sprostowania oczywistych omyłek. Jak jednak stwierdził Rzecznik Generalny, powinno się to odbyć w taki sposób, aby na skutek poprawienia lub uzupełnienia elementów oferty nie doszło do jej zmiany na tyle istotnej, że można by ją było w rzeczywistości uznać za przedstawienie nowej oferty. Ponadto, wyjaśnienia wykonawcy nie mogą zastąpić dokumentu lub informacji, które nie zostały złożone, a które były wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu pod rygorem wykluczenia oferenta. Ostatecznie również poprawienie lub uzupełnienie kwestii szczegółowych oferty powinno być stosowane z poszanowaniem zasady równego traktowania, tj. ewentualne wezwanie instytucja zamawiająca ma obowiązek skierować do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnym położeniu<sup>535</sup>.

Analizując stan sprawy, Rzecznik Generalny doszedł do wniosku, iż złożenie przez oferenta nowych dokumentów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej w zakresie nie wymienionym wcześniej w pierwotnej ofercie nie stanowi poprawki, doprecyzowania lub wyjaśnienia oferty. Takie postępowanie, zdaniem Rzecznika, jest istotną zmianą oferty, bez której instytucja zamawiająca dokonałaby jej odrzucenia (w przedmiotowej sprawie bowiem zamawiający uchylił pierwotną decyzję o udzieleniu zamówienia temu wykonawcy na skutek odwołania jego konkurenta, który wykazał, iż doświadczenie wskazane początkowo w ofercie nie spełnia wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu)<sup>536</sup>.

Rzecznik Generalny uzasadniając swoje stanowisko zwrócił uwagę na art. 59 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE ustanawiającej jednolity europejski dokument zamówienia, będący oświadczeniem oferenta, iż spełnia on kryteria kwalifikacji przewidziane w postępowaniu. Jak stwierdził Rzecznik, dokument ten co prawda ma charakter wstępny, jednak wyłącznie dlatego, iż jego zastępuje on zaświadczenia wydane przez organy publiczne lub osoby trzecie, do czasu ich

---

<sup>535</sup> Ibidem

<sup>536</sup> Ibidem



złożenia przez oferenta. Jednocześnie, jednolity europejski dokument zamówienia ma zapewnić instytucjom zamawiającym dokładny i wierny obraz sytuacji podmiotowej wykonawcy. Szczegółowe informacje na temat zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy podaje we właściwej sekcji jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, którego standardowy formularz uregulowany jest w rozporządzeniu wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Zdaniem Rzecznika Generalnego, przepisy dyrektywy umożliwiają więc oferentowi przedkładanie na wezwanie instytucji zamawiającej odpowiednich zaświadczeń i dokumentów potwierdzających posiadanie przez niego zdolności. Nie można jednak uznać za dopuszczalne po upływie terminu składania oferty zmiany istotnych elementów, w oparciu o które oferent oświadczył w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, iż spełnia wskazane kryteria kwalifikacji<sup>537</sup>.

Na marginesie, Rzecznik Generalny zwrócił uwagę, iż wyrok Esaprojekt dotyczył odmiennej sytuacji, tj. tożsamości oferenta, która uległa zasadniczej zmianie po tym, gdy na skutek wezwania instytucji zamawiającej, powołał się on na zdolności podmiotu trzeciego, niewskazanego w pierwotnej ofercie.

Zdaniem Rzecznika Generalnego, jego stanowisko jest również zbieżne z wyrokiem Manova, w którym TSUE zaprezentowało tezę, iż art. 76 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE upoważnia instytucję zamawiającą do żądania poprawienia lub uzupełnienia kwestii szczegółowych oferty, których zabrakło w jej pierwotnej treści. Jak stwierdził Rzecznik, TSUE we wskazanym wyroku zastrzegł jednak, że takie żądanie byłoby niedopuszczalne, gdyby dotyczyło dokumentu lub informacji wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu pod rygorem wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W konsekwencji, Rzecznik Generalny uznał, iż skoro w przedmiotowej sprawie pierwotnie złożone informacje dotyczące zdolności oferenta nie potwierdzały spełnienia przez niego kryteriów kwalifikacji, co prowadziło do odrzucenia jego oferty; wskazana sytuacja wchodzi w zakres zastrzeżenia określonego w wyroku Manova przez TSUE<sup>538</sup>.

Innymi słowy, z omówionej powyżej opinii wynikałoby zatem, że działaniem sprzecznym z zasadami wynikającymi z dyrektywy jest złożenie nowych dokumentów potwierdzających posiadanie zdolności technicznej lub zawodowej przez wykonawcę w zakresie, w jakim nie

---

<sup>537</sup> Ibidem

<sup>538</sup> Ibidem

były one wskazane w ofercie. W ocenie Rzecznika Generalnego, tego typu postępowanie wykonawcy należy ocenić jako niedozwolona zmiana treści oferty.

Osobiście uważam, iż nie można podzielić stanowiska zaprezentowanego przez Rzecznika Generalnego w przedstawionej opinii z kilku poniżej wymienionych względów.

Przede wszystkim, nie przemawiają za tym względy celowościowe.

Zwrócenia w tym zakresie uwagi wymaga, że prawodawca unijny w kwestii poprawiania, uzupełniania lub doprecyzowania informacji lub dokumentów przez wykonawców wypowiedział się dosyć ogólnie w art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE. Z przepisu tego wynika, że – o ile regulacje krajowe nie przewidują inaczej – instytucje zamawiające mogą żądać, aby określone wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w wyznaczonym terminie. Ważne jest, aby instytucja zamawiająca formułowała takie żądania zgodnie z zasadami równego traktowania i przejrzystości.

Prawodawca unijny nie określił jednak w art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE, jakie informacje lub dokumentacja mogą podlegać uzupełnieniu, doprecyzowaniu lub poprawieniu. W szczególności, prawodawca unijny nie wskazał, czy instrument z omawianego przepisu dotyczy informacji lub dokumentów przedmiotowych (czyli związanych z treścią oferty), czy podmiotowych (dotyczących sytuacji wykonawcy). W konsekwencji przyjmuje się, że przepis art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE należy rozumieć jak najszerzej, przy założeniu, iż mechanizm uzupełnienia może być stosowany do wszelkich dokumentów i informacji składanych przez wykonawcę w trakcie postępowania<sup>539</sup>.

W orzecnictwie TSUE zastanawiano się jedynie nad granicą dopuszczalnych zmian wynikających z uzupełnienia, doprecyzowania lub poprawienia informacji lub dokumentacji wymaganych w postępowaniu. W tym względzie, jak słusznie Rzecznik Generalny zwracał uwagę w opinii w sprawie C – 652/22, wyrażono trafny pogląd, iż żądanie instytucji zamawiającej nie może prowadzić *de facto* do przedstawienia przez wykonawcę nowej oferty<sup>540</sup>. Prawidłowo także Rzecznik Generalny zaakcentował zastrzeżenie, jakiego dokonał TSUE w wyroku z dnia 10 października 2013 r., w sprawie Manova, w którym istotnie Trybunał przyjął dopuszczalność żądania przez instytucje zamawiające poprawienia lub

---

<sup>539</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE ...op.cit.*, art. 56 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 6.

<sup>540</sup> Wyrok TSUE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10, SAG ELV Slovensko i in., pkt 40, ECLI:EU:C:2012:191

uzupełnienia informacji przedstawionych przez oferentów, chyba, że dotyczą one tych dokumentów lub informacji, których brak obarczony był rygorem wykluczenia zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu<sup>541</sup>.

Wydaje się jednak, że Rzecznik Generalny w oparciu o to jedno stwierdzenie TSUE zawarte w wyroku C-336/12 sformułował zbyt daleko idący wniosek, iż skoro od spełnienia kryteriów kwalifikacji zależy dalszy byt wykonawcy w postępowaniu, to w związku z tym, nie jest dopuszczalne takie uzupełnienie lub poprawienie informacji przedstawionych przez wykonawcę w zakresie tych kryteriów, na skutek którego oferta podlegająca pierwotnie odrzuceniu, ostatecznie mogłaby być wybrana przez zamawiającego.

Pamiętać bowiem należy, że TSUE w wyroku z dnia 10 października 2013 r. w sprawie Manova w tym zakresie posiłkował się poglądem TSUE zaprezentowanym w wyroku z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta<sup>542</sup>. W tym orzeczeniu stwierdzono, iż żądanie uzupełnienia lub doprecyzowania informacji przez wykonawców nie jest możliwe, gdy z dokumentów zamówienia wynika wymóg przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Jak bowiem zwrócił uwagę, TSUE, instytucja zamawiająca powinna ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów w postępowaniu<sup>543</sup>.

W mojej ocenie, zarówno w wyroku zapadłym w sprawie Succhi di Frutta, jak i w sprawie Manova, przyjęto jedynie, iż dopuszczalność poprawienia lub uzupełnienia informacji lub dokumentacji przez wykonawcę w toku postępowania powinna być oceniana z punktu widzenia zasady przejrzystości. Innymi słowy, dla zastosowania mechanizmu art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE kluczowe jest ustalenie, czy uzupełnienie lub poprawienie informacji lub dokumentacji przez wykonawcę jest dopuszczalne na gruncie przepisów krajowych oraz przy spełnieniu warunków konkretnego postępowania. Dlatego też, w mojej ocenie, nie można wyprowadzić na podstawie powyższych orzeczeń TSUE generalnego wniosku o braku możliwości poprawienia lub uzupełnienia informacji dotyczących kryteriów kwalifikacji po terminie składania ofert.

Ponadto, moim zdaniem, z powyższych orzeczeń nie wynika, iż nie jest dopuszczalne takie poprawienie lub uzupełnienie informacji lub dokumentacji przez wykonawcę w zakresie kryteriów kwalifikacji, które prowadzi do zmiany wyników oceny jego oferty (czyli pierwotna

---

<sup>541</sup> Sprawa C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647

<sup>542</sup> Sprawa C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236

<sup>543</sup> Sprawa C-336/12, ECLI:EU:C:2013:647

oferta podlegająca odrzuceniu zostaje poprawiona w taki sposób, iż ostatecznie może zostać wybrana przez zamawiającego). Taki sposób interpretacji, zdaje się, prezentowany przez Rzecznika Generalnego, prowadziłby do podważenia sensu wprowadzenia przez prawodawcę unijnego mechanizmu uzupełniania lub poprawiania oferty przewidzianego w art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE.

Niewątpliwie natomiast przepis ten prawodawca unijny wprowadził właśnie w celu zwiększenia konkurencyjności w postępowaniach i zagwarantowania zamawiającym odpowiednich warunków do efektywnego wydatkowania środków. Eliminowanie wykonawców z postępowania (czy to w drodze ich wykluczenia, czy też odrzucania ich ofert) w sytuacji, w której nieprawidłowości podanych przez nich informacji lub dokumentów można w prosty sposób poprawić bądź uzupełnić byłoby również środkiem nieproporcjonalnym zarówno co do stwierdzonego uchybienia, jak i ogólnych zasad i celów udzielania zamówień publicznych<sup>544</sup>.

Warto przy tym wskazać, że uzupełnianie, poprawianie wyjaśnianie informacji lub dokumentacji dotyczących sytuacji podmiotowej wykonawcy (podstaw wykluczenia, kryteriów kwalifikacji, kryteriów selekcji) raczej nie budzi wątpliwości. To ewentualne wyjaśnianie treści oferty *sensu stricto*, czyli odnoszącej się do kryteriów udzielenia zamówienia, może prowadzić do jej uzupełnienia lub negocjowania po upływie terminu składania ofert, co zwłaszcza w trybach nienegocjacyjnych powinno być niedozwolone<sup>545</sup>.

Tymczasem, Rzecznik Generalny nietrafnie zrównał deklaracje składane przez wykonawcę w ofercie *sensu stricto* z informacjami na temat posiadanych przez niego zdolności, służącymi do potwierdzenia spełnienia kryteriów kwalifikacji i podawanymi w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia. Jednak sam prawodawca unijny (a w ślad za nim również ustawodawca polski) akcentuje różnicę pomiędzy merytoryczną zgodnością oferty, a sytuacją podmiotową wykonawcy, który ją złożył, czemu zresztą dano wyraz w treści art. 56 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE.

Nie wydaje się trafne, aby informacje dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawcy traktować w ten sam sposób, co treść oferty *sensu stricto*, czyli w zakresie odnoszącym się do kryteriów udzielenia zamówienia. Takie podejście może prowadzić do nadmiernego formalizmu postępowań oraz „usztywnienia” procedury, co byłoby sprzeczne z zamierzeniami prawodawcy

---

<sup>544</sup> S. Arrowsmith, *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Sweet & Maxwell Ltd 2022, s. 166

<sup>545</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE ...op.cit.*, art. 56 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 10.

unijnego wyrażonymi w motywach dyrektywy klasycznej. Przyjęcie za prawidłowe stanowiska Rzecznika Generalnego, iż nie jest możliwe wskazanie nowego doświadczenia w drodze uzupełnienia lub uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim wykonawca nie deklarował go wcześniej w ofercie, może w przyszłości znacznie utrudnić wykonawcom wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pomimo faktycznego posiadania przez nich odpowiedniego doświadczenia.

Łatwo bowiem sobie wyobrazić sytuację, w której wykonawca, odmiennie niż zamawiający, zinterpretuje brzmienie warunku udziału i w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia zadeklaruje doświadczenie, które zostanie uznane w toku oceny jego oferty przez zamawiającego za niewystarczające. W takiej sytuacji, wykonawca w drodze uzupełnienia lub poprawienia dokumentów nie będzie mógł wskazać innych zadań zrealizowanych przez siebie przed upływem terminu składania ofert, a spełniających rzeczywiście wymogi zamawiającego, gdyż takie postępowanie zostanie uznane za niedozwoloną zmianę oferty. Zatem z powodu zwykłego formalizmu, nie mającego istotnego znaczenia z punktu widzenia oceny zdolności wykonawcy, z procedury zostanie wyeliminowany wykonawca posiadający *de facto* doświadczenie na poziomie pozwalającym na należyłą realizację zamówienia. Z pewnością, nie byłby to stan prawny pozwalający na zwiększenie konkurencji w postępowaniach. Podobnie jak w przypadku wniosków wpływających z wyroku w sprawie Esaprojekt, przyjęcie stanowiska Rzecznika Generalnego skutkowałoby tym, że wykonawcy zapobiegliwie w ofercie, a dokładniej – w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia – deklarowałiby na wszelki wypadek posiadanie doświadczenia ponad brzmienie warunku udziału w postępowaniu, na wypadek, gdyby zamawiający uznał, iż określone zadanie nie spełnia jego wymagań. Taka praktyka prowadziłaby zatem również do zwiększenia obciążeń formalnych po stronie wykonawców i zamawiających – wykonawcy bowiem przedstawialiby szerszy, niż rzeczywiście wymagany, zakres informacji i dokumentów, zaś zamawiający musieliby oczywiście poddać je weryfikacji w celu ustalenia spełnienia przez wykonawcę kryteriów kwalifikacji. Biorąc pod uwagę, że przepis art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE przewiduje stosowny mechanizm uzupełniania lub poprawiania dokumentów i informacji składanych w toku postępowania, byłyby to działania nadmierne, komplikujące proces ofertowania i udzielania zamówień publicznych.

Trafność tezy Rzecznika Generalnego należy poddać w wątpliwość, mając również na uwadze zasady składania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W tym miejscu wskazać należy, iż sam prawodawca unijny przewidział, iż w pewnych sytuacjach wykonawcy nie

muszą podawać szczegółowych informacji na temat posiadanych przez siebie zdolności w chwili składania oferty. Standardowy formularz JEDZ ustanowiony rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. przewiduje bowiem możliwość ogólnego zadeklarowania przez wykonawców, iż spełniają kryteria kwalifikacji (tzw. „sekcja alfa”), która zwalnia ich z podawania szczegółów odnośnie posiadanych zdolności na moment składania oferty i zobowiązuje do ich złożenia na późniejszym etapie procedury. W praktyce polskiego obrotu zamawiający prawie w każdym postępowaniu ograniczają się do żądania ogólnej deklaracji od wykonawców w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zaś szczegółowych danych oczekują dopiero w odpowiedzi na wezwanie skierowane do tego z wykonawców, którego oferta została oceniona najwyżej (aczkolwiek do rozważenia pozostaje, czy praktyka ta jest prawidłowa – w mojej ocenie, zamawiający w tym zakresie nadużywają swojego uprawnienia, wskutek czego *de facto* funkcja jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia ogranicza się do minimum).

Drugim przypadkiem, w którym szczegółowe informacje dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu zadeklarowane w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia nie są badane tuż po złożeniu ofert jest procedura odwrócona przewidziana w art. 56 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE. Jej istotą jest zmiana kolejności badania informacji i dokumentów składanych przez wykonawców – zamawiający w takim przypadku najpierw dokonują rozpatrzenia ofert, a dopiero w drugiej kolejności weryfikują wykonawców pod kątem podmiotowym. W polskim systemie prawnym, zamawiający korzystający z procedury odwróconej mogą w dokumentach zamówienia wyłączyć obowiązek złożenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia wraz z ofertą<sup>546</sup>.

Oba powyższe przypadki podważają więc argumentację Rzecznika Generalnego, który w opinii wydanej w sprawie C – 652/22, zrównuje deklaracje wykonawców zawarte w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia dotyczące posiadanych przez nich zdolności z oświadczeniami złożonymi w ofercie i z tego wywodzi dalszy wniosek, iż informacje przedstawione w JEDZ nie mogą ulec istotnym modyfikacjom na późniejszym etapie procedury. Skoro sam prawodawca unijny dopuszcza składanie przez wykonawców ogólnych oświadczeń w jednolitym europejskim dokumencie zamówienia i podanie szczegółowych informacji na temat zdolności wykonawcy w następnej fazie postępowania, tak samo powinno być możliwe poprawienie lub uzupełnienie informacji od początku szczegółowo przedstawionych w JEDZ. Nie ma bowiem żadnych podstaw do tego, aby bardziej

---

<sup>546</sup> Art. 139 ust. 2 u.p.z.p.

rygorystycznie traktować tych wykonawców, którzy od początku złożyli precyzyjne informacje na temat posiadanych przez siebie zdolności i uniemożliwić im ewentualną zmianę wskazanego doświadczenia w drodze uzupełnienia lub poprawienia dokumentów, podczas gdy wykonawcy, którzy w JEDZ złożonym wraz z ofertą ograniczyli się do złożenia ogólnej deklaracji i na późniejszym etapie postępowania będą mogli zdecydować o tym, które ze zrealizowanych przez siebie zadań wskazać na potrzeby spełnienia warunku udziału.

Z oczywistych względów, wnioski wypływające z opinii wydanej w sprawie C – 652/22 – wbrew temu, co próbuje sugerować Rzecznik Generalny odnośnie wyroku w sprawie Esaprojekt, twierdząc, iż mamy do czynienia z osobnymi kwestiami – wpłyną nie tylko na możliwość uzupełniania dokumentów lub informacji przez wykonawców, ale także na ewentualność zastępowania podmiotów trzecich. Przyjmując, że wykonawca nie będzie mógł powołać się na nowe doświadczenie, niewskazane dotychczas w ofercie, skorzystanie z art. 122 u.p.z.p. może okazać się praktycznie niemożliwe. Nie będzie bowiem zasadne, różnicowanie sytuacji wykonawców samodzielnych od tych, korzystających z zasobów podmiotów trzecich.

W takim przypadku, jedynym wyjątkiem będzie sytuacja, w której wykonawca w swojej ofercie zadeklarował doświadczenie nie tylko podmiotu trzeciego, ale zapobiegliwie również swoje, bądź innego podmiotu udostępniającego zasoby, na wypadek, gdyby zamawiający uznał, że poziom zdolności podmiotu trzeciego jest niewystarczający. Jak jednak wskazywałam powyżej, konieczność zachowania takiej zapobiegliwości przez wykonawców podważałaby sens instytucji udostępniania potencjałów przez podmioty trzecie, która właśnie do tego służy, aby wykonawca, który nie jest stanie samodzielnie wykazać się zdolnościami na poziomie wymaganym przez zamawiającego, skorzystał z zasobów innych podmiotów w celu uzyskania zamówienia.

Pragnę tym niemniej stwierdzić, że o ile zasadniczo nie zgadzam się ze stanowiskiem zajęтым przez Rzecznika Generalnego w opinii wydanej w sprawie C – 652/22, to jednak nie można całkowicie odmówić mu słuszności. Niewątpliwie, pogląd wyrażony przez Rzecznika Generalnego może okazać się kluczowy dla ustalenia dopuszczalnych granic zmian treści oferty dokonywanych w drodze jej uzupełnienia lub doprecyzowania, co może być o tyle istotne, że wyroki w sprawie Manova oraz w sprawie Succhi di Frutta, rozstrzygające tę kwestię, były wydane jeszcze na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE. Zatem stanowisko Rzecznika Generalnego i przyszły wyrok TSUE wydany w sprawie C – 652/22 będą stanowić ważne źródło dla interpretacji przepisów obowiązujących obecnie.

Ponadto, w pewnym zakresie, Rzecznikowi Generalnemu można przyznać rację. W istocie bowiem, budzi jednak pewne wątpliwości zachowanie wykonawcy, który pierwotnie deklaruje realizację określonego zadania, a dopiero w drodze uzupełnienia lub wyjaśnienia treści oferty, przedstawia zupełnie nowe doświadczenie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Uznanie przez zamawiającego takiej zmiany doświadczenia i udzielenie zamówienia publicznego takiemu wykonawcy, może rodzić przekonanie, iż wykonawca ten został lepiej potraktowany niż ci, którzy od początku w ofercie deklarowali doświadczenie spełniające wymagania zamawiającego i nie musieli precyzować, bądź uzupełniać dokumentów lub informacji w tym zakresie. Takie „pobłażliwe” traktowanie wykonawcy, który uchybił prawidłowemu wykazaniu spełnienia kryteriów kwalifikacji może wywoływać wrażenie, iż faworyzowani są niestaranni oferenci, co w dłuższej perspektywie, może zachęcać potencjalnych wykonawców do niedbałego opracowywania dokumentów i informacji.

Osobiście jednak uważam, iż powyższe obawy i ewentualne uchybienia są niewspółmierne do rozmiaru negatywnych skutków, jakie mogą się pojawić w sytuacji przyjęcia rygorystycznego stanowiska zajętego przez Rzecznika Generalnego. W kwestii potencjalnego faworyzowania niestaranych wykonawców, co miałyby prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania, zwrócenia uwagi wymaga, że ze względu na szerokie spektrum indywidualnych przypadków, jakie mogą wystąpić w procesie udzielenia zamówienia, siłą rzeczy, instytucje zamawiające muszą przy podejmowaniu czynności kierować się nie tylko zero – jedynkowymi regułami, ale również dokonywać odpowiedniego ważenia zasad. Przeciwwagą dla zasady równego traktowania byłaby w tym względzie zasada przejrzystości. W sytuacji, w której wszyscy wykonawcy są objęci jednolitymi regułami uzupełniania lub poprawiania dokumentów i informacji oraz zostali oni z nimi tak samo zapoznani, nie można przyjąć, że wykonawca, któremu umożliwiono skorzystanie z instytucji uzupełniania lub poprawiania oferty na takim samym poziomie, na jakim umożliwiono by innemu oferentowi, gdyby znalazł się w analogicznej sytuacji, był przez zamawiającego faworyzowany.

Niewątpliwie wartością nadrzędną powinno być natomiast osiągnięcie celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a zatem wyłonienie wykonawcy posiadającego zdolność do należytego wykonania zamówienia i oferującego jego realizację na najkorzystniejszych warunkach. Ten cel natomiast zamawiający mogą osiągnąć przede wszystkim przy jak najszerzej konkurencji, którą może zagwarantować odformalizowanie i uproszczenie procedury.



#### 4.11.4. „Stosowne przypadki”

Zarówno na gruncie poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE, jak i aktualnego art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, prawodawca unijny w kontekście możliwości posiłkowania się potencjałem podmiotu trzeciego, posłużył się sformułowaniem „stosownej sytuacji” (w art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE) lub „stosownego przypadku” (art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE) oraz „konkretnego zamówienia”.

W literaturze przedmiotu oraz orzecznictwie niejednokrotnie wskazywano na niejednoznaczność tego określenia oraz wynikające z niego wątpliwości. W szczególności, zastanawiano się, czy przez „stosowne sytuacje”, bądź „stosowne przypadki” należy rozumieć każdą sytuację, w której wykonawca nie dysponuje wymaganymi zdolnościami i chce posłużyć się zasobami innego podmiotu w celu pozyskania zamówienia, czy też ich „stosowność” polega na tym, iż decyzją zamawiającego, umotywowaną specyfiką zamówienia, możliwość posiłkowania się potencjałem podmiotu przez wykonawcę zostanie w danej procedurze wyłączona<sup>547</sup>.

Zwolennikiem pierwszej koncepcji jest m.in. W. Hartung, który stwierdził, iż przez „stosowne sytuacje” należy rozumieć każdą sytuację, w której wykonawca nie posiada niezbędnych kwalifikacji. Stąd, w ocenie Autora korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jest uprawnieniem wykonawcy, z którego może on skorzystać, co do zasady, zawsze, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE.

W mojej ocenie, powyższy pogląd jest błędny i nie znajduje odzwierciedlenia ani w treści art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, ani zapadłych na gruncie tego przepisu orzeczeń TSUE.

Pytanie, jak należy rozumieć sformułowanie „stosowne przypadki” było przedmiotem rozważań TSUE w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie Apelski<sup>548</sup>.

W pierwszym kroku, TSUE zauważył, iż w świetle dotychczasowego orzecznictwa, przepisy art. 47 ust. 2 i art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE były postrzegane jako przyznające każdemu wykonawcy uprawnienie do posiłkowania się potencjałem innego podmiotu, w przypadku konkretnego zamówienia, niezależnie od charakteru łączących go z nim powiązań, pod warunkiem wykazania instytucji zamawiającej rzeczywistego dysponowania

---

<sup>547</sup> W. Hartung, M. Bağlaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE ...op.cit.*, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 15.

<sup>548</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

udostępnionymi mu zasobami<sup>549</sup>. Ta prokonkurencyjna wykładnia, służąca jak najszerszemu otwarciu zamówień publicznych, miała realizować zarówno interesy zamawiających, jak i wykonawców. W konsekwencji, zdaniem TSUE, sformułowanie „stosowne sytuacje” nie może być rozumiane jako dopuszczenie możliwości posługiwania się potencjałem podmiotów trzecich wyłącznie w wyjątkowych przypadkach<sup>550</sup>.

Zatem wykonawcy, co do zasady, dysponują swobodą wyboru w zakresie ustanowienia oraz charakteru prawnego powiązań z podmiotami, na których zdolnościach zamierzają polegać. Istotne z punktu widzenia przepisów dyrektyw jest natomiast udowodnienie, iż wykonawca rzeczywiście dysponuje udostępnionym potencjałem. Poleganie na zdolnościach innych podmiotów w czysto formalny sposób, w świetle przepisów dyrektyw, nie może być uznane za skuteczne<sup>551</sup>.

W ocenie TSUE zatem, korzystanie z zasobów podmiotów trzecich w prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej jest zasadą, nie zaś wyjątkiem. Co istotne, zasadę tę muszą uwzględniać instytucje zamawiające przy dokonywaniu weryfikacji podmiotowej oferentów. Oznacza to również, że przepisy art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE powinny być interpretowane szeroko, nie zaś ściśle. W konsekwencji, pojawiły się również poglądy, że prawo zamówień publicznych Unii Europejskiej nie chroni wartości w postaci bezpośredniego wykonywania zamówienia przez wykonawcę<sup>552</sup>.

Teoretycznie zatem w tym zakresie poglądy TSUE oraz wyżej zaprezentowane stanowisko W. Hartunga, co do zasady, są zbieżne. Zaznaczenia jednak wymaga, iż TSUE zarówno w wyroku Apelski, jak i w innych orzeczeniach<sup>553</sup>, dostrzegł możliwość ograniczenia przez instytucje zamawiające, prawa do korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w pewnych wyjątkowych okolicznościach.

Do takich wyjątkowych okoliczności, TSUE zaliczył przykładowo specyficzne roboty budowlane wymagające pewnych kwalifikacji, których uzyskanie nie jest możliwe przez połączenie niższych zdolności kilku podmiotów<sup>554</sup>. W takim przypadku, za uzasadniony można uznać wymóg zamawiającego, aby minimalny poziom zdolności był osiągnięty tylko

---

<sup>549</sup> Wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 29, 33.

<sup>550</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

<sup>551</sup> Ibidem

<sup>552</sup> P. Bogdanowicz, *Zasady powoływania się na zasoby osoby trzeciej przy ubieganiu się o zamówienie publiczne – glosa do wyroku TSUE z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14*, Kwartalnik PZP, Nr 2, 2016, s. 80

<sup>553</sup> Por. wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r. Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 36

<sup>554</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

przez jeden podmiot lub ograniczoną liczbę podmiotów. Istotne jest jednak, aby wymaganie zamawiającego było powiązane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego<sup>555</sup>.

Ostatecznie, zdaniem TSUE, w przypadku niektórych zamówień, ze względu na ich charakter oraz cel, dopuszczalne może być ograniczenie możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego przez oferenta, chyba, że podmiot ten osobiście i bezpośrednio będzie uczestniczył w wykonaniu zadania<sup>556</sup>.

Ze stanowiska sformułowanego przez TSUE w wyroku z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie *Apelski* wynika zatem, że to zamawiający są uprawnieni do określenia „stosowności sytuacji”, w których korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego przez wykonawcę jest dopuszczalne. Jest to zatem inna koncepcja niż podzielana przez W. Hartunga, który decyzyjność w tym względzie – tj. odnośnie możliwości skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego – pozostawił wykonawcy.

W tym miejscu należy rozważyć, który ze sposobów interpretacji „stosownych przypadków” przyjął polski ustawodawca. Niestety, w mojej ocenie, konstrukcja przepisów krajowych odbiega od rzeczywistych intencji unijnego prawodawcy. Wiąże się to z faktem, iż ustawodawca krajowy dokonał implementacji regulacji dyrektywy dotyczących wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie niejako „na raty”.

Z tego punktu widzenia należy zauważyć, że problematyka łączenia potencjałów wykonawców w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w aktualnie obowiązującej dyrektywie klasycznej uregulowana jest m. in. w art. 19 ust. 2, dopuszczającym wprost możliwość tworzenia tzw. konsorcjów oraz w art. 63, przewidującym możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów zarówno przez wykonawców (występujących samodzielnie) jak i łączenia się w konsorcja.

Podkreślić należy, iż obie te instytucje, tj. korzystanie z zasobów podmiotów trzecich oraz działanie członków konsorcjum, uregulowane zostały w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE niejako łącznie, poprzez przyjęcie ogólnej zasady dopuszczającej skorzystanie z nich „w *stosownych przypadkach i w odniesieniu do konkretnego zamówienia*”. Świadczy o tym fakt, iż prawodawca użył powyższych sformułowań w odniesieniu do możliwości posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego i jednocześnie w tej samej jednostce redakcyjnej art. 63

---

<sup>555</sup> Wyrok TSUE z dnia 10 października 2013 r. *Swm Costruzioni 2 i Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, pkt 35

<sup>556</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

dyrektywy przyjął, że na tych samych warunkach „grupa wykonawców (...) może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów (...)”.

Tymczasem, ustawodawca polski implementował przepisy dyrektyw w tym zakresie (i poprzedniej, i aktualnej) stopniowo, a co więcej, w sposób zróżnicowany w odniesieniu do instytucji konsorcjum i korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

O ile od samego początku w ustawie z 2004 r. funkcjonowała instytucja konsorcjum (art. 23 d.p.z.p.), to pierwsza próba implementacji do polskiego porządku prawnego możliwości posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego nastąpiła dopiero w 2008 roku. Następnie, kolejnymi nowelizacjami – w roku 2009 i 2016 – ustawodawca „ulepszał” regulacje w tym względzie. Przy czym, zaznaczyć należy, że w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, ustawodawca krajowy w ramach zmian wprowadzał kolejne ograniczenia, precyzując, w jakich przypadkach możliwe jest formułowanie szczególnych wymagań odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez konsorcja (czego wyrazem są m.in. art. 117 ust. 1 – 3 u.p.z.p.), podczas gdy w odniesieniu do podmiotów trzecich, w tym względzie ograniczył się do przyjęcia, iż z instytucji tej można korzystać w „stosownych przypadkach”.

I być może, w tym właśnie „ratalnym” i nierównomiernym konstruowaniu przepisów, obejmującym nawet rok 2019, upatrywać należy przyczynę błędnego, w mojej ocenie, rozumienia celu, któremu obie te instytucje mają służyć i istotnych różnic pomiędzy nimi. W praktyce polskiej bowiem dość powszechnie przyjmuje się, że w zakresie samej dopuszczalności posłużenia się przez wykonawcę jednym z tych dwóch rozwiązań istnieje dowolność. Innymi słowy, że to od swobodnej decyzji wykonawcy zależy, czy ubiegać się będzie o dane zamówienie samodzielnie, korzystając tylko z potencjału podmiotu trzeciego, czy też grupowo – tj. w formule konsorcjum.

W mojej ocenie, to założenie jest błędne. Przeczy temu zarówno istota obu tych instytucji prawnych, jak i brzmienie regulacji unijnych.

Przede wszystkim, zwrócenia uwagi wymaga, że łączenie się w konsorcja przez wykonawców, a korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego stanowią diametralnie różne rozwiązania, również z punktu widzenia interesów zamawiającego.

Wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, jak wskazano powyżej, wiąże się z ponoszeniem solidarnej odpowiedzialności względem zamawiającego za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (z wyjątkiem przewidzianym w

ramach trybu partnerstwa innowacyjnego)<sup>557</sup>. Co więcej, wspólne złożenie oferty, wywołuje istotne skutki prawne również na etapie postępowania, m.in. zaciągnięcie przez wszystkich członków konsorcjum zobowiązania do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przypadku wyboru ich oferty. Nawet jeżeli zobowiązanie to niekoniecznie ma charakter solidarny (aczkolwiek, jak wskazywałam, nie ma co do tego pełnej zgody), to nie ulega wątpliwości, iż każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, decydując się na złożenie wspólnej oferty, nawiązuje bezpośredni stosunek prawny z zamawiającym, uniemożliwiający lub znacznie utrudniający dokonanie jego modyfikacji w zakresie składu konsorcjum.

Inaczej rzecz się ma z podmiotem trzecim. Przede wszystkim, w przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, stosunek prawny nawiązuje się pomiędzy nim a wykonawcą. Podmiot trzeci zobowiązuje się do udostępnienia swojego potencjału na potrzeby postępowania i na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego (o ile dojdzie do jej zawarcia). Przy czym, umożliwienie przez podmiot trzeci korzystania ze swoich zasobów w toku realizacji umowy może następować w różny sposób: podmiot trzeci może zaangażować się pośrednio w wykonywanie umowy (poprzez przekazanie know – how, sprawowanie nadzoru, kontroli, udostępnienie sprzętu lub osób) lub też bezpośrednio w formie podwykonawstwa ściśle określonej części zamówienia. W każdym jednak przypadku, nawet w sytuacji podwykonawstwa, podmiot trzeci nie ponosi bezpośrednio odpowiedzialności przed zamawiającym za wykonywanie zamówienia. To wykonawca jest odpowiedzialny względem zamawiającego za należyłą realizację umowy, w tym również za właściwy dobór podwykonawców, a co za tym idzie, także za ich działania lub zaniechania<sup>558</sup>.

Jedynie na zasadzie wyjątku, prawodawca polski przewidział wąski zakres solidarnej odpowiedzialności podmiotu trzeciego i wykonawcy korzystającego z jego zasobów – za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia potencjału w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, chyba że podmiot ten nie ponosi winy<sup>559</sup>.

W pozostałych przypadkach, podmiot trzeci nie nawiązuje żadnej bezpośredniej relacji prawnej z zamawiającym. Oznacza to również możliwość zastąpienia tego podmiotu innym lub samym wykonawcą – czy to na etapie postępowania, czy już po zawarciu umowy (oczywiście po

---

<sup>557</sup> Art. 445 ust. 1 i 2 u.p.z.p.

<sup>558</sup> Por. M. Lubiszewski, *Niesamodzielne wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu ...op. cit.*, s. 33.

<sup>559</sup> Art. 120 u.p.z.p.

spełnieniu określonych warunków i z uwzględnieniem ograniczeń wynikających z procedury udzielania zamówień oraz samej umowy).

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na fakt, iż w literaturze przedmiotu pojawiają się postulaty poszerzenia odpowiedzialności solidarnej podmiotów trzecich. W tym zakresie zwraca się uwagę, że art. 120 u.p.z.p. nie powinien ograniczać się wyłącznie do odpowiedzialności podmiotu trzeciego za brak udostępnienia zasobów w zakresie sytuacji finansowej lub ekonomicznej, ale również zdolności technicznych lub zawodowych. Wskazuje się, że tego typu zmiana pozytywnie wpłynie na realność udostępnienia zasobów, niejako „przymuszając” wykonawcę i podmiot trzeci do wspólnej realizacji zamówienia, w sposób zbliżony do konsorcjum<sup>560</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że z punktu widzenia zamawiającego, to właśnie wspólne ubieganie się o zamówienie jest konstrukcją bardziej korzystną niż korzystanie przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego. Fakt występowania wielości dłużników po stronie wykonawcy ułatwia bowiem zamawiającemu egzekwowanie zobowiązań oraz kierowanie ewentualnych roszczeń. W przypadku natomiast korzystania z potencjałów podmiotu trzeciego, zamawiający nawiązuje natomiast stosunek prawny z wykonawcą *de facto* niespełniającym samodzielnie warunków udziału w postępowaniu (a co za tym idzie, niezdolnym do wykonania tego zamówienia), który to brak nie jest w żaden sposób kompensowany. Jedynym zabezpieczeniem interesów zamawiającego jest wprowadzenie wymogu obowiązkowego podwykonawstwa podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swoje wykształcenie, kwalifikacje zawodowe lub doświadczenie – przy czym zabezpieczenie to ma charakter raczej faktyczny (okoliczność bezpośredniego uczestnictwa w realizacji zamówienia) niż prawny (brak odpowiedzialności podwykonawcy wobec zamawiającego).

Oczywistym więc jest, że w interesie zamawiających, to właśnie łączenie się w konsorcja powinno być rozwiązaniem bardziej pożądanym przez ustawodawcę, niż poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, zwłaszcza, że oba służą praktycznie temu samemu celowi, tj. zwiększeniu konkurencji w postępowaniach.

Z tego powodu, w mojej ocenie, prawodawca unijny nieprzypadkowo użył sformułowania „stosowne przypadki”, zarówno w odniesieniu do grup wykonawców, jak i podmiotów trzecich, a jednocześnie szczegółowo określił wymagania w zakresie posługiwania się potencjałem innych podmiotów przez wykonawcę. Moim zdaniem, intencją prawodawcy

---

<sup>560</sup> M. Lubiszewski, *Niesamodzielne wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu...op.cit.*, s. 36.

unijnego było przyznanie zamawiającym prawa do decydowania, czy w danym postępowaniu korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego jest „stosowne”, czy też nie. Innymi słowy, prawodawca unijny używając sformułowania „stosowne przypadki” dopuścił możliwość nie tylko ograniczenia przez zamawiającego możliwości posługiwania się potencjałem innych podmiotów przez wykonawcę, ale wręcz wykluczenia tej instytucji w danej procedurze.

Jednocześnie, pojęcia „stosownych przypadków” i wynikającej z tego możliwości wyłączenia prawa do skorzystania z danej instytucji, nie można odnosić w ten sam sposób do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Łączenie się w konsorcja i wspólne składanie oferty jest bowiem przez prawodawcę unijnego traktowane na równi z samodzielnym ubieganiem się o zamówienie, co wynika wprost z definicji „wykonawcy” ujętej w art. 2 ust. 1 pkt 10 dyrektywy 2014/24/UE oraz z regulacji art. 19 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE.

Tym samym, przepis art. 63 dyrektywy 2014/24/UE nie uprawnia zamawiającego do wyłączenia możliwości wspólnego ubiegania się o zamówienie w danej procedurze, a jedynie co najwyżej jej ograniczenia, na przykład poprzez wprowadzenie zakazu sumowania określonego potencjału.

Natomiast, jak najbardziej, w mojej ocenie, możliwe jest w nawiązaniu do art. 63 dyrektywy 2014/24/UE zarówno ograniczenie, jak i wykluczenie prawa do skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w określonym postępowaniu. Oczywiście, każde tego typu wyłączenie musi być dokonywane z poszanowaniem zasady proporcjonalności i z uwzględnieniem zasady równego traktowania oraz uczciwej konkurencji. Niemniej, łatwo sobie wyobrazić sytuację, w której słuszne byłoby wykluczenie prawa do korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Przykładowo, takie działanie byłoby zasadne, gdy zamawiający formułuje warunek o charakterze kompleksowym (np. wymóg posiadania doświadczenia w realizacji skomplikowanej inwestycji, wyłączający możliwość sumowania kilku odrębnych zadań w celu wykazania spełnienia warunku udziału). W takiej sytuacji, wykonawca niespełniający samodzielnie wymagań, chcąc pozyskać zamówienie, musiałby w całości polegać na potencjale podmiotu trzeciego, co wiązałoby się także z koniecznością przypisania temu podmiotowi przeważającej części (jeżeli nie całości) zamówienia do wykonania w ramach podwykonawstwa. Nie ulega wątpliwości, że taka sytuacja nie wypełnia znamion „stosowności”, o której mowa w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE i jest sprzeczna z ideą, jaka przyświecała wprowadzeniu instytucji korzystania z potencjału podmiotu trzeciego.

Udostępnienie zasobów stanowi bowiem instytucję o charakterze pomocniczym, ma służyć jedynie tym wykonawcom, którzy tylko w pewnym stopniu nie są w stanie spełnić warunku udziału w postępowaniu, nie zaś tym, którzy nie posiadają *żadnych* zdolności. Udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy niespełniającemu warunków udziału w całości, ale posługującego się zasobem podmiotu trzeciego, w mojej ocenie, może być rozumiane jako nadużycie prawa, zmierzające do obejścia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego. *De facto* bowiem dochodzi w takiej sytuacji do udzielenia zamówienia wykonawcy, który w zupełności nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia, co oczywiście odbywa się kosztem wykonawców spełniających warunki udziału samodzielnie.

Odrębnym problemem byłaby także kwestia udziału takiego podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Biorąc pod uwagę brzmienie art. 118 ust. 2 u.p.z.p. w przypadku polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy, aby móc skutecznie powoływać się na ten potencjał, zobowiązani są zaangażować te podmioty do realizacji robót budowlanych lub usług, do których te zdolności są wymagane. Jak zasygnalizowałam powyżej, w przypadku, gdy całość warunku udziału spełnia wyłącznie podmiot trzeci, wykonawca *de facto* musiałby powierzyć całość zamówienia (lub jego przeważającą część) do zrealizowania przez podmiot trzeci. Prowadziłoby to natomiast do sytuacji, w której zamówienie zostanie udzielone podwykonawcy (podmiotowi trzeciemu), nie zaś wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu<sup>561</sup>.

Tymczasem, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej aktualnie w jednolity sposób podziela się pogląd, iż niedopuszczalne jest powierzenie całości zamówienia do realizacji przez podwykonawcę. Na szczególną uwagę w tym zakresie zasługuje wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.05.2021 r.<sup>562</sup>. Skład orzekający argumentując tezę o braku takiej możliwości powołał się na regulacje unijne oraz krajowe. Jak stwierdził sąd, w art. 71 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny posłużył się sformułowaniem „*any share of the contract it may intend to subcontract*” (co zostało w wersji polskiej dyrektywy przetłumaczone jako: „*ewentualna część zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim w ramach podwykonawstwa*”) nie dopuszczając alternatywy w postaci „*all of the contract*” (czyli

---

<sup>561</sup> Wyrok KIO z dnia 29.01.2024 r., KIO 19/24, Legalis nr 3070962

<sup>562</sup> Sygn. akt: XXIII Zs 11/21, LEX nr 3206857



– całości zamówienia), co doprowadziło sąd do wniosku, iż powierzenie całego zamówienia do wykonania przez podwykonawców nie jest możliwe na gruncie przepisów unijnych<sup>563</sup>.

Jak podkreślił sąd zamówień publicznych, zasadę tę konsekwentnie implementował do porządku krajowego również polski ustawodawca. Na gruncie aktualnej ustawy, w art. 7 pkt 27) u.p.z.p. wprowadzono definicję umowy o podwykonawstwo, z której jednoznacznie wynika, iż są to umowy, na których podstawie podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązują się wykonania części zamówienia. Podobnie w art. 462 u.p.z.p. ustawodawca krajowy wyraźnie określił, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W ocenie sądu, wykładnia literalna wymienionych powyżej regulacji nie budzi wątpliwości, co do tego, że podwykonawstwo całości zamówienia nie jest dopuszczalne<sup>564</sup>.

Zdaniem składu orzekającego przyjęcie stanowiska przeciwnego, prowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający zleciłby realizację zamówienia podwykonawcy, zamiast wykonawcy, co byłoby rażąco sprzeczne z zasadą udzielania zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa oraz z zasadą transparentności. *De facto*, skutkowałoby również pozornością czynności złożenia oferty, gdyż rzeczywistym wykonawcą byłby podwykonawca nie zaś podmiot podpisujący ofertę<sup>565</sup>.

Niezależnie od całkowitej słuszności poglądu sądu zamówień publicznych oraz Krajowej Izby Odwoławczej podzielającej to stanowisko, w mojej ocenie, tezy z przytoczonego wyroku powinny być brane pod uwagę również przy ocenie „stosowności” przypadku korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

Skoro wykonawca nie może powierzyć całości zamówienia podwykonawcy, nie powinno być również możliwe korzystanie przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia całości warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczenie takiej sytuacji prowadziłoby do równie pozornej sytuacji – to jest udzielenia zamówienia wykonawcy zupełnie niezdolnemu do wykonania zamówienia.

Stąd, w mojej ocenie, użyte przez prawodawcę unijnego w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE sformułowanie „stosowne przypadki” uprawnia zamawiającego do ograniczenia lub wyłączenia prawa wykonawcy do korzystania z zasobów podmiotów trzecich w danym postępowaniu.

---

<sup>563</sup> Ibidem

<sup>564</sup> Ibidem

<sup>565</sup> Ibidem

Przypomnieć przy tym należy, że ustawodawca krajowy, w ślad za prawodawcą unijnym, w art. 118 ust. 1 u.p.z.p. również wprowadził ogólną zasadę, iż wykonawca może korzystać z potencjału podmiotu trzeciego „w stosownych sytuacjach”. Teoretycznie zatem, polska ustawa również przyznaje zamawiającym uprawnienie do ograniczenia, a nawet wyłączenia prawa do korzystania z tej instytucji w danej procedurze.

Niestety błędna implementacja przepisów unijnych regulujących łączenie się w konsorcja i korzystanie z zasobów podmiotów trzecich – w szczególności wyjątkowa precyzja ustawodawcy przy formułowaniu wymagań względem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienia w art. 117 u.p.z.p., nie mająca swojego odpowiednika w regulacjach dotyczących podmiotów trzecich w art. 118 u.p.z.p. – doprowadziła do tego, iż zamawiający nie potrafią stosować u.p.z.p. i korzystać z możliwości, jakie ona stwarza.

W praktyce, w polskim systemie, zamawiający zazwyczaj nie korzystają z uprawnienia wynikającego z art. 118 ust. 1 u.p.z.p. i przy określaniu zasad korzystania z potencjału trzeciego w danym postępowaniu, ograniczają się wyłącznie do powielenia w dokumentach zamówienia brzmienia przepisów ustawy, nie precyzując, co rozumieją przez pojęcie „stosownej sytuacji”.

W mojej ocenie, tego typu postępowanie w wielu przypadkach prowadzi do nieuzasadnionego faworyzowania wykonawców korzystających z podmiotów trzecich, kosztem tych, którzy biorą udział w postępowaniu wspólnie z innymi wykonawcami.

Przykładowo, nie można uznać za stosowną sytuację, w której zamawiający, korzystając z uprawnienia wynikającego z art. 117 ust. 1 u.p.z.p., sformułuje w sposób szczególny, obiektywnie uzasadniony, warunki udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (np. wyłączając możliwość sumowania doświadczenia), nie zastrzegając natomiast analogicznych zasad w odniesieniu do podmiotów trzecich. W takim przypadku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie *de facto* mają wyższy „próg wejścia” do procedury niż wykonawcy korzystający z zasobów podmiotów trzecich. Takie działanie ze strony zamawiającego jest nieuzasadnione, biorąc pod uwagę, że, jak wskazałam powyżej, wspólne ubieganie się o zamówienie powinno być bardziej pożądaną przez zamawiającego konfiguracją niż korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego.

Z kolei brak formułowania szczególnych zasad powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego w sposób analogiczny do specyficznie skonstruowanych warunków udziału przewidzianych dla wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie może wręcz zachęcać wykonawców do

tego, aby na potrzeby postępowania nie łączyć się w konsorcja, ale korzystać z instytucji polegania na potencjale podmiotu trzeciego.

*A contrario*, mając na uwadze wnioski wypływające z wyroku TSUE w sprawie Apelski<sup>566</sup>, jak również brzmienie art. 63 dyrektywy 2014/24/UE za usprawiedliwione należałoby uznać działanie zamawiającego, który formułując szczególne zasady spełniania warunków udziału w postępowaniu dla wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, na podobnej zasadzie, określa „stosowne przypadki” korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Takie działanie nie stanowiłoby ograniczenia konkurencji w postępowaniu, ani dyskryminacji małych i średnich przedsiębiorstw, ponieważ zawsze wykonawcom pozostaje możliwość udziału w postępowaniu w ramach konsorcjum (co z kolei wzmacnia pozycję zamawiającego, który zyskuje kilku dłużników solidarnych). Wydaje się, że do utrudnienia doszłoby w sytuacji, gdyby przykładowo zamawiający dopuścił sumowanie zdolności przez konsorcja, a zarazem ograniczył możliwość korzystania z zasobów podmiotów trzecich. W takiej sytuacji, tworzenie konsorcjów, których członkowie na mocy ustawy ponoszą odpowiedzialność solidarną, w przypadku gdy wystarczające byłoby skorzystanie z potencjału trzeciego, udostępniającego zasób na jeden spośród z wielu pomniejszych warunków i wykonanie przez niego niewielkiego zakresu umowy, byłoby żądaniem nadmiernym<sup>567</sup>.

Obserwacja praktyki wskazuje, że zamawiający jedynie w wyjątkowych przypadkach decydują się na określenie „stosownych przypadków”, wyłączających możliwość skorzystania z potencjału podmiotów trzecich. Mowa tutaj o kryteriach selekcji, czyli dodatkowych, obok warunków udziału w postępowaniu, obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriach, służących do ograniczenia liczby wykonawców uczestniczących w procedurach wieloetapowych<sup>568</sup>.

Przez lata toczyły się dyskusje, czy wykonawcy mogą posługiwać się potencjałem podmiotów trzecich wyłącznie na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy także w celu uzyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów selekcji, a jeśli tak, to czy w gestii zamawiającego pozostaje możliwość doprecyzowania zasad w tym zakresie i ewentualne wyłączenie takiej możliwości w danym postępowaniu.

O ile na gruncie przepisów d.p.z.p. zasadniczo uznawano dopuszczalność korzystania z zasobów podmiotu trzeciego na potrzeby spełnienia kryteriów selekcji, o tyle po wejściu w

---

<sup>566</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

<sup>567</sup> Zob. szerzej w tym zakresie I. Skubiszak-Kalinowska, *Zasoby podmiotów trzecich a kryteria selekcji*, *Przetargi Publiczne*, nr 7 (152)/2018, s. 43.

<sup>568</sup> Art. 7 pkt 9 u.p.z.p.

życie nowelizacji lipcowej pogląd ten uległ zmianie. Kwestia ta wiązała się z interpretacją przepisu art. 25a ust. 3 d.p.z.p. w związku z nowelizacją prawa zamówień publicznych dokonaną ustawą z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>569</sup> (dalej: nowelizacja grudniowa) polegającą na wykreśleniu z przepisów art. 25a ust. 3 d.p.z.p. sformułowania „lub kryteriów selekcji”, co doprowadziło do wniosku, że na gruncie prawa zamówień publicznych funkcjonuje zakaz powołania się na zasoby podmiotów trzecich dla potrzeb uzyskania punktów w ramach prekwalfikacji w postępowaniach wieloetapowych.

Z czasem jednak pogląd ten uległ zmianie, a kluczowym w tym zakresie stało się stanowisko sformułowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7.05.2018 r.<sup>570</sup>. W uzasadnieniu tego orzeczenia Izba powołała się na regulacje unijne, w szczególności na art. 59 ust. 1 oraz art. 65 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, które nie wykluczają możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w ramach kryteriów selekcji w postępowaniach dwuetapowych. Możliwość tę KIO wyprowadziła również z treści części II sekcji C formularza JEDZ, ustanowionego rozporządzeniem wykonawczym Komisji 2016/7, z której wynika, że w trybach wieloetapowych wykonawca może polegać na zasobach podmiotów trzecich również w odniesieniu do kryteriów selekcji. W związku z powyższym skład orzekający przyjął, że skoro dyrektywa tego nie zabrania, wykonawca ma prawo powołać się na zasób podmiotu trzeciego w celu pozyskania wyższej punktacji w ramach kryteriów selekcji. Jak jednak zauważyła Izba, jest to dopuszczalne, jeżeli zamawiający taką możliwość przewidzi w ogłoszeniu o zamówieniu<sup>571</sup>.

Tym samym, skład orzekający Izby rozstrzygnął, iż to w gestii zamawiającego leży decydowanie o dopuszczaniu skorzystania z takiego uprawnienia przez wykonawcę, czy też nie. Uzasadniając swój pogląd, KIO wskazała na fakt, iż to zamawiający jest dysponentem postępowania, a zatem ma również najlepszą wiedzę odnośnie specyfiki zamówienia i tym samym również oczekiwanych od wykonawców poziomów zdolności<sup>572</sup>.

Przy podejmowaniu decyzji w tym zakresie, zdaniem Izby, zamawiający winien brać pod uwagę podstawowe zasady udzielania zamówień, w tym uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasad proporcjonalności i przejrzystości. Skład orzekający KIO powołał się na wyrok TSUE z 14.12.2016 r. w sprawie Connexion Taxi Services BV, w którym Trybunał zwrócił uwagę na konieczność dochowania przejrzystości postępowania.

---

<sup>569</sup> Dz.U z 2016 r. poz. 1920

<sup>570</sup> KIO 699/18, KIO 736/18, LEX nr 2528907

<sup>571</sup> Ibidem

<sup>572</sup> Ibidem

Oznacza to więc konieczność formułowania wszystkich warunków i zasad procedury w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia, tak by wszyscy potencjalni wykonawcy, przy zachowaniu zwykłej staranności, byli w stanie zrozumieć ich dokładny zakres i dokonać ich wykładni w taki sam sposób<sup>573</sup>.

Zatem Krajowa Izba Odwoławcza w przywołanym powyżej wyroku dopuściła możliwość posługiwania się zasobami podmiotu trzeciego również na potrzeby punktacji w ramach kryteriów selekcji ze względu na brak wystąpienia takiego zakazu w prawie zamówień publicznych oraz dyrektywach – pod warunkiem, że takiej możliwości nie wykluczy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu.

Na gruncie obecnych przepisów, kwestia ta wydaje się tym bardziej jednoznaczna, biorąc pod uwagę fakt, że w art. 118 ust. 1 u.p.z.p. prawodawca operuje sformułowaniem „stosowna sytuacja” w kontekście możliwości posłużenia się przez wykonawcę potencjałem podmiotu trzeciego. To sugeruje uprawnienie zamawiającego do formułowania ograniczenia korzystania z udostępnionego potencjału na potrzeby wykazania się kryteriami selekcji (jeżeli szczególnie zależy mu na wykonawcach samodzielnie wykazujących się określonymi zdolnościami). Pośrednio, dopuszczalność takiego ograniczenia potwierdził również TSUE w orzeczeniu Esaprojekt; dotyczył on co prawda ograniczenia sumowania potencjałów konsorcjum, ale z punktu widzenia dyrektyw obie te instytucje, w tym zakresie traktowane są bardzo podobnie, a w zasadzie tożsamo. Również w najnowszym orzecznictwie KIO, tego typu ograniczenie zastosowane w postępowaniu przez zamawiającego nie zostało zakwestionowane<sup>574</sup>.

#### **4.11.5. Skuteczność udostępnienia zasobów**

Jak zasygnalizowano w podrozdziale powyżej, na gruncie orzecznictwa TSUE przyjęto stanowisko, iż, zasadniczo, prawem oferenta (wykonawcy) jest korzystanie ze zdolności podmiotów trzecich na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Podstawowym wymogiem jest jednak konieczność wykazania przez wykonawcę, iż będzie on tym udostępnionym zasobem rzeczywiście dysponował<sup>575</sup>.

Prawodawca unijny w art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wprost wskazał, że podstawowym środkiem dowodowym w tym zakresie jest zobowiązanie takiego podmiotu do udostępnienia zasobów. W ślad za regulacją unijną, ustawodawca polski w art. 118 ust. 3 i 4 u.p.z.p. również

---

<sup>573</sup> Sprawa C-171/15, ZOTSiS 2016/12/I-948

<sup>574</sup> Wyrok KIO z dnia 26.04.2022 r., KIO 1003/22, LEX nr 3418751

<sup>575</sup> C-324/14, MoP 2016 nr 11, s. 570

ustanowił obowiązek wykazania przez wykonawcę, iż rzeczywiście dysponuje on zasobami podmiotu trzeciego, czego może dokonać składając jego zobowiązanie (względnie inny środek dowodowy) wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Przed przybliżeniem problematyki zobowiązania podmiotu trzeciego celowe jest przedstawienie istoty wskazanego środka dowodowego.

W tym kontekście, przypomnienia wymaga, że przepis art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE posługuje się sformułowaniem „*konkretne zamówienie*”, co wskazuje, że ewentualne korzystanie z zasobów innego podmiotu jest dopuszczalne, gdy dotyczy danego, zindywidualizowanego zamówienia. Odnośnie zaś obowiązku wykazania rzeczywistego dysponowania zasobami wiąże się to m.in. z tym, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego musi jednoznacznie określać wykonawcę, zakres, sposób udostępnienia potencjału oraz przedmiot zamówienia i zamawiającego<sup>576</sup>.

Ograniczenie korzystania z zasobów podmiotu trzeciego do konkretnego zamówienia wyłącza również możliwość posługiwania się konstrukcjami prawnymi o charakterze stałym. Innymi słowy, zamawiający nie może uznać za skuteczne udostępnienie wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci, które zostało dokonane w sposób blankietowy lub generalny. Nie może to nastąpić np. w postaci stałej umowy o współpracy, w ramach której podmiot trzeci zobowiązuje się do udostępniania wykonawcy określonego zasobu w każdym postępowaniu, w jakim będzie brał on udział oraz zaangażowania się w realizację zamówienia w zakresie adekwatnym do tego zasobu. Tego typu ramowe porozumienie, z punktu widzenia art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, choć nie jest niedopuszczalne, gdyż wykonawcy mogą w ten sposób regulować stosunki między sobą, może mieć jednak znaczenie wyłącznie w relacjach pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim; pozostaje natomiast bez znaczenia dla zamawiającego.

Nie będzie również odpowiadało wymogowi przekazania zdolności lub sytuacji w ramach „*konkretnego zamówienia*” generalne udostępnienie zasobów przez podmioty w ramach jednej grupy kapitałowej. W praktyce obrotu bowiem często się zdarza, że przedsiębiorcy funkcjonujący w ramach jednej grupy kapitałowej mają uprawnienie do korzystania ze sprzętu, kadry, czy środków finansowych innych spółek.

Jak jednak wyraźnie zaznaczył prawodawca unijny w art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE wykonawca ma prawo polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru

---

<sup>576</sup> W. Hartung, M. Baglaj, T. Michalczyk, M. Wojciechowski, J. Krysa, K. Kuźma, *Dyrektywa 2014/24/UE ...op.cit.*, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 15.

prawnego łączących go z nimi powiązań. Innymi słowy, z punktu widzenia wskazanego przepisu stosunek prawny łączący wykonawcę z podmiotem trzecim ma charakter wtórny<sup>577</sup>.

Regulacje unijne znalazły odzwierciedlenie w prawie polskim. W art. 118 ust. 1 u.p.z.p. podkreślono, iż poleganie przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich następuje „niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych”<sup>578</sup>.

W konsekwencji, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, że dla oceny wykazania spełnienia warunków udziału przez wykonawcę korzystającego z zasobów podmiotów trzecich bez znaczenia są łączące ich powiązania osobowe, czy korporacyjne<sup>579</sup>. W tym względzie, składy orzekające Izby dostrzegają prymat wymagań ustawowych, które, w sposób specyficzny dla systemu zamówień publicznych, kreują obowiązek złożenia określonego w ustawie i dokumentach zamówienia środka dowodowego (co do zasady – zobowiązania podmiotu trzeciego), służącego do tego konkretnego celu<sup>580</sup>. Dlatego też dostrzega się m.in. brak możliwości zastąpienia oświadczenia podmiotu trzeciego wyjaśnieniami lub deklaracjami ze strony wykonawcy. To podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby winien złożyć wyraźne i jednoznaczne oświadczenie potwierdzające, iż przekazuje swój potencjał, a wykonawca będzie nim rzeczywiście dysponował. Zatem tylko podmiot trzeci, jako osoba zobowiązująca się, może wiążąco wypowiedzieć się w przedmiocie własnego oświadczenia. Wyjaśnienia wykonawcy, będącego jedynie adresatem zobowiązania podmiotu trzeciego, są w takiej sytuacji bez znaczenia<sup>581</sup>.

W istocie zatem, instytucja polegania na zasobach podmiotu trzeciego rządzi się odrębnymi prawami, odmiennymi również od wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne. Jak wskazano powyżej, przepisy u.p.z.p. dotyczące wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne nie ingerują wyraźnie w wewnętrzne relacje pomiędzy współkonsorcjantami, pozostawiając im względną swobodę ich kształtowania. Z tego powodu, nie można wykluczyć możliwości ubiegania się o zamówienie np. przez konsorcjum o charakterze stałym. Wykonawcy, zamierzający wspólnie uczestniczyć w postępowaniu, nie są zobowiązani do zawierania umowy konsorcjum na potrzeby „konkretnego zamówienia”, choć oczywiście, właśnie takie przypadki najczęściej istnieją w praktyce.

---

<sup>577</sup> J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. ...*, op.cit., art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 7.

<sup>578</sup> Art. 118 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>579</sup> Wyrok KIO z dnia 30.06.2023 r., KIO 1707/23, LEX nr 3694049

<sup>580</sup> Ibidem

<sup>581</sup> Ibidem oraz wyrok KIO z dnia 20.04.2023 r., KIO 981/23, LEX nr 3584865

Wy tłumaczenia powyższych różnic należy upatrywać przede wszystkim w odmiennym charakterze obu tych instytucji. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, „*konkretyzacja*” zamówienia, o którego udzielenie się starają, następuje w ramach oferty. Wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie zobowiązują się do zrealizowania ściśle określonego zamówienia na warunkach wskazanych w ofercie, na rzecz danego zamawiającego. To zatem oferta (a w dalszej perspektywie umowa odzwierciedlająca deklaracje wykonawców) stanowi podstawę stosunku zobowiązaniowego łączącego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie i zamawiającego.

W przypadku polegania na zasobach podmiotów trzecich, prawodawca unijny, a w ślad za nim ustawodawca polski, uznał, iż „*konkretyzacja*” zamówienia musi nastąpić w stosownym zobowiązaniu. Powstaje w tym kontekście pytanie, czy wymaganie złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego przez wykonawcę korzystającego z jego zasobów jest w istocie niezbędne i czy rozwiązanie prawodawcy unijnego w tym zakresie było prawidłowe? Odpowiadając na nie, należy stwierdzić, iż podmiot trzeci nawiązuje relację przede wszystkim z wykonawcą. Oczywiście w wielu przypadkach podmiot trzeci staje się również podwykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego, jednak nadal stosunek prawny łączący go z zamawiającym ma charakter pośredni i jest mocno ograniczony. Stąd też rysuje się drugie pytanie, czy dla skorzystania przez wykonawcę z zasobów podmiotu trzeciego nie wystarczające byłoby złożenie przez niego stosownej deklaracji w ofercie, w której określa on zasób, z którego korzysta oraz sposób jego wykorzystania w trakcie postępowania oraz wykonywania zamówienia. To wykonawca przecież odpowiada wobec zamawiającego za to, że dysponuje określonymi zasobami, bądź nie, podobnie jak ponosi odpowiedzialność za działania lub zaniechania swoich podwykonawców. Zatem kluczowe powinno być przede wszystkim oświadczenie wykonawcy, deklarującego korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przy takim ujęciu, w istocie rzeczy, zobowiązanie podmiotu trzeciego wydaje się zbędne.

Powodów, dla których prawodawca unijny przewidział jednak obowiązek złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego należy przede wszystkim upatrywać w charakterze tego dokumentu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi dokument, który zawiera oświadczenie woli tego podmiotu o oddaniu do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, pod warunkiem jego udzielenia<sup>582</sup>. Z powyższego wynika zatem, że adresatem tego oświadczenia woli jest wykonawca, nie zaś zamawiający, dla którego zobowiązanie

---

<sup>582</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 118, teza nr 9.



podmiotu trzeciego jest jedynie środkiem dowodowym, potwierdzającym, że podmiot ten udostępnił swój potencjał w sposób pozwalający na potwierdzenie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz należyłą realizację zamówienia przy ich wykorzystaniu. Tym samym, zobowiązanie, co do zasady, nie stanowi podstawy do nawiązania stosunku prawnego pomiędzy zamawiającym a podmiotem trzecim, który jak wskazano powyżej, ma charakter pośredni i ograniczony. Jedynie w wyjątkowych przypadkach może dojść do powstania bezpośredniego stosunku zobowiązaniowego pomiędzy zamawiającym a podmiotem trzecim m.in. w przypadku, gdy podmiot trzeci jest podwykonawcą i ma roszczenie względem zamawiającego o zapłatę należnego mu wynagrodzenia, gdy podmiot trzeci będący podwykonawcą na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. ma zastąpić dotychczasowego wykonawcę oraz w sytuacji, gdy podmiot trzeci ponosi solidarną odpowiedzialność na zasadach opisanych w art. 120 u.p.z.p., tj. za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów. W pozostałych przypadkach, zobowiązanie podmiotu trzeciego posiada dla zamawiającego przede wszystkim walor dowodowy.

Ponieważ, co do zasady, tylko dokumenty pochodzące od podmiotu niezależnego od wykonawcy mogą być potraktowane jako dowód, dlatego też prawodawca unijny, a w ślad za nim ustawodawca krajowy, przewidzieli obowiązek złożenia zobowiązania pochodzącego od podmiotu trzeciego, wyłączając przy tym możliwość jego zastąpienia oświadczeniami wykonawcy<sup>583</sup>.

Nie ulega natomiast wątpliwości, że obowiązek złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego ma na celu zabezpieczać interesy zamawiającego oraz realizować zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Gdyby bowiem prawodawca unijny dopuścił możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego, ograniczając obowiązki wykonawcy w tym względzie wyłącznie do złożenia stosownej deklaracji w ofercie, pozostali wykonawcy – wykazujący spełnienie warunków udziału samodzielnie lub przy pomocy zasobów współkonsorcjantów, znaleźliby się w sposób nieuzasadniony w trudniejszej sytuacji, gdyż nadal mieliby obowiązek wykazać, iż dysponują wskazanym przez siebie potencjałem, podczas gdy wykonawca korzystający z zasobów podmiotu trzeciego byłby z takiego obowiązku zwolniony. Siłą rzeczy byłaby to sytuacja dla zamawiającego niepożądana, gdyż prowadziłyby do faworyzowania wykonawców nie posiadających samodzielnie wystarczającego potencjału i polegających z tego powodu na zdolnościach innych podmiotów. Nie ulega również wątpliwości, że rezygnacja z obowiązku

---

<sup>583</sup> Wyrok KIO z dnia 15 marca 2018 r., KIO 399/18, Legalis nr 1808523

dowodowego po stronie wykonawcy w zakresie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego mogłaby prowadzić do licznych nadużyć, w tym m.in. powoływania się na zasoby innych podmiotów bez ich wiedzy i zgody, co rodziłoby istotne konsekwencje na etapie realizacji zamówienia.

Stąd też należy opowiedzieć się za celowością rozwiązań przyjętych przez prawodawcę unijnego, który dla wykonawców korzystających z zasobów podmiotów trzecich przewidział obowiązek udowodnienia dysponowania udostępnionym potencjałem.

Ustawodawca polski poszedł również o krok dalej i sformułował w art. 118 ust. 4 u.p.z.p. obowiązkowe elementy zobowiązania podmiotu trzeciego, wymieniając w nim zakres zasobów udostępnionych wykonawcy oraz sposób i okres udostępnienia i wykorzystania przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia tychże zasobów. Ostatni element zobowiązania dotyczy przypadków zamówień na roboty budowlane i usługi, w ramach których wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. W takiej sytuacji zobowiązanie musi również zawierać potwierdzenie, czy i w jakim zakresie podmiot trzeci będzie realizował roboty budowlane lub usługi, których udostępniony potencjał dotyczy.

Na zwrócenie uwagi zasługuje także fakt, że w poprzednim stanie prawnym, zakres treści zobowiązania został określony nie na poziomie ustawy, ale aktu wykonawczego<sup>584</sup>. Przy czym, wymagana minimalna treść zobowiązania była bardziej rozbudowana niż obecnie. Prawodawca przyjął bowiem, aby z zobowiązania wynikał: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego oraz określenie, czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wieloletnia praktyka wskazuje, że pomimo pewnego uproszczenia wymagań co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego w aktualnej ustawie na gruncie art. 118 ust. 4 u.p.z.p., sporządzenie prawidłowego oświadczenia nadal sprawia wiele trudności.

---

<sup>584</sup> § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r. poz. 1126)

Wśród błędów zobowiązań spotykanych w praktyce można wymienić na przykład złożenie oświadczenia własnego wykonawcy o dysponowaniu potencjałem podmiotu trzeciego zamiast oświadczenia tego podmiotu<sup>585</sup>, brak określenia w zobowiązaniu sposobu udostępnienia zasobów lub okresu ich udostępnienia<sup>586</sup>, czy składanie zobowiązania, z którego wynika, iż podmiot trzeci udostępnia zasoby na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia, nie zaś wykonania umowy<sup>587</sup>.

Pierwsza z wyżej wymienionych kategorii błędów wynika z braku zrozumienia, czym tak naprawdę zobowiązanie jest (dowodem potwierdzającym udostępnienie potencjału wykonawcy), zaś druga, w mojej ocenie, z niejasnego sformułowania przez ustawodawcę co do wymogów treści zobowiązania zawartych w art. 118 ust. 4 u.p.z.p.

O ile stwierdzić należy, iż ustawodawca w pewnym stopniu uprościł wymagania co do minimalnej treści zobowiązania, to nadal, moim zdaniem, regulacja art. 118 ust. 4 u.p.z.p. jest nie do końca ujęta w sposób zrozumiały.

Z omówionego punktu widzenia należy zwrócić uwagę na istotę zobowiązania podmiotu trzeciego i celem jego złożenia. Jak wynika wprost z przepisu art. 118 ust. 3 u.p.z.p., zobowiązanie lub inny podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów trzecich. W odniesieniu do zobowiązania, ustawodawca w art. 118 ust. 4 u.p.z.p. dodatkowo doprecyzował, iż musi ono potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów.

Na marginesie, warto zwrócić uwagę, że prawodawca całkowicie nietrafnie określił w różny sposób wymagania dla zobowiązania oraz dla innego podmiotowego środka dowodowego. W art. 118 ust. 3 u.p.z.p. ustawodawca wskazał bowiem, iż zobowiązanie lub inny podmiotowy środek dowodowy ma potwierdzać dysponowanie niezbędnymi zasobami przez wykonawcę, natomiast w treści ustępu 4, już w odniesieniu do samego zobowiązania, wskazał na ten wymóg, oczekując, aby z jego treści wynikało „rzeczywiste” udostępnienie. Z literalnego brzmienia obu tych przepisów można by było zatem wnioskować, że o ile zobowiązanie musi wykazywać realny dostęp do zasobów, to wobec podmiotowego środka dowodowego takiego analogicznego wymogu już nie ma. Oczywistym jest, że zamierzenie ustawodawcy było inne – każdy dowód złożony przez wykonawcę na potwierdzenie, iż dysponuje on niezbędnymi

---

<sup>585</sup> Wyrok KIO z dnia 25 lipca 2017 r., KIO 1421/17, LEX nr 2349284

<sup>586</sup> Wyrok KIO z dnia 28 marca 2017 r., KIO 487/17, LEX nr 2271484

<sup>587</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 118, teza nr 10.

zasobami, czy to w postaci zobowiązania, czy jakiegokolwiek innej, powinno potwierdzać rzeczywisty dostęp do zasobów.

Powyższe rozróżnienie nie znajduje to również uzasadnienia w regulacjach unijnych, bowiem w art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, prawodawca wskazał jedynie, że wykonawca polegający na zdolności innych podmiotów składa „*na przykład stosowne zobowiązanie takich podmiotów*”, które potwierdza, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami. Innymi słowy, art. 63 dyrektywy 2014/24/UE nie różnicuje wymogów co do treści zobowiązania lub innych dowodów składanych przez wykonawcę, każdy z nich musi po prostu potwierdzać, że dysponuje on udostępnionym potencjałem. Co więcej, prawodawca unijny nie pokusił się również o określenie obligatoryjnych elementów zobowiązania, ograniczając się do ogólnego określenia celu składania tego dowodu.

Prawodawca krajowy miał więc w pewnym sensie „wolną rękę” w formułowaniu wymogów dla minimalnej treści zobowiązania, oczywiście z uwzględnieniem ram określonych przez prawodawcę unijnego w art. 63 dyrektywy 2014/24/UE. Pomimo tego, określił je w sposób niejasny, co wywołuje trudności wśród wykonawców w zakresie prawidłowego sporządzenia zobowiązania.

Przede wszystkim, zwrócenia uwagi wymaga, że elementy zobowiązania wymienione w art. 118 ust. 4 pkt 2 i 3 u.p.z.p. częściowo się pokrywają. Zgodnie z tymi przepisami, zobowiązanie powinno określać sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia oraz czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Zaznaczyć przy tym należy, że bezpośrednie zaangażowanie podmiotu trzeciego w realizację zamówienia, o którym mowa w art. 118 ust. 4 pkt 3 u.p.z.p. stanowi jeden ze sposobów udostępnienia i wykorzystania jego zasobu w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wspomnianych w art. 118 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p. Prawodawca nie doprecyzował, iż art. 118 ust. 4 pkt 3 u.p.z.p. jest częściowo normą szczególną w odniesieniu do art. 118 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p., wskutek czego, wielu wykonawców, korzystających z wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia podmiotów trzecich nie jest w

stanie wypełnić dyspozycji art. 118 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p. i określić sposobu udostępnienia i wykorzystania zasobów.

Również samo sformułowanie „sposób udostępnienia i wykorzystania zasobów” użyte w art. 118 ust. 4 pkt 2 u.p.z.p. jest trudne w odbiorze zarówno wśród wykonawców, jak i zamawiających. Trudności w zrozumieniu obligatoryjnych elementów zobowiązania dostrzega zresztą sam Urząd Zamówień Publicznych, który w komentarzu do art. 118 u.p.z.p. tłumaczy, w jaki sposób należy interpretować sformułowania użyte przez ustawodawcę. Stąd też „zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby” Urząd zinterpretował jako opis udostępnianych zasobów, zaś „sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia” jako opis zachowania się podmiotu trzeciego w toku realizacji zamówienia<sup>588</sup>.

Jest rzeczą zastanawiającą, iż przepisy ustawy muszą być tłumaczone, aby były zrozumiałe dla praktyków. Rodzi to również pytanie o *ratio* wprowadzenia tej regulacji, zwłaszcza, że wywołuje ona wiele problemów praktycznych, a co więcej, nie ma swojego odpowiednika w dyrektywie 2014/24/UE. Z drugiej jednak strony, pozostawienie swobody podmiotom trzecim w formułowaniu treści zobowiązania i przyjęcie ogólnej zasady, iż musi z niego wynikać rzeczywiste dysponowanie udostępnionym zasobem, może jeszcze bardziej utrudnić proces przygotowywania tego typu oświadczeń oraz ich ocenę. Być może zatem rozwiązaniem pośrednim, minimalizującym ryzyka obu wymienionych podejść, byłoby po prostu odpowiednie przeformułowanie wymagań co do minimalnej treści zobowiązania, tak, aby były one zrozumiałe zarówno dla zamawiających, jak i wykonawców.

Niezależnie od powyższych trudności wynikających z interpretacji art. 118 ust. 4 u.p.z.p., kolejną kategorią błędów, najczęściej występującą, w odniesieniu do treści zobowiązań składanych w postępowaniu, jest brak potwierdzenia rzeczywistego dysponowania przez wykonawcę udostępnionym potencjałem.

Nieprawidłowości zobowiązań w tym zakresie wyrażają się zazwyczaj w ten sposób, iż opis zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia nie jest adekwatny do udostępnionego wykonawcy potencjału, co nie stwarza podstawy do pozytywnej oceny realności udostępnionego zasobu<sup>589</sup>. Co do zasady bowiem, jak sygnalizowałam powyżej (w podrozdziale „Zastąpienie podmiotu trzeciego”), zakres udostępnionych zdolności oraz udziału

---

<sup>588</sup> Ibidem

<sup>589</sup> Wyrok KIO z dnia 20 czerwca 2017 r., KIO 1134/17, LEX nr 2335985

podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien być taki sam<sup>590</sup>. Tylko wtedy, gdy zakres ten jest zgodny można uznać, że wykonawca w sposób rzeczywisty dysponuje udostępnionym potencjałem.

W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, jeżeli wykonawca polega na zasobach w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wymagania co do wykorzystania udostępnionego zasobu są podwyższone i wiążą się z koniecznością zaangażowania podmiotu trzeciego do bezpośredniej realizacji zamówienia (tj. w ramach podwykonawstwa), co wynika wprost z art. 118 ust. 2 u.p.z.p. W takich przypadkach, brak rzeczywistego udostępnienia potencjału najczęściej objawia się poprzez brak zagwarantowania podwykonawstwa podmiotu trzeciego w zakresie prac, do realizacji których ten zasób jest potrzebny<sup>591</sup>. Przykładem takiej sytuacji jest określenie zakresu podwykonawstwa podmiotu trzeciego w sposób węższy niż zakres doświadczenia udostępnionego wykonawcy na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu<sup>592</sup>. Przyjęcie takiej oferty prowadziło zatem *de facto* do udzielenia zamówienia wykonawcy, który nie posiada doświadczenia<sup>593</sup>. Tymczasem istotą instytucji udostępniania potencjału przez podmiot trzeci jest zagwarantowanie przez wykonawcę, iż przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany przez podmiot spełniający minimalne wymagania zamawiającego, a zatem zdolny do zrealizowania świadczenia.

Stąd, zakres zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia (określany przez ustawodawcę w art. 118 ust. 4 u.p.z.p. jako sposób udostępnienia i wykorzystania zasobu) musi być właściwie w zobowiązaniu określony, gdyż od tego opisu zależy ocena zamawiającego, czy zasób został udostępniony w sposób realny. Przede wszystkim powinien być on precyzyjny i nie może ograniczać się do ogólników, np. do wskazania procentowej wartości zamówienia powierzonej podmiotowi trzeciemu do realizacji, gdyż w ten sposób nie można ustalić związku pomiędzy udostępnionym zasobem a stopniem zaangażowania podwykonawcy<sup>594</sup>.

Na zwrócenie uwagi zasługuje przy tym fakt, że aktualna linia orzecnicza, stanowiąca pochodną stanowiska TSUE w sprawie Esaprojekt oraz wprowadzenia do polskiego porządku prawnego zakazu wynikającego z art. 123 u.p.z.p., zmierza w kierunku znacznego ograniczenia możliwości precyzowania, wyjaśniania lub wręcz uzupełniania treści zobowiązania odnośnie zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego w realizację zamówienia.

---

<sup>590</sup> Wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2023 r., KIO 1627/23, Legalis nr 2996198

<sup>591</sup> Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2017 r., KIO 1299/17, LEX nr 2337978; wyrok KIO z dnia 9 listopada 2017 r., KIO 2245/17, LEX nr 2413795; wyrok KIO z dnia 13 marca 2017 r., KIO 359/17, LEX nr 2258078

<sup>592</sup> Wyrok KIO z dnia 2 listopada 2023 r., KIO 3056/23, LEX nr 3643948

<sup>593</sup> Ibidem

<sup>594</sup> Wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2023 r., KIO 922/23, Legalis nr 2989747

W tym zakresie akcentuje się okoliczność, że zakres zaangażowania podmiotu w ramach podwykonawstwa stanowi istotną deklarację wykonawcy co do sposobu wykonania przyszłego zamówienia, a zatem jest także elementem treści oferty<sup>595</sup>. W konsekwencji, biorąc pod uwagę zasadę niezmienności treści oferty po upływie terminu jej składania, nie jest możliwe dokonanie modyfikacji opisu zakresu podwykonawstwa podmiotu trzeciego zadeklarowanego przez wykonawcę<sup>596</sup>.

Równocześnie w orzecznictwie dostrzega się, że pomiędzy deklaracją wykonawcy o zaangażowaniu podmiotów trzecich jako podwykonawców, a treścią zobowiązania, w tym opisem sposobu udostępnienia i wykorzystania udostępnionych zasobów zachodzi korelacja<sup>597</sup>.

To zaś oznacza, że choć, co do zasady, zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi dokument podlegający procedurze uzupełniającej, o której mowa w art. 128 ust. 1 u.p.z.p., to nie jest możliwe uzupełnienie tego dokumentu w sposób pozwalający na poszerzenie zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizację zamówienia w stosunku do tego, który został określony w formularzu ofertowym i pierwotnej treści zobowiązania. Takie działanie prowadziłoby do istotnej zmiany treści oferty, co z punktu widzenia przepisów jest niedopuszczalne<sup>598</sup>.

Składy orzekające KIO rozróżniają przy tym deklarację wykonawcy co do zakresu podwykonawstwa tzw. „zwykłego”, a „kwalifikowanego”, czyli podwykonawstwa realizowanego przez podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby. Aktualnie powszechnie akceptuje się pogląd, iż oświadczenie wykonawcy o zaangażowaniu podwykonawcy nieudostępniającego swojego potencjału ma wyłącznie charakter informacyjny<sup>599</sup>. Inaczej natomiast, jak wskazałam, traktuje się deklarację o udziale podwykonawcy kwalifikowanego – jest ona uznawana za istotny element oferty. Co istotne, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 stycznia 2024 r.<sup>600</sup> przyjęła jednak, że o ile zakres udziału podmiotu trzeciego w realizację zamówienia nie może być węższy niż zakres udostępnionego zasobu (gdyż nie gwarantuje on rzeczywistego dysponowania nim), o tyle nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykonawca zlecił podmiotowi trzeciemu do realizacji również inne prace wchodzące w zakres zamówienia (już na zasadzie zwykłego podwykonawstwa). Taki dodatkowy zakres świadczeń

---

<sup>595</sup> Wyrok KIO z dnia 15 lutego 2023 r., KIO 284/23, LEX nr 3505553

<sup>596</sup> Ibidem

<sup>597</sup> Wyrok KIO z dnia z dnia 15 lutego 2023 r., KIO 281/23, KIO 282/23, Legalis nr 2901808

<sup>598</sup> Ibidem

<sup>599</sup> H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo Zamówień Publicznych ...*, *op.cit.*, art. 462, teza nr 2.

<sup>600</sup> Wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2024 r., KIO 3909/23, nie publik.

powierzonych do wykonania podmiotowi trzeciemu nie podważa, zdaniem składu orzekającego, realności udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci<sup>601</sup>.

Z powyżej przedstawionych orzeczeń wynika, iż przepis art. 118 ust. 4 u.p.z.p. rodzi wiele trudności, zarówno po stronie wykonawców, jak i zamawiających. Jednocześnie, sytuację komplikuje fakt, iż aktualnie orzecznictwo dąży do ograniczania możliwości poprawiania lub uzupełniania treści zobowiązań.

Ostatnim, w mojej ocenie, mankamentem art. 118 ust. 4 u.p.z.p. jest brak uwzględnienia opisaney w poprzednim podrozdziale zasady, iż korzystanie z potencjału podmiotów trzecich jest dopuszczalne w „stosownych sytuacjach”. Biorąc pod uwagę tezę, jaka wypływa z treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, iż zamawiający jest uprawniony do dookreślenia tych „stosownych sytuacji” – w tym do ograniczenia lub nawet wyłączenia możliwości posługiwania się zasobem podmiotu trzeciego – za dopuszczalne należałoby również uznać przyznanie zamawiającemu możliwości doprecyzowania wymagań co do treści zobowiązania. Oczywistym jest, iż określenie obligatoryjnych elementów zobowiązania winno następować w ścisłym związku z brzmieniem warunków zamówienia, w szczególności przyjętych przez zamawiającego zasad korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Tylko w ten sposób bowiem zamawiający może wypełnić obowiązki wynikające z zasady przejrzystości, proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji.

#### **4.12. Posługiwanie się potencjałem nabytym w ramach konsorcjum**

##### **4.12.1. Bezpośredni udział w realizacji zamówienia**

Kwestią odrębną od łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jest problematyka posługiwania się przez jednego ze współkonsorcjantów doświadczeniem nabytym przez wykonawców realizujących zamówienie w ramach konsorcjum.

Jak zasygnalizowałam powyżej, możliwość pozyskania doświadczenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie może okazać się ograniczona, biorąc pod uwagę reguły wynikające z art. 117 ust. 3 i 4 u.p.z.p. Zgodnie bowiem ze wskazanymi przepisami, co do zasady, do realizacji zamówienia dopuszczeni powinni być wyłącznie ci z wykonawców, którzy wykazują się niezbędnym doświadczeniem. Przyjmując natomiast, iż realizacja zamówienia miałaby polegać na bezpośrednim wykonawstwie, przez które należałoby

---

<sup>601</sup> Ibidem



rozumieć fizyczną realizację prac (nie zaś na pośrednim udziale w postaci nadzoru lub koordynacji prac), wówczas konsorcjanci nieposiadający doświadczenia, nie mają możliwości realnego zaangażowania się w spełnianie świadczenia na rzecz zamawiającego. W konsekwencji, nie mają również szans na nabycie odpowiedniej wiedzy i praktycznej umiejętności jej zastosowania przy realizacji podobnych kontraktów i tym samym w przyszłych postępowaniach nie mogliby się powoływać na doświadczenie, którego *de facto* nie nabyli.

Z samej bowiem istoty potencjału, jakim jest doświadczenie, wynika, iż nie jest możliwe jego pozyskanie wyłącznie w wyniku przyjęcia określonej struktury podmiotowej na potrzeby wykonania danego zamówienia, w tym przypadku – konsorcjum. Na gruncie art. 117 ust. 3 u.p.z.p. prawodawca przyjął, iż doświadczenie jest zasobem o charakterze osobistym, ściśle przypisanym do danego wykonawcy, co prowadzi do wniosku, że sam fakt realizowania umowy w ramach konsorcjum, nie powoduje równomiernego transferu wiedzy i praktycznych umiejętności na wszystkich jego członków, niezależnie od ich stopnia zaangażowania w wykonanie zamówienia.

Odzwierciedlenie powyższej intencji ustawodawcy znajduje się w regulacjach u.p.z.p. oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie.

Przepisem odnoszącym się bezpośrednio do problematyki doświadczenia nabytego przez konsorcjum jest regulacja § 9 ust. 3 r.p.ś.d. Wskazany przepis określa treść wykazu robót budowlanych, dostaw lub usług składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie zdobyte w trakcie wykonywania zamówienia realizowanego w ramach konsorcjum. Zgodnie z tym przepisem, w takim przypadku, wykonawca w wykazie wskazuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, w których wykonaniu bezpośrednio uczestniczył.

Na gruncie d.p.z.p. oraz wydanych na jej podstawie aktów wykonawczych nie występowała analogiczna regulacja. Prawodawca krajowy zdecydował się na wprowadzenie §9 ust. 3 r.p.ś.d. w takim brzmieniu mając na uwadze wnioski TSUE wynikające z orzeczenia Esaprojekt<sup>602</sup>.

Jak bowiem wskazał TSUE, przepisy dyrektywy 2004/18/UE nie pozwalają, aby wykonawca, który samodzielnie bierze udział w postępowaniu i w tym celu posługuje się doświadczeniem zdobytym wraz z innymi wykonawcami, powoływał się na okoliczność wykonywania prac, w

---

<sup>602</sup> Uzasadnienie do projektu rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych z dnia 10.09.2020 r. dostępne pod adresem internetowym: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12338054/katalog/12717507#12717507> (dostęp: 27.08.2024 r.)

których faktycznie i konkretnie nie uczestniczył<sup>603</sup>. W związku z tym, zdolność wykonawcy polegającego na doświadczeniu konsorcjum, należy oceniać mając na uwadze konkretny zakres udziału tego wykonawcy w realizacji zamówienia, czyli jego faktyczny wkład w prowadzenie działań wymaganych od konsorcjum w ramach umowy zawartej z zamawiającym<sup>604</sup>.

Powyższy pogląd TSUE znalazł aprobatę w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która w swoich rozstrzygnięciach zwracała uwagę na konieczność rygorystycznej oceny doświadczenia nabytego przez wykonawców wspólnie realizujących zamówienie. W szczególności w pierwszych latach po wydaniu wyroku w sprawie Esaprojekt uwidoczniła się tendencja orzecznicza wskazująca na brak możliwości polegania przez pojedynczego wykonawcę na doświadczeniu nabytym przez konsorcjum, jeżeli „faktycznie i konkretnie” nie uczestniczył w realizacji wszystkich prac składających się na zamówienie<sup>605</sup>

W tym względzie, KIO zwracała uwagę, że sam fakt uczestnictwa danego wykonawcy w realizacji usługi nie może przesądzać o tym, iż zdobył on doświadczenie w zakresie i o wartości odpowiadającej wartości umowy<sup>606</sup>. W szczególności, zdaniem Izby, możliwość powoływania się przez jednego członka konsorcjum na doświadczenie zdobyte przez innego konsorcjanta w trakcie wykonywania wspólnego zamówienia, nie wynika z solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie<sup>607</sup>. Jak podkreśliła

---

<sup>603</sup> Sprawa C-387/14, ZOTSiS 2017, nr 5, poz. I-338, pkt 65

<sup>604</sup> Ibidem

<sup>605</sup> Wyrok KIO z 26.05.2017 r., KIO 905/17, KIO 925/17 i KIO 933/17, LEX nr 2313144: „Jeśli doświadczenie zostało nabyte w ramach konsorcjum to przekazaniu podlegają zasoby powstałe jedynie w granicach wykonania prac przez dany podmiot. Zasada równego traktowania wykonawców nie dopuszcza, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji (wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-131/14 Esaprojekt). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum”. Także wyrok KIO z 17.01.2018 r., KIO 33/18, LEX nr 2445259: „Jak wskazano w wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4.05.2017 r. sygn. C-387/14 art. 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art 48 ust 2 lit a) tej dyrektywy oraz zasadą równego traktowania wykonawców zapisaną w art 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji”.

<sup>606</sup> Wyrok KIO z dnia 6.02.2020 r., KIO 126/20, LEX nr 2911720. Podobny pogląd wyraziła KIO w wyroku z 8.03.2018 r., KIO 341/18, LEX nr 2505339: „(...) stanowisko znajduje swoje oparcie w judykaturze Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, w tym w wyroku w sprawie o sygn. akt C-387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), w którym to Trybunał orzekł, że (...) gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego.(...) Wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie poprzez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału”.

<sup>607</sup> Wyrok KIO z dnia 6.02.2020 r., KIO 126/20, LEX nr 2911720

KIO, nabycie przez wykonawcę doświadczenia jest możliwe w wyniku faktycznej realizacji zakresu zamówienia o określonej wartości, która odpowiada wymaganej w warunku udziału w postępowaniu zdolności technicznej i zawodowej. W związku z tym, wykonawca może wykazać się doświadczeniem w wykonaniu części zamówienia, w jakiej faktycznie uczestniczył<sup>608</sup>.

Uzasadniając wyrok z 6.02.2020 r., skład orzekający Izby zwrócił uwagę na fundamentalne znaczenie potencjału wykonawcy dla zapewnienia prawidłowego wykonania zamówienia. Wykonawca powinien dawać rękojmię należytej realizacji powierzonych zadań, co oznacza, iż wymaganym zasobem musi realnie, nie zaś formalnie dysponować. W przypadku doświadczenia wiąże się to z koniecznością faktycznej realizacji określonych działań, gdyż tylko w ten sposób wykonawca może nabyć praktyczne umiejętności. Zdaniem KIO, przyjęcie bardziej liberalnego sposobu oceny wiązałoby się z negatywnymi konsekwencjami, w szczególności usankcjonowaniem praktyki dopuszczającej fikcję w wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, która stwarzałaby możliwość udzielenia zamówienia wykonawcom niezdolnym do ich należytego wykonania<sup>609</sup>.

Podobne, ostrożnościowe stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 30.03.2021 r.<sup>610</sup>. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia stwierdzono, iż weryfikacja warunków udziału powinna następować nie tylko przy uwzględnieniu postanowień specyfikacji, ale przede wszystkim z uwzględnieniem stopnia rzeczywistej realizacji danego zamówienia przez poszczególnych konsorcjantów, jeżeli wykonawcy powołują się na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum. Zdaniem KIO, tylko taka ocena pozwala bowiem dokonać wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie umowy, gdyż wykazuje się on niezbędnym doświadczeniem nabytym przy wykonywaniu zadania o określonym rozmiarze i założeniach<sup>611</sup>.

---

<sup>608</sup> Ibidem

<sup>609</sup> Ibidem

<sup>610</sup> KIO 565/21, KIO 585/21, LEX nr 3180446

<sup>611</sup> Podobny pogląd Krajowa Izba Odwoławcza wyraziła w wyrokach: z 21.12.2018 r., KIO 2534/18, LEX nr 2623505: „W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, wydawanym już po ogłoszeniu wyroku ws. Esaprojekt, przyjmuje się, że doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum wymaga indywidualnej analizy konkretnego stanu faktycznego i badania realnego udziału w realizacji danego zadania każdego z członków konsorcjum. Wskazuje się także, że wykonawca nabywa doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem konsorcjum, lecz przez bezpośredni udział w realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązana jest cała grupa wykonawców. W sytuacji, gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, to doświadczenie tego wykonawcy należy ocenić w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, czyli jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane od tej grupy w ramach danego zamówienia publicznego (...). Izba uznała, że udział tego wykonawcy w realizacji ww. przedsięwzięcia, jak również wymaganego zakresu doświadczenia polegającego na wykonaniu robót kafarowych był realny i faktyczny (...)” oraz w wyroku KIO z 2.11.2017 r., KIO 2007/17 i KIO 2014/17, LEX nr 2406828: „Izba zgadza się w części ze stanowiskiem Odwołującego, który wskazywał na konieczność uwzględnienia w krajowym porządku prawnym orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej «TSUE» lub «Trybunał») w postaci wyroku z dnia 4 maja 2017

Dlatego też weryfikacja podmiotowa wykonawcy pod kątem spełniania warunku udziału dotyczącego doświadczenia, które zostało nabyte przez niego w ramach kontraktu realizowanego wspólnie z innymi wykonawcami wymaga szczególnej dbałości ze strony zamawiającego. Powyższe implikuje obowiązek dokonywania indywidualnej analizy doświadczenia nabytego przez wykonawcę, przy uwzględnieniu brzmienia warunku udziału w postępowaniu, konkretnych działań podejmowanych przez wykonawców w ramach konsorcjum oraz możliwość wyodrębnienia i dokonania podziału zadań pomiędzy wykonawcami wspólnie realizującymi zamówienie<sup>612</sup>.

Przed automatyzmem w przeprowadzaniu oceny doświadczenia nabytego w ramach konsorcjum przestrzegają również Izba w orzeczeniu z dn. 2.03.2021 r. podkreślając, iż o nabyciu doświadczenia przez wykonawcę nie świadczy sam fakt uczestnictwa w konsorcjum<sup>613</sup>.

#### **4.12.2. Wykładnia pojęcia „faktycznego” udziału**

Z wyroku TSUE w sprawie Esaprojekt oraz orzecznictwa KIO, należałoby wnioskować, iż doświadczenie wykazywane przez wykonawcę w postępowaniu, które nabył on w toku realizacji zamówienia wykonywanego w ramach konsorcjum, powinno być oceniane rygorystycznie, poprzez pryzmat jego rzeczywistego zaangażowania w zadania wchodzące w zakres świadczenia.

TSUE w tym względzie posługuje się takimi określeniami jak „faktyczny” i „konkretny” udział, które przy bliższej analizie mogą być rozumiane w zróżnicowany sposób.

Należy również zwrócić uwagę, iż Rzecznik Generalny w opinii wydanej w sprawie Esaprojekt, wypowiedział się w zasadzie tożsamo jak wskazano powyżej, kilkakrotnie podkreślając, iż kluczowe znaczenie dla oceny doświadczenia wykonawcy realizującego zamówienie w ramach konsorcjum ma konkretna rola, jaką on pełnił<sup>614</sup>.

---

*r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 (sprawa Esaprojekt źródło: ECLI:EU:C:2017:338) (...). Nie ulega także wątpliwości, że orzeczenie to zmienia podejście do kwestii oceny indywidualnego doświadczenia zdobytego przy wspólnej realizacji zamówień przez kilku wykonawców nakazując podmiotom zamawiającym merytoryczną ocenę zakresu czynności wykonywanych przez poszczególnych wykonawców i odejście od jedynie formalnej oceny składanych dokumentów. Z tego też powodu Izba w niniejszym składzie, kierując się wytycznymi ujętymi w tezach 62 –64 wskazanego wyżej wyroku TSUE, uznała, że w takich okolicznościach Zamawiający powinien poddać badaniu i ustalić realny udział Przystępującego przy realizacji tego zamówienia”.*

<sup>612</sup> KIO 565/21, KIO 585/21, LEX nr 3180446

<sup>613</sup> KIO 344/21, Legalis nr 2649439

<sup>614</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości...*op.cit.*

Konkluzją opinii Rzecznika Generalnego było stwierdzenie, że dokładna rola konkretnego uczestnika konsorcjum w realizacji poprzedniego zamówienia oraz ocena, czy odpowiada ona wymogom doświadczenia w kolejnym postępowaniu jest zagadnieniem stanu faktycznego, którego ustalenie należy do sądu krajowego, a wcześniej instytucji zamawiającej<sup>615</sup>.

Stąd też przy dokonywaniu oceny, czy dany podmiot, występujący samodzielnie, posiada doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum we wskazanym przez siebie zakresie, nie można przyjąć *a priori* założenia, iż skoro rzeczywisty i bezpośredni udział, wynikający z podziału ról w konsorcjum obejmował określony zakres, to tylko w tym względzie dany podmiot nabył doświadczenie. Ściśle określony zakres zamówienia zrealizowany przez tego wykonawcę mógł być bowiem bardzo istotną częścią wykonania poprzedniej umowy, wymagającą bliskiej współpracy z pozostałymi konsorcjantami, czy też podwykonawcami, w określonym ciągu technologicznym, wymagającym odpowiedniej wiedzy i zdolności organizacyjnych. W konsekwencji, w takim przypadku, w mojej ocenie, można by było uznać, że poprzez tę bliską współpracę, polegającą również na koordynacji działań z całą grupą wykonawców, dany podmiot zdobył na przyszłość doświadczenie wykraczające poza ten ścisły zakres prac. Rzecz wydaje się już zupełnie oczywista przy w miarę jednorodnych robotach budowlanych, np. ciągu drogi, czy inwestycji kubaturowej, realizowanych wspólnie przez konsorcjantów. Badanie wówczas konkretnego zakresu prac poszczególnych wykonawców nie wydaje się zasadne i uznać należy, iż wszyscy, wspólnie realizujący umowę konsorcjanci, nabyli doświadczenie w zakresie pełnego jej przedmiotu. Inaczej byłoby, gdyby w sytuacji faktycznej danego postępowania wystąpiły ewidentne okoliczności, przykładowo jeden z wykonawców realizuje ściśle określone prace w zakresie instalacji (np. sanitarnych, bądź sieci elektrycznych), podczas gdy jego konsorcjant wykonuje roboty budowlane oraz nadzoruje cały proces budowy obiektu. W takiej sytuacji trudno byłoby uznać, iż wyspecjalizowany wykonawca, wykonujący jedynie specyficzne prace instalacyjne, zdobył doświadczenie w realizacji całości robót budowlanych dla obiektu kubaturowego. Tak samo należałoby potraktować przypadek, w którym jeden z członków konsorcjum odpowiada za wybudowanie drogi, zaś drugi, po jej wybudowaniu, wyłącznie maluje na niej pasy i wykonuje inne oznakowania oraz montuje barierki przy przejściu dla pieszych. Wówczas ów malujący pasy, niezaangażowany w żaden sposób na etapie robót budowlanych *sensu stricto*, w mojej ocenie, nie nabyłby doświadczenia w budowie, mimo iż zgodnie z regulacją art. 445 u.p.z.p. ponosił solidarną odpowiedzialność za realizację całego kontraktu.

---

<sup>615</sup> Ibidem

Powyższe przykłady obrazują określone oczywiste sytuacje, w których w stosunkowo prosty sposób można dokonać rozgraniczenia udziału poszczególnych wykonawców we wspólnej realizacji zamówienia. W wielu jednak przypadkach, takie wydzielenie konkretnych działań może nastęrczać dużo trudności. Przyjęcie zawężającego sposobu oceny dotychczasowego doświadczenia uczestników konsorcjum, w sposób wynikający z brzmienia regulacji §9 ust. 3 r.p.ś.d., prowadzi będzie natomiast do wypaczenia celów, dla których grupy wykonawców uczestniczą w postępowaniach i doprowadzi do sytuacji „zamykania się” rynku zamówień publicznych. Nigdy bowiem wykonawca nie posiadający wystarczającego doświadczenia takiego nie zdobędzie, skoro jako konsorcjant nie będzie mógł być dopuszczony do realizacji określonych zadań, z uwagi na art. 117 ust. 4 u.p.z.p. Tymczasem jednym z celów nowej ustawy (a w pierwszym kroku – unijnej dyrektywy) miało być odformalizowanie procedur, zmierzające do zwiększenia konkurencyjności.

Z tego też powodu w pełni podzielam pogląd wyrażony przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 15 października 2019 r.<sup>616</sup>, który uznał, że doświadczenie wykonawca może zdobyć nie tylko drodze faktycznego wykonywania własnych działań, ale również w drodze aktywnej współpracy ze współkonsorcjantami lub podwykonawcami, wymiany doświadczeń, obserwacji działań innych, czerpaniu wiedzy oraz nabywania nowych umiejętności w ramach takiej współpracy<sup>617</sup>.

Na zwrócenie uwagi zasługuje fakt, że wskazane stanowisko Sądu Okręgowego częściowo koresponduje z poglądami wypracowanymi w orzecznictwie jeszcze przed wydaniem orzeczenia Esaprojekt, kiedy to na doświadczenie nabyte w ramach konsorcjum patrzono bardziej liberalnie. Przy czym, w tamtym okresie zwracano uwagę na możliwość powoływania się na doświadczenie w realizacji zamówienia wykonywanego wspólnie z innymi wykonawcami, głównie ze względu na solidarną odpowiedzialność konsorcjantów. Przyjmowano bowiem wówczas, że wykonawca z racji ciężącej na nim odpowiedzialności solidarnej w pełni angażuje się w proces wykonywania zamówienia, co w konsekwencji powoduje, iż nabywa on odpowiednią wiedzę i doświadczenie w realizacji całości prac<sup>618</sup>.

Nie ulega wątpliwości, iż wnioski, jakie wyciągnęła Izba, są dosyć uproszczone. Oczywiście, świadomość występowania odpowiedzialności solidarnej za wykonanie całości zamówienia, motywuje każdego z wykonawców nie tylko do należytej realizacji przypisanych im działań,

---

<sup>616</sup> Sygn. akt: XXIII Ga 157/19, Legalis nr 2282998

<sup>617</sup> Ibidem

<sup>618</sup> Wyrok KIO z 12.03.2015 r., KIO 375/15, LEX nr 1666926

ale również kontrolowania stanu prac, wykonywanych przez współkonsorcjanta. Niemniej, sama kontrola oraz posiadanie aktualnej wiedzy na temat procesu wykonywania zamówienia nie mogą być uznane za wystarczające do nabycia kompleksowego doświadczenia – zwłaszcza jeżeli ta wiedza ogranicza się wyłącznie do kwestii organizacyjnych związanych z realizacją kontraktu.

W odróżnieniu od stanowiska Izby, Sąd Okręgowy w Warszawie w analizowanym powyżej wyroku zwrócił uwagę na inny aspekt związany ze wspólną realizacją zamówienia przez grupę wykonawców, a mianowicie występujący wówczas transfer wiedzy, umożliwiający pozyskanie niezbędnych umiejętności.

W konsekwencji, wykształciła się w działalności KIO tendencja orzecznicza wskazująca na możliwość nabycia doświadczenia także w inny sposób, niż ściśle rozumiana, „fizyczna” realizacja określonych zadań wchodzących w zakres zamówienia. Powyższe wiązało się z koniecznością zmiany dotychczasowego rozumienia pojęcia „*faktycznego i konkretnego*” udziału w realizacji zamówienia.

Ta odmienna, bardziej elastyczna wykładnia miała swoje źródło w orzecznictwie TSUE. Poglądy Trybunału były między innymi przedmiotem analizy składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej w wyroku z 18 września 2017 roku<sup>619</sup>.

Izba przypomniała stanowisko TSUE zajęte w wyroku z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji<sup>620</sup>, w którym stwierdzono, iż dla przyjęcia, że wykonawca pozyskał doświadczenie całego konsorcjum, konieczne jest, aby czynnie brał udział w zarządzaniu sprawami grupy wykonawców.

Ze wskazanego zapatrywania, skład orzekający KIO wywiódł tezę, iż TSUE dostrzegł możliwość pozyskania doświadczenia w drodze zarządzania lub administrowania określonymi zadaniami – tak bowiem, zdaniem Izby, należy rozumieć użyte przez TSUE sformułowanie „*czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum*”<sup>621</sup>.

Z powyższego orzeczenia wynika zatem, iż za faktyczne zaangażowanie w realizację zamówienia można uznać również udział w wykonywaniu umowy polegający na zarządzaniu, czy też administrowaniu pracami podejmowanymi w ramach przedsięwzięcia.

---

<sup>619</sup> KIO 1854/17, Legalis nr 1696530

<sup>620</sup> C-399/05, Dz.U.U.E.C.2007/211/5

<sup>621</sup> KIO 1854/17, Legalis nr 1696530

Pogląd ten jest o tyle uzasadniony, że odzwierciedla przyjętą powszechnie koncepcję nabywania doświadczenia przez wykonawcę odrębnie od doświadczenia zatrudnianego przez niego personelu. W obrocie doświadczenie wykonawcy jako przedsiębiorstwa rozumie się bowiem jako doświadczenie w zarządzaniu jego sprawami<sup>622</sup>.

Nie ma natomiast przeszkód, aby powyższą koncepcję zastosować *per analogiam* względem doświadczenia nabywanego przez konsorcjanta administrującego całym kontraktem.

W konsekwencji, zaprezentowane w cytowanych wyrokach poglądy Izby, poparte stwierdzeniami Trybunału poszerzałyby zatem znacznie pojęcie „bezpośredniego udziału” wykonawcy w wykonaniu zamówienia. Nie zawsze zatem wykonanie ściśle określonego zakresu prac świadczyłoby o nabytym przez wykonawcę doświadczeniu.

Wymaga podkreślenia, iż powyższe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej nie jest odosobnione.

Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z 21 grudnia 2018 roku<sup>623</sup>, także nawiązując do orzecznictwa TSUE i wskazując na czynny udział w zarządzaniu sprawami konsorcjum jako warunek uznania możliwości powoływania się na doświadczenie zdobyte przez całe konsorcjum<sup>624</sup>.

Bardziej wnikliwie tę kwestię przeanalizował skład orzekający KIO w wyroku z dn. 11.06.2021 r.<sup>625</sup>. Przede wszystkim, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że umiejętności wykonawcy powinny być rozpatrywane nie tylko w odniesieniu do ściśle zrealizowanych przez niego działań, ale również w kontekście jego zaangażowania w koordynację i odpowiedzialność za całość robót. Nie bez znaczenia w rozpatrywanej sprawie, zdaniem Izby, był również fakt, iż wykonawca realizował prace, które służyły posadowieniu konstrukcji mostu oraz prace wykończeniowe, o wartości większej i wyższym stopniu skomplikowania niż zadania wykonywane przez konsorcjanta. W konsekwencji, ze względu na charakter tych prac oraz ich fundamentalne znaczenie dla całego przedsięwzięcia, KIO uznała, iż możliwe jest przyjęcie, że wykonawca nabył doświadczenie w budowie obiektu mostowego, a zatem całości inwestycji<sup>626</sup>.

---

<sup>622</sup> A. Sołtysińska [w:] H. Talago-Sławoj, A. Sołtysińska, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE ... op.cit.*, art. 58 dyrektywy 2014/24/UE, teza nr 11.

<sup>623</sup> KIO 2534/18, Legalis nr 1888614

<sup>624</sup> Ibidem

<sup>625</sup> KIO 1347/21, Legalis nr 2624582

<sup>626</sup> Ibidem



Z kolei w wyroku z 2 listopada 2017 roku<sup>627</sup>, Izba zwróciła uwagę na inny aspekt działań realizowanych przez jednego z konsorcjantów, tj. działanie w imieniu całej grupy wykonawców oraz podejmowanie decyzji w toku realizacji zamówienia. W ocenie składu orzekającego, decyzje – rozumiane jako wyrażenie woli odnośnie podjęcia danego działania – wyrażone w dokumencie, podejmowane są przez osoby, które go sporządziły, nie zaś te, które wyłącznie pod tym dokumentem się podpisały. Z tego też powodu, KIO uznała, że wkład konsorcjanta, który aktywnie uczestniczył w podejmowaniu decyzji w ramach wewnętrznych ustaleń dokonywanych pomiędzy członkami konsorcjum, był faktyczny i wystarczający do nabycia doświadczenia w wykonaniu zamówienia<sup>628</sup>. Należy przy tym podkreślić, że w tej sprawie Izba zezwoliła na powołanie się na całość doświadczenia przez podmiot, który bezpośrednio (fizycznie) wykonał prace o wartości zaledwie 0,54% wartości całego kontraktu, przyznając jednak decydujące znaczenie faktycznemu i konkretnemu zaangażowaniu tego podmiotu w proces decyzyjny<sup>629</sup>.

O tym, że wykonawca może powoływać się na całość doświadczenia zdobytego przez konsorcjum, pomimo, iż z przyjętego podziału zadań wynikał mniejszy zakres jego zaangażowania, przesądziła Izba w wyroku z dnia 22.02.2021 r.<sup>630</sup>. W rozstrzygnięciu, KIO jednak kierowała się przede wszystkim specyfiką przedmiotu zamówienia wykonanego przez konsorcjum, a na którą to realizację powoływał się wykonawca samodzielnie uczestniczący w postępowaniu. W ocenie składu orzekającego nie bez znaczenia miał bowiem fakt, iż konsorcjum opracowało dokumentację projektową, przy czym każdy z konsorcjantów delegował do pracy po jednym z projektantów. Wszyscy projektanci tworzyli zespół projektowy, który wspólnie opracowywał dokumentację w zakresie wszystkich branż. Analizując sposób spełniania świadczenia, Izba doszła do wniosku, iż skoro wykonawca pełnił funkcję lidera konsorcjum, a jego projektanci brali udział w wykonaniu projektów branżowych, to nabył on doświadczenie w realizacji całego zamówienia. Zdaniem składu orzekającego rozstrzygający był fakt, iż wykonawca ten uczestniczył w przygotowaniu wszystkich projektów, a jednocześnie trudno byłoby dokonać wyodrębnienia wykonywanych przez niego fizycznie działań z całości świadczenia<sup>631</sup>.

---

<sup>627</sup> KIO 2007/17, KIO 2014/17, Legalis nr 1712998

<sup>628</sup> Ibidem

<sup>629</sup> Ibidem

<sup>630</sup> KIO 137/21, KIO 154/21, Legalis nr 2560410

<sup>631</sup> Ibidem

### 4.12.3. Indywidualna ocena ad casum

Warto zatem – dokonując poszczególnych ocen i weryfikacji – każdorazowo pamiętać jak do problemu powoływania się na uprzednio zdobyte w ramach grupy wykonawców doświadczenie odniósł się Rzecznik Generalny Michał Bobek, który wydając opinię do sprawy Esaprojekt, stwierdził, że ostateczne ustalenie roli, jaką wykonywał każdy z konsorcjantów przy realizacji zamówienia, uzależnione jest od okoliczności występujących na gruncie danego stanu faktycznego<sup>632</sup>.

Podsumowując, zdaniem Rzecznika, ocena doświadczenia wykonawcy zdobytego podczas realizacji zamówienia w ramach konsorcjum, wymaga zindywidualizowanej analizy pod kątem pełnionej przez tego wykonawcę roli w toku wykonywania przeszłej umowy, z uwzględnieniem treści warunku udziału w postępowaniu oraz charakteru zamówienia, które ma być realizowane. Jeżeli stopień i charakter zaangażowania w poprzedni kontrakt wskazuje na to, iż wykonawca mógł nabrać niezbędnych umiejętności, gwarantujących należyte wykonanie zamówienia, wówczas doświadczenie to powinno być uznane za wystarczające. Tym samym, zamawiający powinni wystrzegać się automatyzmu przy dokonywaniu oceny doświadczenia prezentowanego przez wykonawcę, które zostało nabyte w ramach wspólnej realizacji zamówienia z innymi wykonawcami.

Stanowisko Rzecznika Generalnego zaprezentowane w opinii dotyczącej sprawy Esaprojekt znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej.

W wyroku z dnia 22.03.2021 r.<sup>633</sup>, Izba stwierdziła, że każdorazowo ocena spełniania warunków udziału przez konsorcjum rozumiane jako całość oraz przez jego poszczególnych członków wymaga indywidualnej analizy zamawiającego. W ramach tej oceny, zamawiający powinien brać pod uwagę brzmienie warunku udziału w postępowaniu oraz konkretne działania, które podejmowali poszczególni wykonawcy w toku realizacji zamówienia. Ponadto, zamawiający powinien ustalić, na ile możliwe jest wyodrębnienie zadań realizowanych przez współkonsorcjantów<sup>634</sup>.

Podkreślenia przy tym wymaga, że obowiązek przeprowadzenia indywidualnej analizy, czy doświadczenie nabyte przez wykonawcę w ramach konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu, spoczywa z mocy ustawy na zamawiającym. Nie jest zatem konieczne, aby zamawiający określał jakieś szczególne zasady spełniania warunków udziału w postępowaniu,

---

<sup>632</sup> Opinia Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości...*op.cit.*

<sup>633</sup> KIO 392/21, Legalis nr 2648636

<sup>634</sup> Ibidem

aby taką indywidualną ocenę przeprowadzać. Na powyższe zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30.03.2021 r., stwierdzając, że zamawiający nie mają obowiązku informowania wykonawców o tym, jaka jest przyjmowana linia orzecznicza względem przepisów ustawy<sup>635</sup>. Oczywiście, nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający sformułował w dokumentach zamówienia stosowne pouczenie co do sposobu oceny warunków udziału. Jednak w świetle poglądu KIO, to na wykonawcach ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału zgodnie z wymaganiami zamawiającego i obowiązującymi przepisami.

Wniosek wypływający z powyższego wyroku jest tym bardziej aktualny, biorąc pod uwagę zmianę stanu prawnego, jaki nastąpił po wejściu w życie u.p.z.p., w tym pojawienie się regulacji §9 ust. 3 r.p.ś.d. Tym samym, wykonawcy wiedzę o sposobie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu czerpią nie tylko z linii orzeczniczej, ale również z treści przepisu.

Obowiązek indywidualnej oceny oznacza również konieczność rzetelnego zbadania przez zamawiającego wszystkich okoliczności istotnych dla ustalenia, czy wykonawca realnie dysponuje doświadczeniem nabytym w toku realizacji umowy wykonywanej w ramach konsorcjum. Tym samym, zamawiający powinien wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane z realizacją zamówienia przez konsorcjum, w którym wykonawca uczestniczył. W tym względzie, zamawiający ma możliwość skorzystania z narzędzi przewidzianych w u.p.z.p., w szczególności wezwania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 4 u.p.z.p.). W uchwale KIO z dnia 6.05.2019 r., przyjęto, iż zamawiający był wręcz zobowiązany – pomimo względnie fakultatywnego charakteru przepisu art. 128 ust. 4 u.p.z.p. – do wyjaśnienia zakresu robót realizowanych przez wykonawcę<sup>636</sup>. W ocenie składu orzekającego, procedura wyjaśniania podmiotowych środków dowodowych, przewidziana w art. 128 ust. 4 u.p.z.p. traci swój fakultatywny charakter w sytuacji, w której dokumenty złożone przez wykonawcę nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu<sup>637</sup>.

Tym samym, w przypadku wystąpienia wątpliwości odnośnie doświadczenia wykonawcy nabytego w ramach konsorcjum, zamawiający jest zobowiązany do skorzystania ze wszystkich dostępnych w ustawie narzędzi umożliwiających ich wyjaśnienie. Powyższe wpisuje się we wskazany powyżej obowiązek zamawiającego do rzetelnego zbadania spełnienia warunków

---

<sup>635</sup> KIO 565/21, KIO 585/21, Legalis nr 2580862

<sup>636</sup> KIO/KD 33/19, LEX nr 2676496

<sup>637</sup> Ibidem

udziału w postępowaniu. Dopełnienie tego obowiązku jest istotne nie tylko z punktu widzenia interesów wykonawcy, ale również samego zamawiającego. Brak pewności co do wyników weryfikacji podmiotowej uniemożliwia wybór oferty wykonawcy, a jednocześnie stoi na przeszkodzie do jej odrzucenia. Zgodnie bowiem z zasadą proporcjonalności, zamawiający nie może stosować sankcji wobec wykonawcy, jeżeli nie jest przekonany ponad wszelką wątpliwość co do wystąpienia uchybienia (w tym przypadku braku spełnienia warunków udziału)<sup>638</sup>.

Powyższe obowiązki zamawiającego nie zmieniają jednak faktu, iż to na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Ocena, czy wykazane doświadczenie (nabyte w ramach konsorcjum) można uznać za wystarczające, w dużej mierze zależeć będzie od tego, w jaki sposób zostało ono udokumentowane przez wykonawcę.

Co do zasady, spełnienie warunków udziału w postępowaniu potwierdzone jest za pomocą ściśle określonych w ustawie oraz przepisach r.p.ś.d. środków dowodowych, tj. stosownego wykazu (robót budowlanych, dostaw, usług) oraz dowodów potwierdzających ich należyte wykonanie (mających najczęściej postać referencji, rzadziej protokołów odbioru lub, w wyjątkowych przypadkach, oświadczeń własnych wykonawcy). Zamawiający, w świetle przepisów u.p.z.p., może żądać od wykonawcy wyłącznie tych podmiotowych środków dowodowych, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, co sprowadza się do zakazu oczekiwania złożenia innych dokumentów niż zostały określone w przepisach u.p.z.p. oraz r.p.ś.d. (z nielicznymi wyjątkami, np. w zamówieniach sektorowych)<sup>639</sup>.

Powyższe powoduje, że możliwości dokonywania przez zamawiającego weryfikacji podmiotowej wykonawców powołujących się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum są dosyć ograniczone. Zamawiający może zatem *de facto* bazować przede wszystkim na oświadczeniach wykonawcy zawartych w odpowiednich wykazach, bądź jego ewentualnych wyjaśnieniach udzielonych w odpowiedzi na wezwanie. Nie da się jednak ukryć, że oświadczenia wykonawcy, nawet jeżeli stanowią środek dowodowy w rozumieniu przepisów u.p.z.p., są mniej wiarygodne niż dokumenty sporządzone przez podmiot od niego niezależny, gdyż wykonawca jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia. Tymczasem jedynym, niezależnym od wykonawcy źródłem wiedzy na temat jego doświadczenia są dowody mające potwierdzać ich należyte wykonanie, czyli referencje. Warto jednak zwrócić uwagę, że

---

<sup>638</sup> Tak m.in. w wyroku KIO z dnia 13.05.2021 r., KIO 934/21, LEX nr 3215277

<sup>639</sup> Tak m.in. w uchwale KIO z dnia 24 listopada 2017 r., KIO/KU 63/17, LEX nr 2463855; uchwale KIO z dnia 29 listopada 2017 r., KIO/KD 65/17, LEX nr 2463856

przepisy r.p.ś.d. ściśle określają funkcję, jaką pełnią referencje, wskazując, iż są to dowody potwierdzające należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług<sup>640</sup>. W oparciu o przepisy r.p.ś.d. w tym zakresie (również obowiązujące w poprzednim reżimie prawnym, gdyż regulacje w tej kwestii nie zmieniły się zasadniczo) wykształciła się jednolita linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, precyzująca, że dokument referencji nie służy potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ale wyłącznie potwierdzeniu, że dana usługa/robota budowlana/dostawa została zrealizowana należycie<sup>641</sup>.

Stąd też wywodzi się ogólny wniosek, iż zamawiający nie może odrzucić oferty wykonawcy tylko dlatego, że treść referencji nie zawiera wszystkich informacji dotyczących zakresu i charakteru zrealizowanych przez wykonawcę świadczeń. Powyższe wynika m.in. z faktu, iż referencje stanowią dokument pochodzący od podmiotu trzeciego, niezaangażowanego w udział w postępowaniu i zazwyczaj są sporządzane po zrealizowaniu (lub jeszcze w trakcie) umowy. W związku z tym, nie można wymagać, aby autor referencji był w stanie opracować dokument w taki sposób, aby jego treść odpowiadała brzmieniu warunków udziału w przyszłych postępowaniach, w jakich wykonawca planuje wziąć udział. Stąd też, szczegółowe informacje na temat roboty budowlanej, usługi lub dostawy, pozwalające na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinny wynikać z wykazu, czyli stosownego oświadczenia wykonawcy przygotowywanego w ramach danej procedury. Referencje natomiast mają jedynie potwierdzać, iż umowa została zrealizowana przez wykonawcę należycie.

Oczywiście, ściśle określona funkcja referencji, protokołów lub innych dowodów dołączonych do wykazu nie wyklucza konieczności dokonania przez zamawiającego wnikliwej weryfikacji podmiotowych środków dowodowych. W sytuacji, gdy treść wykazu i referencji jest rozbieżna co do cech i zakresu wymaganego od wykonawcy doświadczenia w ramach warunku udziału w postępowaniu, uzasadnione jest zastosowanie przez zamawiającego stosownej procedury – czy to wyjaśniającej z art. 128 ust. 4 u.p.z.p., czy uzupełniającej z art. 128 ust. 1 u.p.z.p. (w zależności od charakteru występujących rozbieżności). Podkreślenia jednak wymaga, że zasadniczo, ze względu na ściśle określoną funkcję wykazów oraz referencji lub innych dowodów, zamawiający w toku procedury wyjaśniającej lub uzupełniającej powinien dążyć przede wszystkim do tego, aby informacje na temat zrealizowanych przez wykonawcę robót

---

<sup>640</sup> §9 ust. 1 pkt 1 i 2 r.p.ś.d.

<sup>641</sup> Wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2020 r., KIO 773/20, Legalis nr 2423139

budowlanych, dostaw lub usług zostały ujęte w stosownym wykazie lub zostały potwierdzone wyjaśnieniami pochodzącymi od wykonawcy.

Powyższe ograniczenia dowodowe wynikające z przepisów r.p.ś.d. mają zastosowanie również do kwestii związanej z udokumentowaniem doświadczenia zdobytego w ramach konsorcjum. Innymi słowy, informacja o faktycznym udziale wykonawcy w realizacji umowy wykonywanej przez konsorcjum, powinna wynikać z wykazu, nie zaś referencji lub innego dowodu potwierdzającego należyte wykonanie. Zamawiający nie może uznać warunku udziału za niespełniony tylko z tego względu, iż z referencji wynika fakt wspólnego realizowania, zaś w wykazie okoliczność ta nie została w ogóle odnotowana. Patrząc literalnie na treść §9 ust. 3 r.p.ś.d. zamawiający w takim przypadku powinien zasadniczo dać wiarę oświadczeniom wykonawcy złożonym w wykazie, gdyż z treści tego przepisu wynika, iż w przypadku uprzednio wspólnej realizacji kontraktu, wykaz powinien dotyczyć tylko tych robót budowlanych, usług lub dostaw, w których realizacji wykonawca bezpośrednio uczestniczył. *De facto* zatem wykonawca wpisując do wykazu stosowne doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, niejako „z automatu” deklaruje, iż zostało ono zdobyte w drodze bezpośredniej realizacji danej części zamówienia.

Niemniej, wydaje się, że w powyżej opisanej przykładowej sytuacji nic nie stoi na przeszkodzie, aby zamawiający skorzystał z procedury wyjaśniającej i dodatkowo potwierdził u wykonawcy rzeczywisty zakres jego udziału w realizacji umowy i tym samym zdobytego doświadczenia. Takie ostrożnościowe działanie wypełnia wymóg dochowania należytej staranności przez zamawiającego. Zastosowanie art. 128 ust. 4 u.p.z.p. będzie również usprawiedliwione w sytuacji, gdy zakres zrealizowanych robót budowlanych, dostaw lub usług wskazany w wykazie jest inny niż w załączonych referencjach bądź w przypadku każdej innej rozbieżności.

Jak jednak wskazano powyżej, wszystkie możliwości, z jakich zamawiający może w tym zakresie skorzystać opierają się przede wszystkim na pozyskiwaniu szczegółowych informacji od wykonawcy – czy to podanych w odpowiednich wykazach, czy też w drodze wyjaśnień. To zaś implikuje wniosek, że oświadczenia te nie zawsze muszą być wiarygodne, skoro ich autorem jest podmiot żywo zainteresowany pozyskaniem zamówienia.

Prawodawca przewidział zatem w art. 128 ust. 5 u.p.z.p. dodatkowe narzędzie dla zamawiających, w przypadku, gdy złożone przez wykonawcę podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości. W oparciu o ten przepis, zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do

podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, z prośbą o ich przedstawienie. Zatem w sytuacji, w której zamawiający poweźmie wątpliwości co do rzeczywistego udziału wykonawcy w realizacji umowy wykonywanej w ramach konsorcjum, oprócz zastosowania procedury wyjaśniającej z art. 128 ust. 1 u.p.z.p., zamawiający może sięgnąć również po wyżej wspomniany środek w celu pozyskania obiektywnych źródeł wiedzy na temat doświadczenia wykonawcy.

Skoro zamawiający, jak wskazano powyżej, operuje skromnymi możliwościami w zakresie oczekiwania od wykonawcy dowodów potwierdzających jego rzeczywisty udział we wspólnej realizacji poprzedniego zamówienia, pojawia się pytanie, czy w takim razie to na wykonawcy nie powinien spoczywać ciężar dowodowy wykazania, iż posiada wymagane doświadczenie?

Taki pogląd podzieliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22.03.2021 r.<sup>642</sup>, wskazując na konieczność dochowania należytej staranności przez wykonawcę i przedstawienia w toku postępowania materiału dowodowego, potwierdzającego jego faktyczny udział w umowie wykonywanej w ramach konsorcjum. W tym zakresie, KIO zwróciła uwagę na możliwość złożenia oprócz wymaganych wykazów, referencji lub dodatkowych wyjaśnień, także umów konsorcjum, faktur, dokumentów potwierdzających wewnętrzne ustalenia pomiędzy konsorcjantami<sup>643</sup>. W ocenie składu orzekającego, to właśnie przedstawiony przez wykonawcę materiał dowodowy jest kluczowy dla ustalenia, czy może on, jako członek konsorcjum realizującego przeszłą umowę, powołać się na zdobyte w tym zakresie doświadczenie<sup>644</sup>. Podobne, prawie, że tożsame stanowisko przyjęła KIO w wyroku z dnia 30.03.2021 r.<sup>645</sup>.

Z wyżej przedstawionych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej wypływa zatem, co do zasady, słuszny wniosek, że wykonawca, aby mógł powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, winien dopełnić obowiązku w zakresie wykazania, iż zasób ten rzeczywiście posiada. W tym celu, powinien złożyć odpowiednie dowody, od których treści zależeć będzie uznanie, czy warunek został przez wykonawcę spełniony, czy też nie. Oba składy orzekające Izby poszły jednak o krok dalej, wskazując na szerszy katalog dowodów niż wynika to z r.p.ś.d., sugerując, że to w interesie wykonawcy powołującego się na wspólnie zdobyte doświadczenie pozostaje prawidłowe udokumentowanie posiadanych zdolności.

---

<sup>642</sup> KIO 392/21, LEX nr 3165940

<sup>643</sup> Ibidem

<sup>644</sup> Ibidem

<sup>645</sup> KIO 565/21, KIO 585/21, LEX nr 3180446

Osobiście uważam, że choć nie można w pewnym stopniu odmówić słuszności intencji składów orzekających KIO, to jednak twierdzenia zawarte w przywołanych orzeczeniach nie znajdują potwierdzenia w przepisach u.p.z.p., r.p.ś.d., a nawet naczelnych zasadach udzielania zamówień publicznych.

Nie ulega wątpliwości, że funkcjonujące na gruncie wskazanym powyżej aktów normatywnych zasady oceny wykazów oraz dowodów potwierdzających należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług mogą stwarzać pole do nadużyć ze strony nieuczciwych wykonawców. Nie jest wykluczone, że niektórzy z wykonawców mogą skorzystać z faktu, iż referencje są badane wyłącznie w wąskim zakresie i mogą deklarować doświadczenie w realizacji prac, w których bezpośrednio nie uczestniczyli. W takiej sytuacji, istotnym dla zamawiającego ułatwieniem jest przyjęcie założenia, iż należyta staranność zobowiązuje wykonawcę powołującego się na doświadczenie pozyskane w ramach konsorcjum do złożenia innych niż wykaz lub referencje dowodów, potwierdzających rzeczywisty udział w wykonanej w przeszłości umowie.

Z drugiej jednak strony, zauważyć należy, że możliwość występowania nadużyć w zakresie informowania o swoich zdolnościach nie dotyczy wyłącznie wykonawców powołujących się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum; równie dobrze wprowadzać w błąd zamawiającego mogą także wykonawcy wskazujący na zdolności pozyskane samodzielnie.

Stąd też z samej możliwości występowania negatywnych zachowań ze strony nieuczciwych wykonawców nie można wywodzić konieczności składania przez uczestników postępowania dodatkowych dowodów, niewynikających z przepisów ustawy lub aktów wykonawczych.

Prawodawca krajowy założył, iż zarówno wykonawcy powołujący się na doświadczenie pozyskane samodzielnie, jak i zdobyte wspólnie w ramach konsorcjum, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu składają wykaz oraz dowód potwierdzający należyte wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług. W przypadku doświadczenia pozyskanego w drodze wspólnej realizacji zamówienia prawodawca doprecyzował jedynie, co w wykazie powinno być wskazane przez wykonawcę.

Konstrukcja przyjęta przez prawodawcę jest w tym zakresie trafna – wszyscy wykonawcy, niezależnie od tego, w jaki sposób uzyskali swoje doświadczenie, mają takie same obowiązki dowodowe. Tym samym, samodzielna, czy też wspólna realizacja zamówienia nie prowadzi do różnicowania sytuacji. Podejście ustawodawcy w tym kontekście stanowi więc emanację zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Jak bowiem



sygnalizowałam już powyżej, intencją zarówno prawodawcy unijnego, jak i krajowego, jest możliwie jak najszersze otwarcie rynku na zamówienia publiczne, a jednym z podstawowych w tym zakresie narzędzi jest właśnie dopuszczenie grup wykonawców (konsorcjów) do wspólnego udziału w postępowaniach oraz wspólnej realizacji zamówień.

Z tego też względu, wymaganie, aby wykonawca powołujący się na doświadczenie zdobyte w ramach konsorcjum, wypełniał nieprzewidziane w przepisach ustawy lub aktów wykonawczych obowiązki dowodowe, jawi się jako naruszenie powyższych zasad.

Nie jest w tym zakresie żadnym uzasadnieniem konieczność zapewnienia zamawiającemu możliwości dokonania wnikliwej weryfikacji spełnienia warunków udziału przez wykonawcę. Zamawiający, realizując swoje obowiązki w tym obszarze, powinien ograniczać się do instrumentów prawnych, które ustawodawca dla niego przewidział. Są to, jak wskazano, możliwość wezwania do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych (art. 128 ust. 4 u.p.z.p.), możliwość wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów (art. 128 ust. 1 u.p.z.p.) oraz możliwość bezpośredniego zwrócenia się o dodatkowe informacje lub dokumenty do podmiotu posiadającego istotne wiadomości (art. 128 ust. 5 u.p.z.p.).

Z kolei obowiązki dowodowe wykonawcy ograniczają się do złożenia ściśle określonych w przepisach dokumentów. W konsekwencji należy przyjmować, że złożenie dodatkowych dowodów, o których wspominały składy orzekające w przytoczonych powyżej wyrokach KIO, uzależnione jest wyłącznie od dobrej woli wykonawców.

#### **4.12.4. Korzystanie z podwykonawcy a realność zdobytego doświadczenia**

Jak wskazałam powyżej, pojęcie „faktycznego udziału” poszczególnych konsorcjantów w realizacji zamówienia może być rozumiane elastycznie i w dużej mierze zależy od indywidualnych czynników właściwych dla każdego przypadku.

Koncepcja ta, wpływa również na inną strukturę podmiotową, a mianowicie podwykonawstwo. Przyjmuje się bowiem, że skoro możliwe jest uznanie, iż jeden z konsorcjantów jest w stanie nabyć doświadczenie również w zakresie tych zadań, które fizycznie realizował jego partner, przykładowo ze względu na jego znaczący udział w procesie decyzyjnym, czy też odpowiedzialność za koordynowanie prac, to tym bardziej taka możliwość powinna występować w stosunku do wykonawcy posługującego się podwykonawcami.

W tym zakresie, zwraca się uwagę na zasadniczą różnicę występującą pomiędzy konsorcjum, a podwykonawcami. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie,

każdy członek konsorcjum jest prawnie związany z zamawiającym, co oznacza, że każdy wykonawca może bezpośrednio rozliczyć się z zamawiającym z powierzonej mu i wykonanej przez niego części zamówienia. Funkcja lidera natomiast nie zawsze wiąże się z obowiązkiem koordynacji pracy wszystkich członków konsorcjum w ramach kontraktu<sup>646</sup>. Stąd, doświadczenie wykonawcy powołującego się na zamówienie realizowane w ramach konsorcjum jest badane pod kątem jego faktycznego wkładu w prowadzenie działań, które były wymagane w ramach danej umowy. Przy czym, przy ocenie uczestnictwa danego wykonawcy bierze się pod uwagę także to, czy pełnił on nadzór, bądź kierował pracami wchodzącymi w zakres zamówienia, co przekłada się na ustalenie tego, czy miał on istotny, faktyczny i konkretny wkład w realizację całego zadania<sup>647</sup>.

Inaczej jest w przypadku podwykonawców. Relacja wykonawcy z podwykonawcami wygląda w ten sposób, iż wykonawca korzysta z ich pomocy, przy wykonywaniu zamówienia. Zatem to na wykonawcy (który zwłaszcza w kontraktach budowlanych nazywany jest generalnym wykonawcą) spoczywa obowiązek wykonania przedmiotu umowy. Stosunek obligacyjny, regulowany umową w sprawie zamówienia publicznego, występuje zatem pomiędzy wykonawcą, a zamawiającym. To wykonawca ponosi odpowiedzialność wobec zamawiającego za działania podwykonawców, jak za własne. Od wykonawcy również zależy, czy posłuży się podwykonawcami i jeżeli tak, to w jakim zakresie (oczywiście z wyłączeniem przypadków, w których zamawiający wymagał osobistego wykonania świadczenia).

W konsekwencji, to do obowiązków wykonawcy należy przynajmniej zorganizowanie i koordynowanie prac poszczególnych podwykonawców, a w dalszym kroku weryfikacja ich efektów i dokonywanie odbiorów<sup>648</sup>.

Zatem już z samej konstrukcji jaką jest podwykonawstwo wynika, iż to na wykonawcy, jako stronie umowy zawartej z zamawiającym, spoczywa cała odpowiedzialność za należyte wykonanie kontraktu oraz związany z tym obowiązek koordynowania i nadzorowania całości prac. Tym samym, biorąc pod uwagę wypracowane stanowisko w zakresie interpretacji pojęcia „faktycznego udziału”, korzystanie z podwykonawcy w zakresie ściśle określonych zadań, nie wyklucza nabycia doświadczenia przez wykonawcę w odniesieniu do całego przedsięwzięcia, w tym również prac realizowanych fizycznie przez podwykonawcę.

---

<sup>646</sup> Wyrok KIO z dnia 2.04.2021 r., KIO 270/21, LEX nr 3160754

<sup>647</sup> Ibidem

<sup>648</sup> Ibidem

## **Rozdział 5**

### **Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w przebiegu postępowania**

#### **5.1. Zagadnienia ogólne**

Ze względu na szeroką definicję pojęcia „wykonawcy”, przyjętą przez prawodawcę na gruncie przepisów u.p.z.p., uwzględniającą różne fazy postępowania: od jego przygotowania, przez wszczęcie, po moment złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofert, ich badania i oceny oraz zawarcie umowy, analogicznie, na wszystkich tych etapach mogą występować przejawy współpracy dwóch lub więcej wykonawców działających w ramach konsorcjum. Przy czym, ze względu na znaczne sformalizowanie procedury udzielania zamówień, forma i zakres tej współpracy będą się kształtować odmiennie, w zależności od aktualnej fazy postępowania. Postawienie takiej tezy jest uprawnione, mimo braku stosownych regulacji ustawowych, które należy zastąpić rozważaniami doktrynalnymi.

W niniejszym rozdziale postaram się zatem omówić sposób kształtowania się współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w poszczególnych fazach postępowań prowadzonych w różnych trybach przewidzianych w u.p.z.p. Należy przy tym uczynić zastrzeżenie odnośnie pominięcia w tych uwagach kwestii łączenia potencjałów przez konsorcjantów, jako niezależną od rodzaju trybu, w którym dane postępowanie jest prowadzone. Problematyka ta została szczegółowo omówiona w Rozdziale IV. W tym miejscu przeanalizowany zostanie natomiast szeroko rozumiany aspekt organizacyjny konsorcjum, czyli takie zagadnienia jak moment, w którym wykonawcy muszą podjąć decyzję o tym, czy uczestniczą w postępowaniu samodzielnie lub wspólnie, czy sposób dokonywania czynności w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie.

#### **5.2. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie przed wszczęciem postępowania**

Analizując istotę wspólnego ubiegania się o zamówienie można postawić tezę, iż nie ma żadnych ograniczeń, aby wykonawcy zawarli umowę konsorcjum jeszcze przed wszczęciem właściwej procedury. Przepisy u.p.z.p. nie określają bowiem najwcześniejszego momentu, od którego możliwe jest zawarcie umowy konsorcjum. W art. 58 ust. 2 u.p.z.p. prawodawca przewidział obowiązek ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do

reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie tej regulacji można stwierdzić, że konsorcjanci powinni porozumieć się w kwestii zakresu pełnomocnictwa najpóźniej w momencie, w którym w sposób wiążący wyrażają wolę wzięcia udziału w danym postępowaniu, tj. z chwilą złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału. Również przepis art. 59 u.p.z.p., przyznający zamawiającemu uprawnienie do żądania przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie określa właściwego momentu podpisania takiej umowy.

Powyższe oznacza, iż w tym względzie, obowiązuje zasada swobody umów wyrażona w art. 353<sup>1</sup> k.c. i w konsekwencji, wykonawcy mogą zawiązać konsorcjum nawet przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Przejawem współdziałania wykonawców zainteresowanych konkretnym postępowaniem jeszcze przed jego formalnym wszczęciem, może być ich wspólny udział we wstępnych konsultacjach rynkowych, stanowiących element przygotowania procedury. Wstępne konsultacje rynkowe zostały uregulowane w art. 84 u.p.z.p. i stanowią narzędzie zamawiającego służące do przygotowania postępowania i poinformowania wykonawców o swoich planach i wymaganiach dotyczących przyszłego zamówienia. Mogą brać w nich udział w szczególności wykonawcy zainteresowani danym postępowaniem<sup>649</sup>. Wstępne konsultacje rynkowe nie zostały szczegółowo unormowane ustawowo, toteż określenie zasad uczestnictwa w nich pozostaje w gestii zamawiającego<sup>650</sup>. Co do zasady zatem, kilku wykonawców może wspólnie wziąć udział we wstępnych konsultacjach rynkowych jako konsorcjum, co będzie uzasadnione zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający wymagał, by uczestnicy konsultacji wykazywali się spełnieniem określonych warunków, zaś grupa wykonawców spełniała je jedynie łącznie. Podkreślenia jednak wymaga, że przyjęta przez wykonawców forma uczestnictwa we wstępnych konsultacjach rynkowych – czy to samodzielna, czy wspólna z innymi wykonawcami – nie ma wpływu na późniejszy charakter udziału w postępowaniu wszczętym na skutek przeprowadzonych konsultacji. Innymi słowy, o ile wykonawca nie jest zobowiązany w ramach samej umowy konsorcjum do wspólnego uczestnictwa z innym wykonawcą w procedurze, może on w postępowaniu wystąpić samodzielnie lub w konsorcjum o zmienionym składzie. Powyższe wynika z charakteru wstępnych konsultacji rynkowych; jest to instytucja odrębna od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i przeprowadzana przed jego wszczęciem.

---

<sup>649</sup> Art. 84 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>650</sup> W. Dzierżanowski, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, *Prawo zamówień publicznych. ...op.cit.*, art. 84, teza nr 6.

### **5.3. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie po wszczęciu postępowania**

Status wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie ulega stopniowym zmianom po wszczęciu postępowania. Zaznaczyć przy tym należy, że udzielanie zamówień publicznych może być dokonywane w ramach jednego z kilku przewidzianych w ustawie trybów: przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne)<sup>651</sup> lub w trybie: podstawowym, partnerstwa innowacyjnego, negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki (w przypadku zamówień o wartości niższej niż progi unijne). Każdy z tych trybów zakłada pewne odrębności, stąd też poniżej zostanie sumarycznie przybliżony udział wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w odniesieniu do każdego z nich.

### **5.4. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego**

#### **5.4.1. Wszczęcie postępowania w trybie przetargu nieograniczonego**

Przetarg nieograniczony jest postępowaniem jednoetapowym, którego wszczęcie odbywa się poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej<sup>652</sup>. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający zobowiązany jest zapewnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do specyfikacji warunków zamówienia, zwanej „SWZ”<sup>653</sup>.

W fazie postępowania występującej od momentu opublikowania SWZ i ogłoszenia o zamówieniu do momentu złożenia ofert, wykonawcy mogą skorzystać z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ<sup>654</sup> lub wniesienia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumenty zamówienia<sup>655</sup>.

Wykonawcy mogą dokonywać tych czynności samodzielnie lub działając w ramach konsorcjum, kierując się w tym zakresie zasadą swobody umów, zgodnie z art. 353<sup>1</sup> k.c. W praktyce, wykonawcy zazwyczaj decydują się na samodzielne składanie wniosków lub

---

<sup>651</sup> Art. 129 u.p.z.p.

<sup>652</sup> Art. 130 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>653</sup> Art. 133 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>654</sup> Art. 135 u.p.z.p.

<sup>655</sup> Art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 u.p.z.p.

odwołań. Jeżeli zamierzają działać pod postacią konsorcjum, to ujawniają się określone odrębności. Po pierwsze, złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ lub odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia nie wymaga spełnienia wymagań, dla których w przeważającej mierze wykonawcy decydują się na założenie konsorcjum (czyli warunków udziału w postępowaniu). Wniosek o wyjaśnienie treści SWZ może natomiast złożyć każdy wykonawca jako podmiot posiadający zdolność do czynności prawnych, w przypadku zaś odwołania ponadto wymagane jest wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia lub nagrody oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Zatem skorzystanie z powyższych uprawnień nie wiąże się z łączeniem potencjałów, jakie następuje najczęściej w ramach konsorcjum na potrzeby spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Po drugie, na wczesnym etapie postępowania, tuż po wszczęciu procedury, wielu wykonawców jeszcze nie wie, czy złoży ofertę samodzielnie, czy też wspólnie z innymi wykonawcami. Decyzję w tym zakresie wykonawcy mogą podjąć dopiero po ostatecznym ustaleniu treści warunków udziału w postępowaniu, co następuje zazwyczaj po wprowadzeniu stosownych w nich zmian przez zamawiającego, czy to w wyniku udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców lub w wyniku rozstrzygnięcia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia.

Niemniej jednak, biorąc pod uwagę brak szczególnych uregulowań na gruncie u.p.z.p. oraz obowiązującą w tym zakresie zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353<sup>1</sup> k.c., należy uznać, iż brak jest przeszkód, aby złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ lub wniesienie odwołania na ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia zostało dokonane w ramach konsorcjum. Samodzielne bądź wspólne skorzystanie z powyższych uprawnień będzie zatem jedynie wynikiem wzajemnych ustaleń dokonanych pomiędzy wykonawcami. Specyficzną grupą w tym zakresie mogą być spółki cywilne - które, jak już wiadomo - są szczególną formą wspólnego ubiegania się o zamówienie, w której poszczególni członkowie, co do zasady, wyrażają zgodę na prowadzenie działalności w wymiarze wykraczającym poza jedno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Ze względu na swój charakter, wykonawcy funkcjonujący w ramach spółki cywilnej mogą częściej decydować się na wspólne korzystanie z uprawnień w zakresie składania wniosków o wyjaśnienie SWZ lub odwołań na ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia.

Zaznaczenia jednak wymaga, że wybrana przez wykonawców konfiguracja - samodzielne bądź wspólne złożenie wniosku lub odwołania - nie ma znaczenia dla późniejszego charakteru udziału danego wykonawcy w postępowaniu. Złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ lub

odwołania nie stanowi bowiem, z punktu widzenia art. 7 pkt 30 u.p.z.p., deklaracji wykonawcy co do warunków realizacji przyszłego zamówienia, a jedynie są środkiem służącym do uzyskania korzystnej modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu lub dokumentów zamówienia, względnie doprecyzowania ich treści. W konsekwencji, nawet jeżeli wykonawca samodzielnie złożył wniosek lub odwołanie w tej fazie postępowania, nic nie stoi na przeszkodzie, aby ostatecznie zdecydował się na wspólne złożenie oferty w ramach konsorcjum, i odwrotnie – wspólne złożenie wniosku lub odwołania, nie determinuje takiej konfiguracji na etapie składania oferty.

#### **5.4.2. Złożenie oferty w przetargu nieograniczonym**

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą złożyć oferty<sup>656</sup>, które następnie podlegają badaniu i ocenie przez zamawiającego. Specyfiką trybu przetargu nieograniczonego jest połączenie etapu weryfikacji podmiotowej wykonawców oraz badania i oceny ofert w jedną fazę. W konsekwencji, w postępowaniach prowadzonych w tym trybie, wykonawcy składają jedną ofertę zawierającą jedno oświadczenie woli, w ramach której deklarują spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz warunków realizacji zamówienia, do których przestrzegania zobowiązują się na etapie wykonywania umowy. Jak już wyżej wskazano, jednym z istotnych warunków realizacji zamówienia jest kluczowa deklaracja w przedmiocie wykonywania zamówienia samodzielnie, bądź wspólnie z innymi wykonawcami. Oświadczenie złożone w ramach oferty w tym zakresie powinno zasadniczo pozostawać wobec zamawiającego wiążące przez cały okres postępowania i realizacji umowy.

Podkreślić należy, że to właśnie deklaracja złożona w ofercie – odnośnie samodzielnego, czy też wspólnego ubiegania się o zamówienie – determinuje konfigurację wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Źródła powyższego należy upatrywać w legalnej definicji pojęcia „wykonawcy”, przyjętej na gruncie art. 7 pkt 30 u.p.z.p. Wykonawcy, deklarujący wolę wspólnego ubiegania się o zamówienie, dają jej zatem wyraz przede wszystkim składając stosowne oświadczenie w ofercie oraz dołączając do oferty pełnomocnictwo do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>657</sup>, a jeżeli jest to wymagane – oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy

---

<sup>656</sup> Art.132 u.p.z.p.

<sup>657</sup> Art. 58 ust. 2 u.p.z.p.

lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy<sup>658</sup>. Wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia podlegają weryfikacji podmiotowej w oparciu o oświadczenia wstępne składane w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia<sup>659</sup>, a jeżeli złożona przez nich oferta okaże się najwyżej punktowana, w oparciu o podmiotowe środki składane na wezwanie skierowane przez zamawiającego<sup>660</sup>. Podkreślenia przy tym wymaga, że każdy z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest weryfikowany pod kątem braku występowania podstaw do wykluczenia z osobna, podczas gdy weryfikacja w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odbywa się w oparciu o wspólny potencjał konsorcjantów (z uwzględnieniem ewentualnego szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia warunków udziału, jeżeli taki zamawiający ustanowi w danym postępowaniu, zgodnie z art. 117 ust. 1 u.p.z.p.).

Czynności w postępowaniu, do których zobowiązany jest wykonawca takie jak składanie wymaganych środków dowodowych, ich uzupełnianie<sup>661</sup>, wyjaśnianie<sup>662</sup>, wyjaśnianie treści oferty<sup>663</sup>, wyrażanie zgody na poprawienie omyłki<sup>664</sup>, wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą<sup>665</sup>, przedłużenie ważności wadium<sup>666</sup>, co do zasady, powinien dokonywać pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z treścią pełnomocnictwa dołączonego do oferty.

Jak podkreślono powyżej, pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jest powoływany po to, aby ułatwić komunikację pomiędzy zamawiającym, a konsorcjum. Warto jednak rozróżnić rodzaje czynności podejmowanych przez pełnomocnika. Niektóre z nich mają wymiar wyłącznie formalno – techniczny, ograniczający się do samego przekazania przez pełnomocnika oświadczeń lub dokumentów pochodzących od konsorcjantów lub przez nich opracowanych i podpisanych. Pełnomocnik może jednak również składać oświadczenia woli w imieniu całego konsorcjum, w szczególności w treści oferty, czy oświadczenia składanego na podstawie art. 117 ust. 4 u.p.z.p. W zależności od zakresu umocowania, pełnomocnik może być również upoważniony do czynności, które zazwyczaj są zarezerwowane dla poszczególnych konsorcjantów, takich jak poświadczanie zgodności cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej, czy złożenie oświadczenia

---

<sup>658</sup> Art. 117 ust. 4 u.p.z.p.

<sup>659</sup> Art. 125 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>660</sup> Art. 126 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>661</sup> Art. 128 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>662</sup> Art. 128 ust. 4 u.p.z.p.

<sup>663</sup> Art. 223 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>664</sup> Art. 223 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>665</sup> Art. 220 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>666</sup> Art. 220 ust. 5 u.p.z.p.



wstępnego, o którym mowa w art. 125 ust. 1 u.p.z.p. (które zasadniczo każdy z konsorcjantów sporządza i składa we własnym imieniu).

### **5.4.3. Wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy**

Ostatnią czynnością zamawiającego w postępowaniu jest dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w oparciu o kryteria oceny ofert określone w dokumentach zamówienia<sup>667</sup>. Ponieważ zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>668</sup>, to umowa w sprawie zamówienia publicznego musi zostać zawarta na warunkach określonych w ofercie. Tym samym również, jeżeli oferta została złożona wspólnie przez dwóch lub więcej wykonawców, zamawiający jest zobowiązany do zawarcia umowy z wszystkimi przedsiębiorcami (lub podmiotami) składającymi się na konsorcjum. Jak bowiem podkreślono powyżej, przez konsorcjum należy rozumieć grupę podmiotów lub przedsiębiorców zawierających porozumienie w przedmiocie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne i wspólną realizację przyszłej umowy. Ze względu na brak osobowości prawnej takiej grupy, stroną umowy w sprawie zamówienia publicznego są podmioty tworzące konsorcjum. Zamawiający przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego może żądać od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie kopii umowy regulującej ich współpracę<sup>669</sup>.

Powyższe żądanie jest szczególnie usprawiedliwione wówczas, gdy w danym postępowaniu zachodzą przesłanki do szczególnego sposobu spełnienia warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (czyli w sytuacjach uregulowanych w art. 117 ust. 1 – 3 u.p.z.p.). W oparciu o przedłożoną umowę konsorcjum, zamawiający ma bowiem możliwość ustalenia, jaki został przyjęty podział zadań pomiędzy wykonawcami, w szczególności, czy zadania wymagające odpowiednich uprawnień bądź zdolności technicznych lub zawodowych będzie wykonywał ten z konsorcjantów, który wykazywał ich posiadanie w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Co do zasady, konsorcjum powinno pozostać niezmiennie przez cały okres wykonywania umowy, tj. nie powinien ulegać zmianie jego skład, ani poprzez jego zmniejszenie, poszerzenie o dodatkowy podmiot, ani też nie powinni być zastępowani konsorcjanci nowymi wykonawcami. Wyjątkiem w tym zakresie jest dopuszczalna na gruncie ustawy zmiana umowy dokonywana w oparciu o art. 455 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p. Ponadto, w szczególnych sytuacjach, np.

---

<sup>667</sup> Art. 239 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>668</sup> Art. 17 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>669</sup> Art. 59 u.p.z.p.

w razie likwidacji lub upadłości jednego z konsorcjantów, można uznać za dopuszczalne uszczuplenie składu konsorcjum, pod warunkiem, że na skutek takiej zmiany nie dochodzi do pokrzywdzenia zamawiającego, ani do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Warunki dokonywania zmian w składzie konsorcjum zostały omówione w Rozdziale III podrozdział 3.5.9. „Zmiany w składzie konsorcjum”.

## **5.5. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego**

### **5.5.1. Wszczęcie postępowania w trybie przetargu ograniczonego**

Przetarg ograniczony jest postępowaniem dwuetapowym, którego wszczęcie odbywa się poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej<sup>670</sup>. Od dnia publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający zobowiązany jest zapewnić na stronie internetowej prowadzonego postępowania bezpłatny, pełny, bezpośredni i nieograniczony dostęp do SWZ<sup>671</sup>.

Do przetargu ograniczonego odpowiednio stosuje się przepisy właściwe dla przetargu nieograniczonego<sup>672</sup>, dlatego też w fazie postępowania występującej od momentu opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji do momentu złożenia ofert, wykonawcy mogą skorzystać z uprawnienia do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SWZ<sup>673</sup> lub wniesienia odwołania na treść ogłoszenia o zamówieniu lub dokumenty zamówienia<sup>674</sup>. Podobnie jak w przypadku przetargu nieograniczonego, mogą tego dokonywać samodzielnie (co zdarza się w praktyce najczęściej) lub wspólnie z innymi wykonawcami (co występuje najczęściej w przypadku wykonawców prowadzących działalność w formie spółki cywilnej), a wybrana przez nich forma na tym etapie procedury nie determinuje konfiguracji, w jakiej będą uczestniczyć w postępowaniu.

### **5.5.2. Złożenie wniosku w przetargu ograniczonym**

Odmienne niż w przypadku przetargu nieograniczonego, w przetargu ograniczonym, faza weryfikacji podmiotowej oraz badania i oceny ofert zostały rozłożone na dwa, oddzielne etapy. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do

---

<sup>670</sup> Art. 130 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>671</sup> Art. 141 u.p.z.p.

<sup>672</sup> Art. 143 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>673</sup> Art. 135 u.p.z.p.

<sup>674</sup> Art. 513 pkt 1 w zw. z art. 515 ust. 2 u.p.z.p.

udziału w postępowaniu<sup>675</sup>, które następnie podlegają ocenie – w zakresie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie kryteriów selekcji (jeżeli zostały przewidziane przez zamawiającego) oraz odnośnie braku występowania podstaw do wykluczenia.

Wykonawcy zamierzający wspólnie ubiegać się o zamówienie udzielane w trybie przetargu ograniczonego zobowiązani są wyrazić swoją wolę w tym zakresie już na etapie składania wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Powyższe wynika po pierwsze z definicji pojęcia „wykonawcy” zawartej w art. 7 pkt 30 u.p.z.p., która przyznaje ten status podmiotom ubiegającym się o zamówienie publiczne. Natomiast złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest przejawem ubiegania się o zamówienie publiczne. Po drugie, konieczność zadeklarowania wspólnego ubiegania się o zamówienie już we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu realizuje zasadę określoną w art. 58 ust. 5 u.p.z.p., zgodnie z którą do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące wykonawców. W rezultacie, oświadczenie woli, jakim jest wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, powinno być złożone przez wszystkich wykonawców pragnących brać udział w procedurze. Po trzecie zaś, w przetargu ograniczonym zamawiający dokonuje weryfikacji podmiotowej wykonawców na etapie oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Dołączenie nowego wykonawcy do konsorcjum w trakcie postępowania, na jego późniejszym etapie, np. w momencie złożenia oferty, nie pozwoliłoby zamawiającemu na przeprowadzenie jego weryfikacji podmiotowej. Stąd też prawodawca przewidział, iż w przetargu ograniczonym odrzuceniu podlegają te oferty, które zostały złożone przez wykonawców niezaproszonych do składania ofert<sup>676</sup>.

W pozostałym zakresie, do przetargu ograniczonego znajdują zastosowanie ogólne zasady przeprowadzania procedury w trybie przetargu nieograniczonego. W szczególności chodzi o obowiązek złożenia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>677</sup>, a jeżeli jest to wymagane – oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy<sup>678</sup>. W ten sam sposób odbywa się również weryfikacja podmiotowa wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – w oparciu o Jednolity Europejski

---

<sup>675</sup> Art. 140 u.p.z.p.

<sup>676</sup> Art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p.

<sup>677</sup> Art. 58 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>678</sup> Art. 117 ust. 4 u.p.z.p.

Dokument Zamówienia, a jeżeli zamawiający na tym etapie ich zażąda – na podstawie podmiotowych środków dowodowych<sup>679</sup>. Co do zasady, weryfikacja wykonawców w oparciu o podmiotowe środki dowodowe powinna odbywać się na etapie po złożeniu ofert, gdyż zgodnie z art. 126 ust. 1 u.p.z.p., podmiotowe środki dowodowe są składane na wezwanie zamawiającego skierowane do tego wykonawcy, która oferta została oceniona najwyżej. Jednak prawodawca w odniesieniu do procedur wieloetapowych przewidział uprawnienie zamawiającego do żądania podmiotowych środków dowodowych na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, od wszystkich wykonawców uczestniczących w procedurze, dzięki czemu na etapie oceny wniosków, zamawiający może przeprowadzić pełną weryfikację podmiotową wszystkich uczestników postępowania<sup>680</sup>.

### **5.5.3. Złożenie oferty**

Po przeprowadzeniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zamawiający informuje o wynikach tej oceny<sup>681</sup> oraz zaprasza wykonawców do składania ofert<sup>682</sup>. Badanie i ocena ofert odbywa się według ogólnych zasad, właściwych również dla przetargu nieograniczonego. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, istotne jest, by oferta nie uległa zmianie pod kątem podmiotowym, tj. aby ci sami członkowie konsorcjum, którzy byli wskazani we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, złożyli ofertę. Jak bowiem podniesiono powyżej, w procedurach wieloetapowych obowiązuje osobna, specyficzna przesłanka odrzucenia oferty, w przypadku, gdy została ona złożona przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert<sup>683</sup>. Jednakże w wyjątkowych przypadkach uznaje się za dopuszczalne zmniejszenie składu konsorcjum, np. w sytuacji upadłości lub likwidacji jednego z członków (o ile do zmiany składu dojdzie przed złożeniem oferty). Po złożeniu oferty, która jest wiążącą deklaracją odnośnie warunków realizacji zamówienia, nie jest już możliwe zmodyfikowanie składu konsorcjum. Na etapie oceny oferty nie jest już bowiem dokonywana weryfikacja podmiotowa, od której zależy zakwalifikowanie wykonawców do kolejnego etapu postępowania.

---

<sup>679</sup> Art. 126 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>680</sup> Art. 126 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>681</sup> Art. 147 u.p.z.p.

<sup>682</sup> Art. 149 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>683</sup> Art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p.

#### **5.5.4. Wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy**

W przetargu ograniczonym brak jest odrębnych zasad dokonywania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zawarcia umowy. Zamawiający zatem zobowiązany jest, podobnie jak w przypadku przetargu nieograniczonego, zawrzeć umowę z całym konsorcjum, jeżeli w postępowaniu została wybrana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Należy przy tym przypomnieć, iż w takim przypadku stroną umowy są wszystkie podmioty je tworzące, ze względu na brak osobowości prawnej konsorcjum.

#### **5.6. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem**

Negocjacje z ogłoszeniem stanowią, podobnie jak przetarg ograniczony, kolejny przykład postępowania wieloetapowego. Stąd też zasady uczestnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w procedurze prowadzonej w tym trybie będą zasadniczo takie same, jak w przypadku przetargu ograniczonego.

Wykonawcy zatem od chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia do momentu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, będą uprawnieni do składania wniosków o wyjaśnienie opisu potrzeb i wymagań (który stanowi podstawowy dokument zamówienia w tym trybie)<sup>684</sup> lub składania odwołań na ogłoszenie o zamówieniu lub dokumenty zamówienia. W tej fazie postępowania, wykonawcy mogą działać samodzielnie lub wspólnie z innymi, zaś przyjęta konfiguracja nie będzie miała wpływu na ich dalsze uczestnictwo w procedurze. Wolę udziału w postępowaniu w ramach konsorcjum bądź samodzielnie wyrażą dopiero we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Cechą odróżniającą analizowany tryb jest dodatkowy etap składania ofert wstępnych, prowadzenia negocjacji i składania ofert podlegających negocjacjom, który następuje po dokonaniu oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych tylko tych wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, i które nie podlegały odrzuceniu<sup>685</sup>.

Cechą charakterystyczną tej procedury jest to, że jeżeli zamawiający przewidzi taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu, może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ofert wstępnych bez negocjacji. Konstrukcja ta może być atrakcyjna dla konsorcjum, które

---

<sup>684</sup> Art. 155 u.p.z.p.

<sup>685</sup> Art. 160 ust. 1 u.p.z.p.

dzięki umiejętnemu zsumowaniu potencjałów poszczególnych członków, może relatywnie szybko pozyskać zamówienie. Do ofert wstępnych odpowiednio stosuje się art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., czyli przepis dotyczący odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Powyższe regulacje uniemożliwiają więc zasadniczo zmianę podmiotową po stronie wykonawcy, w tym zmianę składu konsorcjum, od momentu złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Dopuszczenie modyfikacji składu konsorcjum w trybie negocjacji z ogłoszeniem powinno więc następować wyjątkowo i na analogicznych zasadach jak w przypadku przetargu ograniczonego. Zatem za możliwe można by było uznać uszczuplenie składu konsorcjum w przypadku upadłości lub likwidacji jednego z konsorcjantów (jeżeli zamawiający nie przewidział przesłanki wykluczenia związanej z taką sytuacją, tj. określonej w art. 109 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p.) i oczywiście, o ile pozostali członkowie konsorcjum spełniają warunki udziału w postępowaniu co najmniej w takim samym stopniu. Wydaje się przy tym, że momentem granicznym, do którego możliwe byłoby ewentualne dokonanie zmian w składzie konsorcjum, byłby moment złożenia ofert wstępnych. Pomimo, że oferty te – jak wynika z ich nazwy – nie mają charakteru ostatecznego, to jednak nie wydaje się, że byłoby dopuszczalnym dokonanie zmian konsorcjum po jej złożeniu. Przemawia za tym kilka argumentów. Po pierwsze, zamawiający może, o ile tak przewidział w ogłoszeniu, dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie ofert wstępnych, rezygnując tym samym z negocjacji<sup>686</sup>. W takiej sytuacji, oferta wstępna musi więc zawierać ostateczną deklarację wykonawców co do tego, czy ubiegają się o zamówienie wspólnie, czy też samodzielnie. W konsekwencji, nie może ona ulec zmianie, gdyż stanowiłoby to istotną modyfikację przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w zakresie nieprzewidzianym w ustawie. Niezależnie od powyższego, nawet jeżeli zamawiający nie przewiduje w danym postępowaniu możliwości wyboru wykonawcy w oparciu o oferty wstępne i pomimo jej wstępnego charakteru, nadal taka oferta stanowi wiążące oświadczenie woli wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. W tym miejscu należy podkreślić, że zakres dopuszczalnych negocjacji ofert wstępnych nie obejmuje najistotniejszych jej elementów, takich jak minimalne wymagania oraz kryteria oceny ofert<sup>687</sup>. Z tego względu nie wydaje się, aby było możliwe dokonanie zmiany w zakresie podstawowej deklaracji dotyczącej sposobu wykonania zamówienia, tj. odnośnie samodzielnej realizacji bądź solidarnie w ramach konsorcjum. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, po złożeniu ofert wstępnych niepodlegających odrzuceniu, o ile zamawiający na ich podstawie nie dokonał wyboru oferty

---

<sup>686</sup> Art. 163 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>687</sup> Art. 164 u.p.z.p.

najkorzystniejszej, zapraszani są do negocjacji<sup>688</sup>, biorą w nich udział<sup>689</sup> oraz – jeżeli tak zostało przewidziane w postępowaniu – składają kolejne oferty podlegające negocjacom<sup>690</sup>. Co do zasady, wszystkie czynności w postępowaniu na tym etapie powinny być dokonywane przez pełnomocnika w imieniu i na rzecz wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, przy czym nie jest wykluczone, aby na przykład w negocjacjach uczestniczyli w takim samym stopniu wszyscy członkowie konsorcjum.

Do ofert podlegających negocjacom również znajduje odpowiednie zastosowanie przesłanka odrzucenia wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p.<sup>691</sup>

Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, wyłącznie w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji<sup>692</sup>. Do SWZ sporządzonej w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem odpowiednio stosuje się przepisy właściwe dla przetargu nieograniczonego<sup>693</sup>. W konsekwencji, wykonawcy mogą składać wnioski o wyjaśnienie SWZ lub składać odwołanie na jej treść.

Przeanalizowania jednak w tym zakresie wymaga, czy byłoby możliwe złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ lub złożenie odwołania na jej treść samodzielnie tylko przez jednego członka konsorcjum, we własnym imieniu, podobnie jak gdyby nastąpiło to na analogicznym etapie postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.

Osobiście uważam, że obie tego rodzaju czynności byłyby bezskuteczne. W przypadku złożenia wniosku o wyjaśnienie SWZ, działanie samodzielne, we własnym imieniu przez tylko jednego członka konsorcjum oznaczałoby podjęcie czynności przez nieupoważniony do tego podmiot, nie posiadający statusu wykonawcy na tym etapie procedury. Złożenie wniosku o wyjaśnienie SWZ stanowiłoby bowiem przykład czynności w postępowaniu, w którym został już ustalony krąg wykonawców. Natomiast za wykonawcę, w rozumieniu art. 7 pkt 30 u.p.z.p. na tym etapie postępowania, mogłoby być uznane jedynie konsorcjum jako całość, które złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jako podmiot ubiegający się o udzielenie zamówienia. Członek konsorcjum, działający samodzielnie, we własnym imieniu, bez upoważnienia do takiego działania przez pozostałych wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, nie posiadałby statusu wykonawcy na tym etapie postępowania.

---

<sup>688</sup> Art. 163 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>689</sup> Art. 164 – 165 u.p.z.p.

<sup>690</sup> Art. 163 ust. 2 i 4 u.p.z.p.

<sup>691</sup> Art. 163 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>692</sup> Art. 167 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>693</sup> Art. 167 ust. 3 u.p.z.p.

Z powyższej przyczyny nieskuteczne byłoby również złożenie odwołania takiego podmiotu, przy czym, dodatkowo, nie byłby on w stanie wykazać posiadania interesu we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 505 ust. 1 u.p.z.p. Skoro bowiem członek danego konsorcjum, działający samodzielnie, nie może ubiegać się o dane zamówienie, gdyż nie posiada on statusu wykonawcy w postępowaniu, to jednocześnie nie może posiadać interesu w uzyskaniu zamówienia, jak również nie może ponieść szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Z tych powodów, moim zdaniem, pojedynczy członkowie konsorcjum, o ile nie mają niezbędnego upoważnienia od pozostałych konsorcjantów, nie mogą samodzielnie składać wniosków o wyjaśnienie SWZ lub odwołań na jego treść w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem.

Ostatnim etapem analizowanej procedury jest składanie ofert ostatecznych w odpowiedzi na SWZ sporządzoną przez zamawiającego. Oferty ostateczne mogą złożyć jedynie wykonawcy pozostali w postępowaniu, zaproszeni przez zamawiającego<sup>694</sup>. Badanie i ocena ofert ostatecznych odbywa się na zasadach ogólnych, przy czym podkreślenia wymaga, że do ofert ostatecznych również znajduje zastosowanie przesłanka odrzucenia określona w art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., co uniemożliwia złożenie oferty ostatecznej podmiotom niezaproszonym do ich składania, w tym także konsorcjum o zmienionym składzie.

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego następuje z wykonawcą, którego oferta ostateczna została wybrana jako najkorzystniejsza, co oznacza, podobnie jak w innych trybach, iż, jeżeli oferta ostateczna została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, to zamawiający podpisuje umowę z całym konsorcjum (czyli wszystkimi podmiotami wchodzącymi w jego skład).

### **5.7. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego**

Dialog konkurencyjny jest trybem postępowania o konstrukcji zbliżonej do negocjacji z ogłoszeniem. Stąd też do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu prowadzonym w trybie dialogu konkurencyjnego znajdują zastosowanie analogiczne zasady: od etapu składania wniosków o wyjaśnienie opisu potrzeb i wymagań do momentu zawarcia umowy.

---

<sup>694</sup> Art. 168 ust. 1 u.p.z.p.



Cechą odmienną dialogu konkurencyjnego jest pominięcie etapu składania ofert wstępnych, negocjacji i ofert podlegających negocjacjom. Wykonawcy, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niepodlegający odrzuceniu, a w przypadku, gdy zamawiający tak przewidział, spełniający w odpowiednim stopniu kryteria selekcji, zapraszani są do dialogu<sup>695</sup>. Jeżeli więc wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został złożony przez konsorcjum, to wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie są zapraszani do dialogu. Od decyzji konsorcjum zależy, czy w dialogu z zamawiającym uczestniczyć będą wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, pragnący aktywnie brać w nim udział, czy chcą to uczynić za pośrednictwem reprezentanta wskazanego w pełnomocnictwie.

Po zakończeniu dialogu, zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, na podstawie rozwiązań przedstawionych podczas dialogu<sup>696</sup>. Wykonawcy uprawnieni są do składania wniosków o wyjaśnienie SWZ lub odwołań od jego treści. Należy stwierdzić, że podobnie jak w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji z ogłoszeniem, do skorzystania z tych uprawnień upoważnione będą tylko te podmioty, które posiadają status wykonawcy. W przypadku wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie, będzie to zatem całe konsorcjum, nie zaś jego poszczególni członkowie.

Po sporządzeniu SWZ, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, z którymi prowadził dialog i którzy nie zostali wyeliminowani z postępowania na poszczególnych etapach<sup>697</sup>. Powyższa regulacja eliminuje możliwość złożenia oferty w postępowaniu przez podmioty nie posiadające statusu wykonawcy na tym etapie procedury. W przypadku zatem, gdyby doszło do zmiany składu konsorcjum – czy to poprzez zastąpienie jednego z członków innym, poszerzenie składu lub jego ograniczenie – tacy wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie mogliby, co do zasady, złożyć skutecznej oferty. Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p. zostałaby ona odrzucona.

Podobnie jak w poprzednio analizowanych trybach, jedynie w szczególnych przypadkach, można by było uznać, że zmiana składu konsorcjum poprzez jego zmniejszenie, byłaby dopuszczalna. Analogicznie jak w przetargu ograniczonym oraz negocjacjach z ogłoszeniem, należałoby jednak przyjąć, iż ewentualne uszczuplenie konsorcjum mogłoby nastąpić tylko do momentu złożenia oferty – czyli na etapie od momentu złożenia wniosku o dopuszczenie do

---

<sup>695</sup> Art. 178 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>696</sup> Art. 185 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>697</sup> Art. 196 ust. 1 u.p.z.p.

udziału w postępowaniu do zakończenia dialogu. Po złożeniu oferty, będącej deklaracją w zakresie warunków zamówienia, zmiana składu konsorcjum stanowiłaby niedopuszczalną modyfikację przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zwrócenia uwagi wymaga, że postulaty o dopuszczeniu możliwości zmiany składu konsorcjum w toku postępowania pojawiły się właśnie na gruncie trybu dialogu konkurencyjnego, który – jak wskazuje na to praktyka – jest jedną z najbardziej czasochłonnych procedur<sup>698</sup>.

Badanie i ocena ofert, wybór najkorzystniejszej oferty oraz zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w dialogu konkurencyjnym odbywa się na zasadach ogólnych.

### **5.8. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie partnerstwa innowacyjnego**

Partnerstwo innowacyjne jest kolejnym postępowaniem wieloetapowym, w którym wykonawcy, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówienie, składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a następnie, po skierowaniu do nich zaproszenia, składają oferty wstępne<sup>699</sup>. Partnerstwo innowacyjne, podobnie jak w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, zakłada prowadzenie negocjacji oraz – jeżeli zamawiający tak przewidzi – złożenie ofert składanych na etapie negocjacji<sup>700</sup>. Następnym etapem jest składanie ofert obejmujących prace badawczo-rozwojowe, spośród których zamawiający wybiera jedną lub kilka najkorzystniejszych<sup>701</sup>.

Zasady uczestnictwa wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na wyżej wymienionych etapach partnerstwa innowacyjnego są analogiczne jak w przypadku pozostałych procedur wieloetapowych.

Cechą wyróżniającą partnerstwo innowacyjne od pozostałych trybów przewidzianych w ustawie jest po pierwsze możliwość zawarcia umowy z kilkoma wybranymi w procedurze partnerami, po drugie, podział partnerstwa na etapy, odpowiadające kolejności zakładanych działań w procesie badawczo-rozwojowym, w szczególności przez opracowanie prototypów oraz wytworzenie produktów, świadczenie usług lub ukończenie robót budowlanych<sup>702</sup>. O ile taką możliwość przewidział w dokumentach zamówienia, zamawiający na podstawie

---

<sup>698</sup> J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. ....op.cit.*, art. 23, teza nr IV.3.

<sup>699</sup> Art. 189 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>700</sup> Art. 189 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>701</sup> Art. 204 u.p.z.p.

<sup>702</sup> Art. 206 ust. 1 u.p.z.p.

przewidzianych celów, może wypowiedzieć umowę z partnerem, a jeżeli wybrał kilku partnerów, z jednym lub niektórymi z nich<sup>703</sup>.

Kolejną odrębnością partnerstwa innowacyjnego jest wyłączenie zasady odpowiedzialności solidarnej konsorcjantów<sup>704</sup>. W przypadku zawarcia umowy o partnerstwo innowacyjne, poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie odpowiadają za wykonanie zamówienia oraz wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy wyłącznie w takiej części, w jakiej wynika to z umowy regulującej współpracę w ramach konsorcjum.

Jak jednak wskazano powyżej, stosowanie regulacji art. 445 ust. 2 u.p.z.p. rodzi wiele wątpliwości praktycznych i teoretycznych. Stąd też przepis ten można uznać wręcz za pozbawiony znaczenia lub możliwy do zastosowania w bardzo nielicznych przypadkach, gdy można świadczenie objęte umową o partnerstwo innowacyjne uznać za podzielne.

### **5.9. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia**

Negocjacje bez ogłoszenia to jeden z dwóch „zamkniętych” trybów udzielenia zamówienia, w którym zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranymi przez siebie wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert<sup>705</sup>.

Postępowanie, odmiennie od omówionych dotychczas trybów, nie wszczyna się poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu, ale w momencie przekazania przez zamawiającego wybranym przez siebie wykonawcom zaproszenia do negocjacji warunków przyszłej umowy<sup>706</sup>. Ponieważ dobór wykonawców i tym samym określenie ich kręgu leży w gestii zamawiającego, w trybie negocjacji bez ogłoszenia zdecydowanie rzadziej będą występować wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, niż w przypadku innych procedur – w których decyzję o tym, w jakiej konfiguracji wziąć udział w postępowaniu (samodzielnie czy wspólnie) podejmują sami zainteresowani.

Niemniej, nie oznacza to, że konsorcja nie występują w procedurach prowadzonych w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ani że nie są zapraszane do negocjacji przez zamawiającego.

Po pierwsze, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą wziąć udział w takim postępowaniu, jeżeli jest ono prowadzone na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 1 lub 2 u.p.z.p. W pierwszym ze wspomnianych przypadków, konsorcjum zostanie zaproszone do negocjacji przez zamawiającego, jeżeli w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu

---

<sup>703</sup> Art. 206 ust. 4 u.p.z.p.

<sup>704</sup> Art. 445 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>705</sup> Art. 208 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>706</sup> Art. 201 ust. 1 u.p.z.p.

nieograniczonego albo przetargu ograniczonego złożyło ono wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę. W drugim przypadku, konsorcjum zostanie zaproszone do negocjacji, jeżeli było ono autorem jednej z wybranych prac konkursowych, złożonej w konkursie, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji bez ogłoszenia.

Po drugie, wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą wziąć udział w postępowaniu również w sytuacji, gdy zamawiający skieruje zaproszenie do spółki cywilnej.

Poza wymienionymi wyżej przypadkami, zamawiający kierując zaproszenie do negocjacji do wybranych przez siebie wykonawców nie powinien zakładać, że dane podmioty powinny wziąć udział w postępowaniu wspólnie. Innymi słowy, określając krąg wykonawców biorących udział w procedurze, zamawiający nie powinien narzucać im konsorcjalnej formy działania. W mojej ocenie, byłoby to działanie nie tylko ograniczające konkurencję, ale również swobodę prowadzenia działalności wykonawców.

Pojawia się jednak pytanie, czy wykonawca, który został zaproszony do negocjacji samodzielnie, może przystąpić do negocjacji w ramach konsorcjum, a następnie wspólnie z innym wykonawcą (lub innymi wykonawcami) złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie do składania ofert?

Osobiście uważam, że wykładnia literalna, celowościowa i systemowa nie pozwala na udzielenie odpowiedzi twierdzącej na tak sformułowane pytanie. Zwrócenia uwagi wymaga, że prawodawca charakteryzując otwarte tryby postępowania (tj. przetarg nieograniczony, przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, partnerstwo innowacyjne), wskazywał w odniesieniu do każdego z nich, że wziąć w nich udział mogą wszyscy zainteresowani wykonawcy, składając odpowiednio ofertę lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu<sup>707</sup>. Takiego sformułowania nie użyto natomiast w odniesieniu do trybu negocjacji bez ogłoszenia. Wręcz przeciwnie, w treści art. 208 ust. 1 u.p.z.p. wyraźnie wskazano, iż w ramach tej procedury zamawiający negocjuje warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego z *wybranymi przez siebie* wykonawcami, a następnie zaprasza ich do składania ofert. O ile ustawodawca w pewnym stopniu określa zasady doboru wykonawców zapraszanych do negocjacji (określając ich minimalną liczbę, wskazując wykonawców, których zamawiający zobowiązany jest zaprosić w przypadku prowadzenia postępowania w oparciu o art. 209 ust. 1 pkt 1 lub 2 u.p.z.p.), o tyle jednak inicjatywa i decyzyjność w kwestii określenia kręgu wykonawców leży po stronie zamawiającego, nie zaś samych wykonawców – tak jak to ma miejsce w procedurach

---

<sup>707</sup> Art. 132, art. 140, art. 152 ust. 1, art. 169, art. 189 ust. 2 u.p.z.p.

otwartych. Przemawia również za tym cel wprowadzenia takiego trybu jak negocjacje bez ogłoszenia do systemu zamówień publicznych. Służy on bowiem do udzielenia zamówienia w przypadku, gdy prowadzenie procedury konkurencyjnej jest nieusprawiedliwione lub niemożliwe, np. ze względu na pilną konieczność jego udzielenia, czy indywidualny charakter zamówienia, możliwy do zrealizowania przez bardzo wąski krąg wykonawców<sup>708</sup>.

Stąd też, w mojej ocenie, nie jest możliwe, aby wykonawcy zaproszeni do negocjacji mogli samodzielnie podejmować decyzję w przedmiocie konfiguracji, w jakiej wezmą udział w postępowaniu. W takiej formie, w jakiej zostali oni zaproszeni do negocjacji (jako podmiot występujący samodzielnie lub w ramach konsorcjum) powinni uczestniczyć w negocjacjach, a następnie złożyć ofertę w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego. Zwrócić przy tym należy uwagę na art. 212 ust. 1 u.p.z.p., zgodnie z którym zamawiający informuje wykonawców o zakończeniu negocjacji, a następnie zaprasza do składania ofert tych, z którymi prowadził negocjacje i którzy pozostali w postępowaniu. Jest to regulacja analogiczna, do tych występujących w trybie negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, czy partnerstwa innowacyjnego, która ma na celu ograniczenie możliwości zmian podmiotowych po stronie wykonawców na kolejnym etapie postępowania, tj. składania ofert po przeprowadzeniu negocjacji przez zamawiającego. Badanie i ocena ofert, wybór najkorzystniejszej oferty i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego odbywają się natomiast na zasadach ogólnych. Jeżeli zatem do negocjacji zostali zaproszeni wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie, w tym samym składzie składają oni ofertę, a w przypadku jej wyboru – wszyscy jako konsorcjum zawierają umowę z zamawiającym.

O ile należy wykluczyć możliwość podjęcia przez wykonawcę samodzielnej decyzji o wspólnym złożeniu oferty w odpowiedzi na zaproszenie zamawiającego skierowane tylko do jednego podmiotu, o tyle należy rozważyć, czy zmiana konfiguracji po stronie wykonawcy byłaby dopuszczalna, w sytuacji, gdyby zamawiający wyraził na to zgodę.

Wydaje się, że na tak postawione pytanie można odpowiedzieć twierdząco. Takiej zgody zamawiający mógłby udzielić zwłaszcza w przypadku, gdy wykonawca prowadząc negocjacje z zamawiającym stwierdzi, iż realizacja zamówienia, wymaga zaangażowania również innego podmiotu. W takiej sytuacji, wydaje się, iż zamawiający mógłby wyrazić zgodę na zmianę konfiguracji wykonawcy – z samodzielnego ubiegania się o zamówienie, na wspólne z innym podmiotem.

---

<sup>708</sup> Dz.U.UE.L.2014.94.65 z dnia 28.03.2014 r., Motyw 50 dyrektywy 2014/24/UE.

Podkreślenia przy tym wymaga, że wyrażenie zgody przez zamawiającego na zmianę konfiguracji nie powinno następować w każdym przypadku. Dopuszczenie dodatkowego wykonawcy do wykonywania zamówienia udzielonego w zamkniętej procedurze mogłoby być bowiem uznane za obejście przepisów prawa określających przesłanki stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Dlatego też należy przyjąć, że udzielenie takiej zgody przez zamawiającego może być uznane za dopuszczalne jedynie w szczególnych przypadkach. Wykonawca zgłaszający konieczność zmiany konfiguracji musiałby przy tym wykazać, że dodatkowy podmiot musi uczestniczyć w realizacji zamówienia jako wykonawca, nie zaś podwykonawca (za czym przemawiałyby przede wszystkim kwestie związane z odpowiedzialnością).

Co do zasady, stwierdzenie konieczności zaangażowania jeszcze jednego podmiotu po stronie wykonawcy, z którym zamawiający prowadził już negocjacje, z formalnego punktu widzenia, musiałoby prowadzić do unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem i powtórzenia czynności skierowania zaproszenia do negocjacji – tym razem do konsorcjum. Jednakże, z punktu widzenia ekonomiki postępowania, takie działanie byłoby nieusprawiedliwione. W konsekwencji, mając na uwadze ogólne intencje ustawodawcy, który regulując tryb negocjacji z ogłoszeniem, przyznał zamawiającemu prawo do decydowania o kręgu wykonawców uczestniczących w postępowaniu, należałoby uznać, iż tym bardziej zamawiający może wyrazić zgodę na zmianę konfiguracji po stronie wykonawcy, pod warunkiem, że udzielenie takiej zgody będzie dla niego korzystne (a zazwyczaj będzie, biorąc pod uwagę zasady odpowiedzialności konsorcjantów).

Wydaje się jednak, że wyrażenie takiej zgody przez zamawiającego możliwe by było tylko w sytuacji, gdy postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia było prowadzone na podstawie art. 209 ust. 1 pkt 3 i 4 u.p.z.p., tj. wtedy kiedy przedmiotem zamówienia na dostawy są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej, służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju oraz kiedy tryb negocjacji bez ogłoszenia został wybrany ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia. Nie wydaje się natomiast usprawiedliwione dopuszczenie zmiany konfiguracji wykonawcy w trakcie postępowania, w sytuacji prowadzenia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia w oparciu o art. 209 ust. 1 pkt 1 i 2 u.p.z.p. (tj. w przypadku uprzednio bezskutecznego przeprowadzenia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego oraz w przypadku, gdy udział w negocjacjach bez ogłoszenia jest nagrodą dla wykonawcy będącego uczestnikiem konkursu). Te przesłanki skorzystania z omawianego trybu

są bowiem ściśle powiązane z warunkami, w jakich została przeprowadzona poprzednia procedura (czy to przetarg nieograniczony, ograniczony, bądź też konkurs). Stąd też, konfiguracja wykonawcy przyjęta w tej poprzedniej procedurze, powinna być kontynuowana w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Dopuszczenie zmiany tej konfiguracji mogłoby być natomiast potraktowane jako próba obejścia przepisów regulujących przesłanki stosowania omawianego trybu, które – ze względu na jego zamknięty charakter – powinny być interpretowane w sposób zawężający.

#### **5.10. Wykonawcy wspólnie ubiegający się w postępowaniu prowadzonym w trybie zamówienia z wolnej ręki**

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest drugą i ostatnią procedurą o charakterze zamkniętym, przewidzianą w ustawie. W odróżnieniu jednak od negocjacji bez ogłoszenia, w postępowaniu prowadzonym w trybie z wolnej ręki, zamawiający prowadzi negocjacje wyłącznie z jednym wykonawcą. Ponadto, procedura jest bardziej odformalizowana, gdyż nie zakłada składania oferty przez wykonawcę. Jedynymi obligatoryjnymi elementami postępowania są zaproszenie wykonawcy do negocjacji, przeprowadzenie z nim negocjacji, weryfikacja podmiotowa wykonawcy i zawarcie z nim umowy.

Podobnie jak w przypadku negocjacji z ogłoszeniem, to po stronie zamawiającego pozostaje decyzja, który wykonawca zostanie zaproszony do negocjacji. Dlatego też udział wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w postępowaniu prowadzonym w omawianym trybie ograniczy się wyłącznie do tych przypadków, w których przesłanka skorzystania z wolnej ręki taką możliwość przewiduje oraz w sytuacji, w której zamawiający zaprosi do negocjacji wykonawcę funkcjonującego w formie spółki cywilnej.

Zamawiający skieruje zaproszenie do negocjacji do konsorcjum w sytuacji, gdy postępowanie w trybie zamówienia z wolnej ręki prowadzi na podstawie:

- art. 214 ust. 1 pkt 4 u.p.z.p., tj. gdy konsorcjum wygrało konkurs, w którym nagrodą było zaproszenie do negocjacji w trybie zamówienia z wolnej ręki autora wybranej pracy konkursowej,
- art. 214 ust. 1 pkt 6 u.p.z.p., tj. gdy w postępowaniu prowadzonym uprzednio w trybie przetargu nieograniczonego albo przetargu ograniczonego wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie,
- art. 214 ust. 1 pkt 7 i 8 u.p.z.p., tj. gdy dotychczasowym wykonawcą zamówienia podstawowego było konsorcjum.

W przypadku prowadzenia postępowania w oparciu o pozostałe przesłanki, zamawiający będzie kierować zaproszenie do negocjacji do wykonawców występujących samodzielnie (z wyjątkiem sytuacji, gdy zamawiający zdecyduje się udzielić zamówienia spółce cywilnej).

Analogicznie, jak w przypadku negocjacji bez ogłoszenia, wykonawcy, do których skierowano zaproszenie do negocjacji samodzielnie nie mogą decydować o konfiguracji w jakiej przystąpią do negocjacji, a następnie zawrą umowę w sprawie zamówienia publicznego. Decyzję w tym zakresie podejmuje za nich zamawiający, precyzując adresata zaproszenia do negocjacji.

Pojawia się w tym zakresie pytanie, czy – analogicznie jak w przypadku negocjacji bez ogłoszenia – możliwe byłoby natomiast, aby zamawiający w trakcie postępowania prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki, wyraził zgodę na zmianę konfiguracji wykonawcy, zgłoszoną w toku negocjacji?

Wydaje się, że wyrażenie takiej zgody, przy spełnieniu określonych warunków i jedynie w wyjątkowych przypadkach, można by było uznać za dopuszczalne. Z drugiej jednak strony, zamawiający taką decyzję musiałby podejmować ze szczególną ostrożnością. Zamówienie z wolnej ręki jest bowiem specyficznym trybem, w którym zamawiający prowadzi negocjacje tylko z jednym wykonawcą. W konsekwencji, również przesłanki stosowania zamówienia z wolnej ręki są ściśle związane z okolicznością występowania ograniczonego kręgu potencjalnych wykonawców, czy nawet monopolu jednego wykonawcy. W takiej sytuacji, zmiana konfiguracji wykonawcy poprzez „doproszenie” jeszcze jednego podmiotu, mogłoby w niektórych przypadkach, podważać spełnienie się przesłanki zastosowania omawianego trybu. Z powyższych względów, ewentualna zgoda zamawiającego powinna być wydawana tylko wtedy, gdy zmiana konfiguracji nie wpływa na zasadności prowadzenia postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki.

### **5.11. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w postępowaniach prowadzonych w procedurze krajowej**

Dla zamówień o wartości mniejszej od progów unijnych ustawa przewiduje osobne procedury: tryb podstawowy (w trzech wariantach), partnerstwo innowacyjne, negocjacje bez ogłoszenia oraz zamówienie z wolnej ręki. Wzorowane są one na trybach przewidzianych dla udzielania zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Zwłaszcza ostatnie trzy z wyżej wymienionych, stanowią odpowiedniki procedury unijnej, a jedyne różnice dotyczą skróconych terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub nieznacznych odmienności w przesłankach zastosowania danego trybu. Zasady udziału konsorcjum w



postępowaniach prowadzonych w tych trybach nie będą się zatem różniły od zasad obowiązujących w analogicznych procedurach właściwych dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Stąd też analizę udziału wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie można ograniczyć do trybu podstawowego, który stanowi specyficzny dla procedury krajowej tryb, łączący w sobie cechy przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego oraz negocjacji z ogłoszeniem.

Tryb podstawowy umożliwia udzielenie zamówienia według trzech wariantów, których wybór należy do zamawiającego. Wszystkie z nich mają charakter procedury otwartej, w której w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wszyscy zainteresowani wykonawcy mogą złożyć oferty. W konsekwencji, to do wykonawców należy decyzja, w jakiej konfiguracji, samodzielnie, czy też wspólnie wezmą udział w postępowaniu. Decyzja ta znajduje odzwierciedlenie w ofercie złożonej w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Do tego momentu, od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia (odpowiednio SWZ w wariantcie bez negocjacji i w wariantcie z fakultatywnymi negocjacjami lub opisu potrzeb i wymagań w wariantcie z obligatoryjnymi negocjacjami), wykonawcom, podobnie jak w przypadku przetargu nieograniczonego, przysługuje prawo do składania wniosków o wyjaśnienie dokumentów zamówienia lub odwołania na ich treść lub treść ogłoszenia o zamówienia. Z uprawnień tych, mogą skorzystać samodzielnie lub wspólnie z innymi wykonawcami, przy czym, jak w przetargu nieograniczonym, przyjęta konfiguracja w tej fazie postępowania nie jest dla nich wiążąca dla późniejszych czynności dokonywanych w postępowaniu.

Dopiero złożenie oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie statuuje charakter ich udziału w postępowaniu.

W przypadku trybu podstawowego bez negocjacji (wariant pierwszy), zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej spośród ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu<sup>709</sup>.

W trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami (wariant drugi), zamawiający może w trakcie postępowania zdecydować, czy przeprowadzi negocjacje, czy też dokona wyboru w oparciu o oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu<sup>710</sup>. W pierwszej z wyżej wspomnianych sytuacji, zamawiający zaprasza do negocjacji wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone, a jeżeli korzystając ze swych uprawnień, zamawiający przewidział

---

<sup>709</sup> Art. 275 pkt 1 u.p.z.p.

<sup>710</sup> Art. 275 pkt 2 u.p.z.p.

ograniczenie liczby wykonawców w postępowaniu, zaprasza tych spośród wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego<sup>711</sup>. Jeżeli więc ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie i wynik oceny ich oferty był pozytywny, zapraszani są do negocjacji z zamawiającym. Do wyboru członków konsorcjum należy, czy wszyscy będą aktywnie uczestniczyć w negocjacjach z zamawiającym, czy też ograniczą się wyłącznie do reprezentowania ich interesów przez swojego pełnomocnika. Zamawiający następnie informuje wszystkich wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone o zakończeniu negocjacji i zaprasza wykonawców do składania ofert dodatkowych<sup>712</sup>. Tym samym, w przypadku oferty złożonej wspólnie, zaproszenie do złożenia ofert dodatkowych kierowane jest do całego konsorcjum. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą podjąć decyzję o złożeniu, bądź nie, oferty dodatkowej, przy czym nie może być ona mniej korzystna w żadnym z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Oferta dodatkowa, która jest mniej korzystna w którymkolwiek z kryteriów oceny ofert wskazanych w zaproszeniu do negocjacji niż oferta złożona w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, podlega odrzuceniu<sup>713</sup>. Do ofert dodatkowych znajduje zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., co oznacza, że w przypadku, gdy ofertę dodatkową złoży jeden z dotychczasowych konsorcjantów samodzielnie lub konsorcjum o zmienionym składzie (z innym członkiem lub bez jednego z nich), oferta taka zostanie odrzucona.

Prowadząc postępowanie w trybie podstawowym z obligatoryjnymi negocjacjami (wariant trzeci), zamawiający nie może podjąć decyzji o zaniechaniu negocjacji i dokonaniu wyboru spośród ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu. Zamawiający zatem, po dokonaniu badania i oceny ofert, zaprasza do negocjacji wykonawców, w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jeżeli ich oferty nie zostały odrzucone oraz, o ile zamawiający przewidział ograniczenie liczby wykonawców w postępowaniu, tych spośród wykonawców, których oferty spełniają w najwyższym stopniu te kryteria, w liczbie ustalonej przez zamawiającego<sup>714</sup>. Po zakończeniu negocjacji zamawiający sporządza SWZ, która stanowi doprecyzowanie oraz uzupełnienie informacji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, w zakresie, w jakim było to przedmiotem negocjacji<sup>715</sup>. Następnie, zamawiający informuje

---

<sup>711</sup> Art. 289 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>712</sup> Art. Art. 293 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>713</sup> Art. 296 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>714</sup> Art. 289 ust. 1 u.p.z.p.

<sup>715</sup> Art. 292 ust. 1 u.p.z.p.

równocześnie wszystkich wykonawców, których oferty złożone w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu nie zostały odrzucone, i którzy brali udział w negocjacjach, o zakończeniu negocjacji oraz zaprasza ich do składania ofert ostatecznych<sup>716</sup>. Uczestnictwo w negocjacjach determinuje zatem dalszy udział w postępowaniu – jeżeli wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie przeprowadzili negocjacji z zamawiającym, nie zostanie do nich skierowane zaproszenie do składania ofert ostatecznych. Na tym etapie postępowania, wykonawcy mogą składać wnioski o wyjaśnienie treści SWZ lub odwołania na jej treść. Mając na uwadze regulację art. 293 ust. 2 u.p.z.p., można sformułować wniosek, iż uprawnionymi do dokonania tych czynności będą jedynie ci z wykonawców, którzy zostali zaproszeni do złożenia ofert ostatecznych. W przypadku konsorcjum, wnioski o wyjaśnienie SWZ lub złożenie odwołania na jego treść będzie zatem skuteczne wyłącznie wtedy, gdy zostanie dokonane przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (co oczywiście nie wyklucza działania przez pełnomocnika; istotne jest jednak jego prawidłowe umocowanie przez wszystkich członków konsorcjum).

W odpowiedzi na zaproszenie, wykonawcy składają oferty ostateczne<sup>717</sup>. Do ofert ostatecznych znajduje zastosowanie art. 226 ust. 1 pkt 9 u.p.z.p., co oznacza, że w przypadku, gdy ofertę ostateczną złoży jeden z dotychczasowych konsorcjantów samodzielnie lub konsorcjum o zmienionym składzie (z innym członkiem lub bez jednego z nich), oferta taka zostanie odrzucona.

Zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego we wszystkich wariantach trybu podstawowego następuje na zasadach ogólnych, wedle których zamawiający jest zobowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy<sup>718</sup>. Tym samym, jeżeli zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez konsorcjum, umowę musi również zawrzeć z wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o zamówienie.

Mając na uwadze, że niezależnie od wariantu trybu podstawowego, zawsze w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu zainteresowani wykonawcy składają ofertę, należy przyjąć, że zmiana składu konsorcjum w toku postępowania nie jest dopuszczalna, gdyż już na samym początkowym etapie procedury wykonawcy deklarują w sposób wiążący sposób realizacji zamówienia – wspólnie z innymi wykonawcami lub samodzielnie.

---

<sup>716</sup> Art. 293 ust. 2 u.p.z.p.

<sup>717</sup> Art. 296 ust. 3 u.p.z.p.

<sup>718</sup> Art. 17 ust. 2 u.p.z.p.

## Zakończenie

1. Współczesne prawo zamówień publicznych odnosi się do prywatnoprawnej procedury istniejącej w relacjach między autonomicznymi oraz równorzędnymi stronami (zamawiającymi i wykonawcami), której celem jest zawarcie umowy w oparciu o wybraną najkorzystniejszą ofertę, a w niektórych przypadkach – także z uwzględnieniem, wynegocjowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonując zakupów dóbr i usług, instytucje zamawiające, będące w dużej mierze organami władzy publicznej, działają jako uczestnicy rynku. Fakt, iż podobny status mają wykonawcy sprawia, że relacje powstające w ramach procedury zamówieniowej mają charakter stosunków cywilnoprawnych. W tym kontekście, jednym z podstawowych celów zamówień publicznych jest stworzenie warunków dla uczciwej konkurencji w rywalizacji o uzyskanie najkorzystniejszej oferty.
2. Zasada uczciwej konkurencji wyraża się m.in. w obowiązku zamawiającego przygotowania i przeprowadzenia postępowania zamówieniowego w sposób zapewniający przestrzeganie przepisów prawa i w związku z tym wykluczający faworyzowanie któregośkolwiek z podmiotów danej procedury. Żaden z nich nie może być ani dyskryminowany, ani też traktowany lepiej niż inni wykonawcy. Dla zwiększenia konkurencji, tak prawodawca unijny, jak i krajowy, dopuszcza do rynku zamówieniowego nie tylko indywidualnych wykonawców, ale i tych, którzy wspólnie ubiegają się o udzielenie zamówienia publicznego. Podmioty składają wspólne oferty, aby skumulować potencjał w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, czy zjednoczenia sił we wspólnej realizacji zamówienia.
3. Wspólne ubieganie się o zamówienie przybiera najczęściej formę konsorcjum, choć możliwe są także inne konstrukcje, np. spółki cywilnej. W odróżnieniu od tej ostatniej, konsorcjum jest formą współdziałania podejmowanego pomiędzy gospodarczo niezależnymi podmiotami, w celu realizacji określonego, z reguły jednorazowego przedsięwzięcia, także w sferze zamówień publicznych, cechującą się przejściowym charakterem, zminimalizowaniem formy instytucjonalnej, brakiem intencji powołania wspólnoty (zwłaszcza spółki jako takiej), brakiem wyodrębnionego majątku, ale wymagającą konieczności sprecyzowania sposobu uczestnictwa partnerów we wspólnym przedsięwzięciu. W wyniku zawarcia umowy konsorcjalnej nie powstaje byt prawny posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają jedynie partnerzy tworzący konsorcjum.

4. Z punktu widzenia konkurencyjności systemu zamówień publicznych istotne znaczenie posiada kwestia spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z regulacją art. 117 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełnienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne. Ponadto, w art. 117 ust. 2 i 3 u.p.z.p., w odniesieniu do grupy wykonawców, ustawodawca przewidział szczególne zasady spełniania warunków udziału w zakresie:
  - a) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (wówczas co najmniej jeden z wykonawców musi posiadać takie uprawnienia, i to on zobowiązany będzie wykonać zamówienie w zakresie, w jakim uprawnienia te są potrzebne do realizacji) oraz
  - b) wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (wówczas również ten wykonawca, który dysponuje danym potencjałem, zobowiązany jest do wykonania zamówienia w zakresie, w jakim potencjał ten jest wymagany do realizacji).
5. W Prawie zamówień publicznych nie została wprost rozstrzygnięta kwestia korzystania z potencjału (zdolności technicznej i zawodowej) zdobytego podczas wspólnej realizacji zamówienia przez wykonawców. Na gruncie d.p.z.p. orzecznictwo sądowe i KIO dopuszczało możliwość posługiwania się takim potencjałem przez wszystkich wykonawców, którzy realizowali zamówienie. W wyroku z dnia 4.05.2017 r. w sprawie C – 387/14, Esaprojekt Sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu (EU:C:2017:338) TSUE stwierdził, że niedopuszczalne jest, aby wykonawca, który samodzielnie bierze udział w postępowaniu i w tym celu posługuje się doświadczeniem zdobytym wraz z innymi wykonawcami, powoływał się na okoliczność wykonywania prac, w których faktycznie i konkretnie nie uczestniczył. Zdaniem sędziów luksemburskich, zdolność wykonawcy polegającego na doświadczeniu konsorcjum, należy oceniać mając na uwadze konkretny zakres udziału tego wykonawcy w realizacji zamówienia, czyli jego faktyczny wkład w prowadzenie działań wymaganych od konsorcjum w ramach umowy zawartej z zamawiającym. Ocena tego orzeczenia TSUE zostanie dokonana poniżej.

6. Celem niniejszej pracy było zatem przeprowadzenie pogłębionej analizy instytucji wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, ze szczególnym uwzględnieniem problematyki sumowania potencjałów na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, możliwości posługiwania się doświadczeniem zdobytym w ramach konsorcjum, a także stabilności składu konsorcjum w toku procedury zamówieniowej oraz realizacji umowy zawartej z zamawiającym. Powyższe zagadnienia wywołują od lat wiele wątpliwości interpretacyjnych, czego przejawem jest brak jednolitej linii orzeczniczej KIO oraz sądów powszechnych w tym zakresie. Jedną z przyczyn takiego stanu rzeczy jest, jak należy przypuszczać, niedostateczne uregulowanie instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia w u.p.z.p. Prawodawca krajowy, chcąc uniknąć ryzyka naruszenia zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji na skutek nadmiernego unormowania tego instrumentu, sformułował uprawnienie do wspólnego ubiegania się o zamówienie w sposób lakoniczny. Stosowanie w praktyce tej instytucji wymaga zatem w pozostałym zakresie sięgania do naczelných zasad udzielania zamówień publicznych oraz regulacji k.c., będących *lex generalis* względem przepisów u.p.z.p. Powyższe jednak nie rozwiązuje w pełni problemu, gdyż wspólne ubieganie się o zamówienie w polskim systemie zamówień publicznych może przyjąć, jak wyżej wskazano, dwie postaci współpracy wykonawców: w ramach spółki cywilnej, która stanowi umowę nazwaną, unormowaną w k.c. lub formę bardziej elastyczną i z tego powodu również częściej stosowaną, tj. w ramach umowy konsorcjalnej. Ta druga, jako umowa nienazwana, od lat budzi zainteresowanie wśród przedstawicieli doktryny, którzy próbują określić ten rodzaj zrzeczenia podmiotów. W tym zakresie, zwraca się przede wszystkim uwagę na takie specyficzne cechy umowy konsorcjalnej jak brak podmiotowości utworzonego w jej ramach konsorcjum, czy też brak majątku wspólnego, który z kolei jest elementem typowym dla umowy spółki cywilnej. Niezależnie jednak od powyższego, podmioty gospodarcze, regulując zasady współpracy w ramach umowy konsorcjalnej, z racji jej statusu umowy nienazwanej, korzystają ze swobody zawierania umów wynikającej z art. 353<sup>1</sup> k.c. To natomiast nie ułatwia stosowania tej instytucji w zamówieniach publicznych, gdyż brak szczegółowych unormowań w tym zakresie pozostawia szerokie pole do interpretacji.
7. Choć w u.p.z.p. znajduje się szereg przepisów regulujących instytucję wspólnego ubiegania się o zamówienie, stanowiących *lex specialis* względem norm k.c., to należy

uznać je jednak za niewystarczające w kontekście potencjalnych problemów, jakie rodzi współpraca wykonawców zarówno w procedurze zamówieniowej, jak i na etapie realizacji umowy zawartej z zamawiającym. W sytuacji, gdy ustawodawca nie zdecydował się na rozróżnienie form współpracy wykonawców, to do każdej z nich – zarówno do spółki cywilnej, jak i umowy konsorcjalnej – znajdują zastosowanie jednolite zasady. Działanie to, co do zasady, należy ocenić pozytywnie, gdyż dzięki temu, prawodawca krajowy nie stworzył jakiegokolwiek preferencji co do konkretnej postaci współpracy wykonawców, jak również nie zamknął możliwości skorzystania z innej, aczkolwiek podobnej instytucji (np. formy współdziałania uregulowanej na gruncie prawa obcego). W rezultacie, zarówno konsorcjum lub spółka cywilna, jak i każda analogiczna postać wspólnego ubiegania się o zamówienie musi spełniać określone przez ustawodawcę warunki odnoszące się między innymi do ustanowienia pełnomocnika, zasad odpowiedzialności wykonawców względem zamawiającego, łączenia zdolności, dokonania podziału zadań, czy wniesienia wadium, niezależnie od wewnętrznych stosunków łączących współpracujących ze sobą wykonawców.

8. Jednym z głównych problemów, jaki pojawia się w związku z niedostatecznym uregulowaniem instytucji wspólnego ubiegania się o zamówienie jest zagadnienie dotyczące możliwości sumowania potencjałów konsorcjantów. Jest to materia o tyle istotna, że jednym z celów, dla którego podmioty decydują się na zawiązanie konsorcjum jest przede wszystkim (choć nie wyłącznie) możliwość łączenia zdolności poszczególnych jego partnerów, którzy samodzielnie nie byłiby w stanie potwierdzić spełnienia warunków udziału. Z tego też powodu wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne jest instrumentem istotnie zwiększającym konkurencję, umożliwiającym uczestnictwo w procedurach zamówieniowych również mniejszym podmiotom, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorców.

Podobny cel ma pełnić również instytucja polegania na zasobach podmiotów trzecich, która została przewidziana w dyrektywie 2014/24/UE i zaimplementowana do przepisów krajowych. Pomiędzy wspólnym ubieganiem się o zamówienie a posługiwaniem się potencjałem podmiotu trzeciego występują jednak zasadnicze różnice.

Przede wszystkim, wykonawcy wspólnie składający ofertę nawiązują bezpośrednią relację z zamawiającym, zarówno na etapie procedury zamówieniowej, jak i w trakcie realizacji umowy. W rezultacie ponoszą oni odpowiedzialność za uchybienia

popelnione, choćby przez jednego z nich, w toku postępowania (co zazwyczaj wiąże się z koniecznością odrzucenia wspólnie złożonej oferty). Z kolei na etapie wykonywania umowy wszyscy odpowiadają solidarnie względem zamawiającego za wykonanie zamówienia oraz wniesienie zabezpieczenia. Stąd też, konsorcja są tworzone nie tylko dla celu sumowania potencjałów (choć przeważnie), ale również na potrzeby wspólnej realizacji zamówienia.

Z kolei instytucja posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego ma ściśle ograniczoną funkcję. Ma ona bowiem służyć wyłącznie łączeniu zdolności, aby wykonawca był w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zaangażowanie podmiotu trzeciego w realizację zamówienia w roli podwykonawcy lub innej nie jest więc zasadniczym celem tej instytucji, a jedynie wynikiem posłużenia się przez wykonawcę na zdolności tego podmiotu. Inne są również zasady odpowiedzialności zarówno na etapie procedury zamówieniowej, jak i realizacji kontraktu. Co do zasady, podmiot trzeci nie ponosi żadnej odpowiedzialności wobec zamawiającego za swoje uchybienia oraz nie nawiązuje bezpośredniego stosunku prawnego z zamawiającym (z wyjątkiem nielicznych przypadków, kiedy podmiot trzeci jako podwykonawca wstępuje w miejsce wykonawcy, zgodnie z art. 455 ust. 1 pkt 2 u.p.z.p.). To wykonawca, jako posługujący się zdolnościami podmiotu trzeciego, odpowiada za jego działania lub zaniechania, co na etapie procedury zamówieniowej może wiązać się z koniecznością zmiany tego podmiotu na inny lub wręcz zastąpienia go przez wykonawcę, a w trakcie realizacji umowy powoduje odpowiedzialność *ex contractu*.

9. Z powyższych względów, w niniejszej rozprawie została sformułowana teza, iż istnieje wiele powodów przemawiających za możliwością odmiennego traktowania instytucji konsorcjum oraz polegania na zasobach podmiotów trzecich. Z punktu widzenia interesów zamawiającego konsorcjum jest bezpieczniejszym rozwiązaniem, niż zawarcie umowy z wykonawcą realizującym zamówienie przy pomocy podwykonawców, uprzednio użyczającymi mu swoich zdolności.

Analiza przepisów u.p.z.p. wskazuje natomiast, iż prawodawca krajowy w przepisach u.p.z.p. dokonał nieprawidłowej implementacji art. 63 dyrektywy 2014/24/UE regulującego kompleksowo kwestię łączenia potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie oraz polegania na zasobach podmiotów trzecich. Źródła tego stanu rzeczy należy upatrywać w tym, iż na przestrzeni lat, jeszcze na gruncie



d.p.z.p., ustawodawca normował obie te instytucje stopniowo, nie zaś całościowo, zaś przy formułowaniu przepisów u.p.z.p. kierował się przede wszystkim wnioskami płynącymi z wielokrotnie cytowanego w pracy orzeczenia wydanego w sprawie Esaprojekt. Tymczasem wyrok ten, w mojej ocenie, nie może stanowić punktu odniesienia do tworzenia regulacji w omawianym zakresie, gdyż został wydany na gruncie poprzedniego stanu prawnego (w oparciu o przepisy dyrektywy 2004/18/WE, która regulowała kwestie polegania na zasobach podmiotów trzecich w sposób odmienny niż aktualnie obowiązująca dyrektywa), a ponadto siłą rzeczy, jako rozstrzygnięcie określonej kwestii, odnosi się do omawianego problemu wyłącznie fragmentarycznie, a nie kompleksowo.

W rezultacie, ze względu na niewłaściwe sformułowanie przepisów, w szczególności art. 117 i art. 118 u.p.z.p., sumowanie potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie zostało obwarowane szczegółowymi przesłankami, podczas gdy posługiwanie się potencjałem podmiotów trzecich już nie. W konsekwencji powyższego, ustawodawca krajowy, choć w sposób niezamierzony, *de facto* doprowadził do sytuacji, w której rozwiązaniem preferowanym przez rynek jest instrument dla zamawiającego mniej korzystny, czyli poleganie na zasobach podmiotu trzeciego, podczas gdy wspólne złożenie oferty staje się instytucją bardziej skomplikowaną dla wykonawców.

10. To rozróżnienie jest szczególnie widoczne przy dokonywaniu analizy porównawczej art. 117 i art. 118 u.p.z.p. Prawodawca polski przewidział bowiem szczególne zasady sumowania potencjałów wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w odniesieniu do warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 117 ust. 2 u.p.z.p.) oraz warunku dotyczącego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (art. 117 ust. 3 u.p.z.p.). Ponadto, w art. 117 ust. 1 u.p.z.p. przyznano zamawiającym uprawnienie do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego, sposobu spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu (art. 117 ust. 1 u.p.z.p.).

Tymczasem, w odniesieniu do instytucji polegania na zasobach podmiotów trzecich, ustawodawca krajowy ograniczył się wyłącznie do wprowadzenia ogólnej zasady, iż wykonawcy mogą skorzystać z potencjału innych podmiotów w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia (art. 118 ust. 1 u.p.z.p.). Jedynym

ograniczeniem w tym zakresie jest konieczność zaangażowania tego podmiotu jako podwykonawcy, jeżeli udostępni on zasoby na potrzeby spełnienia warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (art. 118 ust. 2 u.p.z.p.).

Tak lakonicznie sformułowane zasady łączenia potencjałów zarówno w ramach grupy wykonawców, jak i z uwzględnieniem podmiotu trzeciego, powodują, iż zamawiający nie korzystają z faktycznie przysługujących im uprawnień i nie określają warunków udziału w postępowaniu w sposób dostosowany do specyfiki zamówienia.

Tymczasem, w mojej ocenie, intencją prawodawcy unijnego było przyznanie zamawiającym prawa do indywidualnego ukształtowania sposobu spełnienia warunków udziału w konkretnym postępowaniu, oczywiście pod warunkiem zachowania zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności. Zamawiający w tym zakresie powinien na etapie przygotowania postępowania dokonać analizy, czy zdolności niezbędne do wykonania zamówienia mają charakter jednorodny, a zatem możliwe są do spełnienia tylko przez jednego wykonawcę lub jednego z konsorcjantów, czy też mogą, bez większego uszczerbku dla przyszłego kontraktu, mieć charakter rozdrobniony i tym samym podlegać sumowaniu w ramach konsorcjum lub z uwzględnieniem potencjału podmiotu trzeciego. Analiza ta powinna być poszerzona również o ustalenie, czy posłużenie się potencjałem podmiotu trzeciego pozwoli na wyłonienie wykonawcy gwarantującego należytego wykonanie zamówienia. Innymi słowy, czy w konkretnym postępowaniu występuje „*stosowność sytuacji*”, która jest warunkiem *sine qua non* dla skorzystania z instytucji polegania na zasobach podmiotów trzecich.

11. W zależności od wyników powyższej analizy, zamawiający może być uprawniony, albo wręcz zobowiązany do tego, aby sformułować opis sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu adekwatnie dla konkretnej formy uczestnictwa wykonawców w procedurze zamówieniowej. Tym samym, zamawiający może odmiennie ukształtować warunki udziału dla wykonawców ubiegających się o zamówienie samodzielnie, wspólnie lub z wykorzystaniem potencjału podmiotu trzeciego. Możliwe jest nawet wyłączenie możliwości posłużenia się przez wykonawcę zdolnościami podmiotów trzecich, jeżeli zamawiający uzna, iż nie byłoby to „*stosowne*”.

Oczywiście, korzystanie z powyższych uprawnień przez zamawiającego musi odbywać się z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności. Zamawiający w szczególności nie może kształtować opisu sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby bez obiektywnego uzasadnienia preferować określoną formę uczestnictwa w postępowaniu. Korzystanie z uprawnień w tym zakresie nie powinno stanowić również przejawu premiowania większych firm i zamykania rynku zamówień publicznych na małe i średnie przedsiębiorstwa, gdyż byłoby to działanie wprost sprzeczne z intencjami prawodawcy unijnego oraz krajowego.

Na drugim biegunie znajduje się natomiast aktualna praktyka zamawiających, którzy częstokroć bezrefleksyjnie stosują przepisy art. 117 oraz art. 118 u.p.z.p.

12. W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w oparciu o art. 117 ust. 1 u.p.z.p. zamawiający zazwyczaj ograniczają się do formułowania szczególnych zasad sumowania potencjałów w kontekście rozdrobnionego lub jednorodnego doświadczenia, pomijając okoliczność, iż ogólne brzmienie tego przepisu *de facto* pozwala na szerszy zakres możliwości dostosowania brzmienia warunku udziału do specyfiki zamówienia.

Z kolei, w odniesieniu do podmiotów trzecich, zamawiający najczęściej w ogóle nie korzystają z uprawnień wynikających z art. 118 ust. 1 u.p.z.p. i nie decydują się na dookreślenie „*stosowności sytuacji*”, tj. nie kreują szczególnych zasad polegania na zasobach podmiotów trzecich w konkretnej procedurze. Tego typu działanie jest, w mojej ocenie, szczególnie niewłaściwe w sytuacji, gdy zamawiający stosownie do art. 117 ust. 1 u.p.z.p. formułuje szczególny, obiektywnie uzasadniony sposób spełnienia warunków udziału przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (np. wyłącza możliwość sumowania rozdrobnionego doświadczenia), natomiast nie przewiduje analogicznych zasad w stosunku do potencjału podmiotu trzeciego.

Co więcej, jak się wydaje, niewłaściwą jest również dosyć powszechna praktyka zamawiających, którzy dopuszczają możliwość polegania na zasobach podmiotów trzecich w sytuacji, kiedy przewidują w postępowaniu jeden warunek o charakterze jednorodnym. Na skutek takiego postępowania, ofertę w postępowaniu może złożyć wykonawca całkowicie niezdolny do wykonania zamówienia, który do realizacji najważniejszych zadań będzie musiał zaangażować podwykonawcę. W rezultacie,

zasadniczą część zamówienia będzie realizował podmiot niebędący stroną zawartej umowy, nieponoszący odpowiedzialności w stosunku do zamawiającego za jej należyte wykonanie. Stroną zawartej umowy będzie natomiast, kolokwialnie rzecz ujmując, „firma krzak”, w stosunku do której jakakolwiek egzekucja może okazać się bezskuteczna, co z pewnością nie sprzyja bezpieczeństwu i racjonalizacji wydatkowania środków publicznych.

Można w rezultacie postawić tezę, że powyższe nieprawidłowości wynikają z lakonicznego sformułowania w polskiej ustawie zasad sumowania potencjałów w ramach konsorcjum oraz wykonawcy i podmiotu trzeciego, jak również formułowanej przez KIO oraz UZP wykładni przepisów u.p.z.p. i dyrektywy 2014/24/UE o konieczności zachowania konkurencji w postępowaniu za wszelką cenę.

13. Jak podkreślano w toku wyводу, zamawiający, w pewnych granicach i przy poszanowaniu naczelnych zasad udzielania zamówień publicznych, ma prawo kształtować warunki udziału w postępowaniu tak, aby zagwarantować sobie wybór wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. Teoretycznie takie możliwości stwarza mu art. 117 ust. 1 oraz art. 118 ust. 1 u.p.z.p., niemniej jednak praktyka wskazuje, że regulacje te nie są dla zamawiających wystarczająco zrozumiałe.

Dlatego też należy postulować *de lege ferenda* doprecyzowanie unormowań odnoszących się do uprawnień zamawiającego w zakresie określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, poprzez dodanie, iż uprawnienie to dotyczy wszelkiego rodzaju warunków udziału wymienionych w art. 112 u.p.z.p. Dzięki temu zabiegowi, zamawiający nie będą ograniczać stosowania tego przepisu wyłącznie do warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Z drugiej strony, usprawidliwione byłoby dodanie w art. 118 u.p.z.p. regulacji przyznającej wprost zamawiającemu prawa do określenia „*stosowności sytuacji*”, w której możliwe jest skorzystanie przez wykonawców z potencjału podmiotu trzeciego na potrzeby potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W tym zakresie, słusznym byłoby również dodanie, iż zamawiający ma prawo do określenia szczególnego, obiektywnie uzasadnionego sposobu spełnienia warunków udziału w

postępowaniu w odniesieniu do wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich.

Wskutek tych zmian powinna wzrosnąć świadomość wśród zamawiających odnośnie przysługujących im uprawnień, co w dłuższej perspektywie, przy założeniu poprawnego stosowania przepisów, powinno wpłynąć na jakość procedur zamówieniowych oraz realizowanych umów.

14. Problemem, któremu poświęcono odrębnie uwagę jest zagadnienie posługiwania się przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego doświadczeniem zdobytym uprzednio w ramach konsorcjum. W tym zakresie również stwierdzono, iż aktualne rozwiązania prawne nie są wystarczające, o czym świadczy między innymi brak zgodności poglądów KIO oraz TSUE.

W oparciu o analizę obecnie obowiązujących przepisów u.p.z.p. postawiona została teza, iż prawodawca krajowy nieprawidłowo ograniczył możliwość posłużenia się doświadczeniem zdobytym przez wykonawcę w ramach konsorcjum, używając w §9 ust. 3 r.p.ś.d. niefortunnego wyrażenia „bezpośredniego uczestnictwa”. Podobnie jak w przypadku wyżej omówionych przepisów, regulacja §9 ust. 3 r.p.ś.d. została wprowadzona w oparciu o wnioski wypływające z orzeczenia w sprawie Esaprojekt. W mojej jednak ocenie, ustawodawca również w tym przypadku dokonał nieprawidłowo interpretacji poglądów TSUE, rozstrzygając, iż wykonawca może powołać się na doświadczenie zdobyte w ramach umowy wykonywanej z innymi konsorcjantami, tylko w zakresie tych zadań, które faktycznie wykonywał.

Takie podejście wydaje się zbyt rygorystyczne i wręcz sprzeczne z intencją prawodawcy unijnego, który kształtując przepisy dyrektywy 2014/24/UE kierował się przede wszystkim chęcią zwiększenia konkurencji w postępowaniach oraz odformalizowania procedury.

15. Stąd też, w świetle powyższych przyczyn, należałoby się opowiedzieć za koniecznością wprowadzenia zasady obowiązku przeprowadzenia przez zamawiającego indywidualnej oceny doświadczenia zdobytego przez wykonawcę w ramach konsorcjum. Na wyprowadzenie takiego wniosku pozwala *nota bene* analiza opinii Rzecznika Generalnego wydanej w sprawie Esaprojekt, który podkreślał znaczenie konkretnej roli pełnionej przez konsorcjanta w toku realizacji zamówienia.

W pełni należy się opowiedzieć za tym sposobem interpretacji, gdyż tylko wprowadzenie zasady, iż udział członka grupy wykonawców w konkretnym zadaniu powinien być badany *ad casum*, pozwala pogodzić dwie istotne dla systemu zamówień publicznych wartości, tj. konkurencyjność procedur oraz gwarancję udzielenia zamówienia wykonawcy zdolnemu do jego wykonania.

Aktualny stan prawny, ze względu na swój rygoryzm, *de facto* nie realizuje obu wyżej wymienionych celów. Na skutek ścisłej wykładni sformułowania „*bezpośrednie uczestnictwo w realizacji zamówienia*” użytego w §9 ust. 3 r.p.ś.d. wykonawcy, którzy faktycznie zdobyli doświadczenie (np. w drodze koordynacji prac współkonsorcjantów lub poprzez ścisłą z nimi współpracę) nie decydują się na złożenie oferty, obawiając się, że nie wykażą spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Takich obaw z kolei nie mają wykonawcy, którzy nabyli doświadczenie realizując kontrakt przy pomocy podwykonawców. Tymczasem, obserwacja praktyki, zwłaszcza zamówień na roboty budowlane, wskazuje, że rola takiego generalnego wykonawcy częstokroć ogranicza się wyłącznie do roli organizacyjno – administracyjnej i w wielu przypadkach taki podmiot w ogóle nie jest zaangażowany *stricte* w prace budowlane. Z punktu widzenia interesów zamawiającego, nie byłoby zatem trafnym, premiowanie tego typu podmiotów, kosztem wykonawców, którzy zdobyli faktyczną wiedzę i doświadczenie wskutek ścisłej współpracy z konsorcjantami.

W rezultacie, należy postulować *de lege ferenda* zmianę brzmienia §9 ust. 3 u.p.z.p. poprzez dookreślenie, że jeżeli wykonawca powołuje się na doświadczenie w realizacji robót budowlanych, dostaw lub usług, wykonywanych wspólnie z innymi wykonawcami, wykaz robót budowlanych, usług lub dostaw powinien dotyczyć tych prac, w których wykonawca uczestniczył w taki sposób, że można uznać, iż zdobył on wymagane przez zamawiającego doświadczenie.

16. Ostatnie zagadnienie, będące przedmiotem analizy w ramach niniejszej pracy, odnosi się do problemu stabilności konsorcjum.

Materia ta jest istotna głównie w kontekście procedur negocjacyjnych, po które, zgodnie z zamierzeniem ustawodawcy krajowego, zamawiający powinni częściej sięgać, realizując tym samym politykę zakupową nastawioną na efektywność wydatkowania środków i dialog z rynkiem.

Niezależnie jednak od powyższego, problem stabilności konsorcjum pozostaje aktualny również w kontekście realizacji umów w sprawie zamówienia publicznego. Ze względu bowiem na naturę umowy konsorcjalnej, która charakteryzuje się dużą elastycznością, zakładać należy wysoki stopień ryzyka rozwiązania tego stosunku prawnego przed wykonaniem kontraktu zawartego z zamawiającym.

Jak wskazano w niniejszej pracy, problematyka ta nie została w wystarczający sposób uregulowana w przepisach u.p.z.p. Jediną normą mającą znaczenie w tym zakresie na etapie procedury zamówieniowej pozostaje ogólna zasada wynikająca z art. 17 ust. 2 u.p.z.p., zgodnie z którą zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z kolei na etapie realizacji umowy, ewentualne zmiany podmiotowe mogą być dokonywane wyłącznie na podstawie art. 455 ust. 1 pkt 1 lub 2 u.p.z.p.

Co wymaga podkreślenia, w odniesieniu do problemu stabilności konsorcjum w trakcie trwania procedury zamówieniowej, brak jest zgodności poglądów TSUE oraz KIO. Orzecznictwo krajowe jednoznacznie rozstrzyga o braku możliwości zmiany składu konsorcjum po złożeniu przez nie oferty. Wśród przyczyn takiego stanu rzeczy upatruje istotne znaczenie deklaracji wykonawców o wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne oraz pogorszenie sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców, spowodowane koniecznością ponownej weryfikacji podmiotowej konsorcjum o zmienionym składzie.

Z kolei TSUE nie dostrzega żadnych trudności w dopuszczeniu możliwości zmiany konsorcjum na etapie po złożeniu oferty. W mojej ocenie, pogląd sędziów luksemburskich w tym zakresie jest w pełni słuszny. Biorąc pod uwagę, że długotrwała procedura jest istotnym obciążeniem dla wykonawców w niej uczestniczących, zmiana składu konsorcjum na jakimkolwiek jej etapie powinna być dopuszczalna, oczywiście pod pewnymi warunkami. W tym zakresie, istotne jest, aby zmiana konsorcjum nie powodowała pogorszenia sytuacji pozostałych uczestników procedury, tj. nie otwierała grupie wykonawców kolejnej szansy na przeprowadzenie od nowa weryfikacji podmiotowej. Z tych powodów, należy się opowiedzieć za trafnością poglądu, iż nie jest możliwe takie zmodyfikowanie składu konsorcjum, które prowadziłyby do jego poszerzenia lub zastąpienia jednego konsorcjanta innym. Co do zasady, za dopuszczalne należy uznać wyłącznie zmniejszenie składu konsorcjum, niezależnie od tego, czy na skutek zmiany pozostanie jeden wykonawca, czy też kilku.

Oczywistym jest również, iż wykonawcy, którzy pozostali w procedurze, muszą spełniać warunki udziału w postępowaniu na takim poziomie, jak wymagał tego zamawiający.

Jeżeli zaś chodzi o ryzyko pogorszenia sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców, uznanie dopuszczalności zmiany składu konsorcjum nie powinno być uzależnione od tego, czy wykonawcy złożyli już ofertę, czy dopiero wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ale od okoliczności, czy zamawiający przeprowadził pełną weryfikację podmiotową uczestników. To bowiem od tego, czy zamawiający ponowi tę weryfikację zależy, czy konsorcjum o zmodyfikowanym składzie uzyska kolejną szansę na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, że udzielenie takiej możliwości byłoby działaniem sprzecznym z zasadami udzielania zamówienia, w szczególności zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

17. Na podobnych zasadach, powinna być przeprowadzana ewentualna zmiana podmiotowa po stronie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie na etapie realizacji zamówienia. W szczególności zamawiający zezwalając na wprowadzenie takiej zmiany powinien weryfikować, czy pozostali wykonawcy (lub wykonawca) wykazują zdolność do wykonania zamówienia w takim samym stopniu, jak tego oczekiwał na etapie procedury zamówieniowej.

Ze względu na istotność powyższego problemu, należy postulować *de lege ferenda* wprowadzenie ogólnej zasady o dopuszczalności zmiany składu konsorcjum na etapie postępowania oraz na etapie umowy w sprawie zamówienia publicznego, oczywiście o ile konsorcjum w zmienionym składzie wykazuje wymagany poziom zdolności do wykonania zamówienia oraz o ile nie wystąpi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wprowadzenie tej regulacji jest o tyle zasadne, iż prawodawca krajowy, dla podobnej instytucji, tj. polegania na zasobach podmiotów trzecich przewiduje możliwość zastąpienia go innym w ramach art. 122 u.p.z.p. Dzięki takiemu zabiegowi, instytucja wspólnego ubiegania się o zamówienie publicznego zostanie uelastyczniona i może stać się bardziej atrakcyjna dla potencjalnych wykonawców.

18. Niezależnie od powyższych wywodów, nie można nie dostrzegać, że rozwiązania prawne takie jak możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, czy też



poleganie przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich, choć oczywiście poszerzają konkurencję, a tym samym zwiększają szanse na udzielenie zamówienia wykonawcy oferującemu najbardziej optymalne warunki jego realizacji, to z drugiej strony, mogą dyskryminować wykonawców indywidualnych. Tymczasem, z punktu widzenia interesu jednostkowego zamawiającego, to właśnie wykonawca samodzielnie występujący w procedurze zamówieniowej, co do zasady, w najpełniejszy sposób gwarantuje odpowiedni poziom zdolności, niezbędny do należytego wykonania zamówienia. Również realizacja zamówienia przez pojedynczego wykonawcę generuje najmniej trudności organizacyjnych lub prawnych. W rezultacie, mając na uwadze konieczność zapewnienia odpowiedniej jakości realizowanych zamówień publicznych, należałoby się opowiedzieć za takim korzystaniem z instytucji konsorcjum oraz polegania na zasobach podmiotów trzecich, który nie będzie prowadził do dyskryminacji wykonawców indywidualnych (a którzy z punktu widzenia ochrony interesu publicznego częstokroć są i powinni być bardziej pożądanymi). Oczywiście taka zasada nie wpłynęłaby pozytywnie na uczciwą konkurencję na rynku zamówień publicznych, niemniej perspektywy tej, w mojej ocenie, nie należy pomijać przy tworzeniu ewentualnych zmian prawnych. Stąd też, wydaje się zasadnym, aby formułując nowe brzmienie regulacji, prawodawca krajowy brał pod uwagę nie tylko konieczność zapewnienia szerokiej konkurencji, ale również fakt, że wspólne ubieganie się o zamówienie publiczne, a tym bardziej poleganie na zasobach podmiotów trzecich wiąże się z ryzykiem różnych negatywnych zjawisk, w szczególności, tak zwanego „handlu referencjami”, przed którymi należy system zamówień publicznych zabezpieczyć.

## Bibliografia

### Literatura

1. Arrowsmith S., *EU Public Procurement Law: An Introduction*, Sweet & Maxwell Ltd 2022.
2. Babiarz S., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013.
3. Baehr J., Czajkowski T., Dzierżanowski W., Kwieciński T., Łysakowski W., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2004 r.
4. Bobek M., *Opinia z dnia 24.11.2016 r., sprawa C-387/14, ECLI:EU:C:2016:899*.
5. Bogdanowicz P., *Zasady powoływania się na zasoby osoby trzeciej przy ubieganiu się o zamówienie publiczne – glosa do wyroku TSUE z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, Kwartalnik PZP, Nr 2, 2016*.
6. Borysiak W., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis/el. 2024.
7. Chrzęszcz A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, Przegląd Prawa Handlowego 2013, nr 7.
8. Collins A., *Opinia z dnia 7.03.2024 r., sprawa C – 652/22, ECLI:EU:C:2024:212*.
9. Czerwiński M., *Odpowiedzialność wykonawców wspólnie wykonujących zamówienie publiczne z tytułu umowy konsorcjalnej*, Koło Naukowe Prawa Cywilnego „Usus Iuris” Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Poznań 2015.
10. Czerwiński M., *Udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przykładzie Polski, Wielkiej Brytanii i Francji*, Koło Naukowe Prawa Cywilnego „Usus Iuris” Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Poznań 2015.
11. Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020.
12. Dominowska J., *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Wolters Kluwer 2017.
13. Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2021.
14. Dzierżanowski W., *Ochrona konkurencji w prawie zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.

15. Gałczyńska-Lisik K., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, Przegląd Prawa Handlowego 2006, nr 10.
16. Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023.
17. Grabarczyk M., *Dostateczna wiedza i doświadczenie jako warunek ubiegania się o zamówienie publiczne*, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1.
18. Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2016.
19. Gniewek E., Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Legalis/el. 2021.
20. Hartung W., Bağlaj M., Michalczyk T., Wojciechowski M., Krysa J., Kuźma K., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2015.
21. Herc G., *Zakres podmiotowy ustawy – Prawo zamówień publicznych*, LEX nr 92936.
22. Hilla J., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjum*, Radca Prawny 2005, nr 5.
23. Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Kazimierz Dolny 2011.
24. Horubski K., *Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia*, Wrocław 2012.
25. Horubski K., Kocowski T., *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie*, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1.
26. Jaworska M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2021.
27. Jerzykowski J., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r.*, III CKN 478/98, Monitor Prawniczy 2001, nr 15.
28. Jurczyk Z., *Kartele w Polityce Konkurencji Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2012.
29. Jurkowska A., Skoczny T.(red.), *Wyłączenia grupowe spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję we Wspólnocie Europejskiej i Polsce*, Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania UW, Warszawa 2008.

30. Jurkowska A. [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2009.
31. Kalina-Nowaczyk M., *Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego*, [w:] *Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym*, red. A. Śmieja, Wrocław 2011.
32. Kańtor K., Wróblewska K., *Umowa konsorcjum – konsekwencje w zakresie VAT*, *Przegląd Podatkowy* 2015, nr 12.
33. Kocowski T., *Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych*, [w:] *Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy*, red. T. Kocowski, J. Kaspryszyn, Wrocław 2012.
34. Kohutek K. [w:] Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
35. Kołaczyńska-Wyszogrodzka I., *Pełnomocnictwo a wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego*, „*Finanse Komunalne*” 2007, nr 1.
36. Kowalewski E., Mogilski W., *Gwarancja ubezpieczeniowa członka konsorcjum jako wadium w postępowaniu o uzyskanie przez konsorcjum zamówienia publicznego*, *Wiadomości Ubezpieczeniowe* 2014, nr 1.
37. Kowalewska A., Szut J., *Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013*, Warszawa 2013.
38. Lamch-Rejowska M., Laszczyński Ł., *Prawo zamówień publicznych. Praktyczny poradnik dla zamawiających i wykonawców*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2012.
39. Lic J., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2008, nr 4.
40. Lic J., *Konstrukcja umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych*, *Kwartalnik PZP*, numer 4 (47)/2015.
41. Lubiszewski M., *Niesamodzielne wykazywanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego*, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, nr 8/2014 (914).
42. Łukasik J., *Specyfika projektów realizowanych w konsorcjum*, CNBOP, 2010.
43. Makowski M., *Gwarancja bankowa jako forma wniesienia wadium – kontrowersje interpretacyjne*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2008, nr 2.

44. Materna, G. *Uchwały i inne akty związków przedsiębiorców jako źródło ograniczenia konkurencji w postępowaniach o zamówienia publiczne*, PUG 2014, nr 7.
45. May J., *Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum*, Prawo Zamówień Publicznych 2015, nr 2.
46. Miąsik D., *Reguła rozsądku w prawie antymonopolowym*, Zakamycze, Kraków 2004.
47. Misiąg W., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2014.
48. Modzelewska-Wąchal E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów – komentarz*, Twigger, Warszawa 2002.
49. Mucha A., *Odpowiedzialność uczestników konsorcjum*, „Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ” 2013, nr 13.
50. Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych*, C.H.Beck, Monografie prawnicze, Warszawa 2015.
51. Myrczek E., *The art of drafting contracts – o podobieństwach i różnicach polskich umów i angielskich kontraktów*, Edukacja Prawnicza 2008, nr 2.
52. Niczyporuk J., *Podmioty uczestniczące w realizacji zamówień publicznych*, [w:] Sadowy J., System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013.
53. Niepytalski T., *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Difin, Warszawa 2011.
54. Norek E.A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2009.
55. Nowak H., Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych, Komentarz*, Warszawa 2023 r.
56. Nowicki J. E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2019.
57. Olszewska-Stompel J., Rokicki J.: *Zamówienia publiczne. Zarządzanie organizacją, ludźmi i problemami*, Wolters Kluwer Polska, Warszawa 2010.
58. Opalski A., *Umowy o wspólne przedsięwzięcie (joint venture)*, [w:] System prawa prywatnego, t. 9, Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, red. W. Katner, Warszawa 2015.
59. Pawelec J., *Dyrektywa 2014/23/UE w sprawie udzielania koncesji. Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych. Komentarz*, Legalis/el. 2017.

60. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis/el. 2015.
61. Podrecki P., [w:] M. Kępińskiego (red.), *Prawo konkurencji, System Prawa prywatnego*, t. 15, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2014.
62. Pokrzywniak J., *Gwarancja na gruncie PZP*, Miesięcznik Ubezpieczeniowy 2014, nr 9, s. 39-40.
63. Raczkiewicz Z., *Konsorcja w ramach zamówień publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych 2009, nr 2.
64. Sieradzka M., *Antykonkurencyjny czy prokonkurencyjny cel udziału konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – analiza i ocena*, Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2015, nr 5(4).
65. Sieradzka M., *Konsorcjum a podwykonawcy zamówienia publicznego*, LEX zamówienia publiczne 2014/el.
66. Sieradzka M., *Zmowy przetargowe w świetle prawa zamówień publicznych oraz prawa konkurencji*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015.
67. Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
68. Skubiszak-Kalinowska I., *Charakter prawny umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym*, Temidium 2014, nr 4/5 (60/61).
69. Skubiszak-Kalinowska I., *Zasoby podmiotów trzecich a kryteria selekcji*, Przetargi Publiczne, nr 7 (152)/2018.
70. Sokołowski M., *Europejskie Zgrupowanie Interesów Gospodarczych w prawie polskim*, Warszawa 2012.
71. Sołtysińska A., Sławoj-Talago H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
72. Sołtysińska A., *Zamówienia Publiczne w Unii Europejskiej*, Zakamycze 2004.
73. Stawicki A., *Porozumienia zakazane z uwagi na cel a porozumienia zakazane z uwagi na skutek*, iKAR 2012, nr 1.
74. Stawicki A. [w:] Stawicki A., Stawicki E., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
75. Stecki L., *Konsorcjum*, Dom Organizatora TNOiK, Toruń 1997.

76. Stronczek A., *Konsorcja w zamówieniach publicznych jako przykład współpracy międzyorganizacyjnej*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach, Nr 224, Katowice 2015.
77. Strzępka J., *Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne*, Monitor Prawniczy 2012, nr 14.
78. Sześciło D., *Glosa do wyroku TS z dnia 23 grudnia 2009 r.*, C-376/08, ST 2010, nr 5.
79. Szostak R., *Glosa do postanowienia SN z 7.10.2008 r.*, III CZP 87/08 [w:] *Prawo Zamówień Publicznych*, Warszawa 2009, nr 1.
80. Szustakiewicz P., *Zasady zamówień publicznych*, Wydawnictwo Publicus, Warszawa 2007.
81. Tomaka A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, CNBOP, 2010.
82. Turno B., *Kategoria porozumień zakazanych ze względu na cel w unijnym oraz polskim prawie ochrony konkurencji*, Kwartalnik Prawa Publicznego 2012, nr 2.
83. Wathelet M., *Opinia z dnia 4.06.2015 r.*, sprawa C-234/14, Ostas celtnieks SIA v. Talsu novada pašvaldība i Iepirkumu uzraudzības birojs, ZOTSiS 2016/1/I-6.
84. Wiak J., *Spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego*, Finanse Komunalne 2012, nr 6.
85. Wiśniewski A., *Prawo o spółkach, tom I*, Warszawa 1991.
86. Włodyka S., Spyra M., *Umowy i porozumienia o współpracę przedsiębiorców (umowy kooperacyjne)*, [w:] *System prawa handlowego, t. 5, Prawo umów handlowych*, Warszawa 2014.
87. Włodyka S., *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000.
88. Wysocki J., *Konsorcjum jako wykonawca w zamówieniach publicznych*, Przetargi Publiczne, Wrocław 2021.
89. Szostak R., *Glosa do wyroku SN z dnia 13 grudnia 1999 r.*, III CKN 478/98, Samorząd Terytorialny 2001, nr 6.
90. Szostak R., *Zmowy przetargowe w zamówieniach publicznych*, Prawo Zamówień Publicznych 2014, nr 1.
91. Świstak R., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych – polemika*, Przegląd Prawa Handlowego 2007, nr 3.
92. Załucki M., *Kodeks cywilny. Komentarz.*, Legalis/el. 2023.

93. Zawłocka-Turno A., *Zmowa przetargowa czy działanie zgodne z prawem? Problemy na styku prawa konkurencji i prawa zamówień publicznych*, iKAR 2012, nr 4(1).
94. Zielińska E., *Konsorcjum w procesie budowlanym w systemie polskiego i niemieckiego prawa prywatnego*, [w:] *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, red. J. Kruczałak-Jankowska, Warszawa 2013.
95. Zielińska E., *Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, *Prawo Zamówień Publicznych* 2015, nr 1.

## **Orzecznictwo**

1. Postanowienie KIO z 4.11.2014 r., KIO 2215/14, LEX nr 1611746,
2. Postanowienie KIO z 10.11.2010 r., KIO/UZP 2425/10, LEX nr 688743
3. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.07.2020 r., KIO 1493/20, LEX nr 3053231
4. Postanowienie SN z dnia 7.10.2008 r Sygn. Akt: III CZP 87/08, LEX nr 470908
5. Postanowienie TSUE z dnia 6.10.2021 r., sprawa C-316/21, Monument Vandekerckhove NV/Stad Gent, Dz.U. C 320 z 9.8.2021.
6. Uchwała KIO z dn. 6.05.2019 KIO/KD 33/19, LEX nr 2676496
7. Uchwała KIO z dnia 24 listopada 2017 r., KIO/KU 63/17, LEX nr 2463855
8. Uchwała KIO z dnia 29 listopada 2017 r., KIO/KD 65/17, LEX nr 2463856
9. Uchwała 7 sędziów SN z dnia z 29.06.1995 r., sygn. Akt: III CZP 66/95, OSNC 1995/12/168.
10. Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12.03.1997 r., sygn. akt: W 8/96, Legalis nr 10351
11. Wyrok KIO z dnia 4.08.2022 r., KIO 1890/22, Legalis nr 2854565
12. Wyrok KIO z dnia 15.05.2017 r., KIO 714/17, LEX nr 2311255
13. Wyrok KIO z dnia 14.03.2017 r., KIO 371/17, LEX nr 2261024,
14. Wyrok KIO z dnia 8.10.2021 r., KIO 2746/21, Legalis nr 2675963
15. Wyrok KIO z dnia 20.10.2021 r., KIO 2716/21, LEX nr 3345960



16. Wyrok KIO z dnia 12.10.2017 r., KIO 2052/17, KIO 2076/17, LEX nr 2407288
17. Wyrok KIO z dnia 30.09.2014 r., KIO 1898/14, LEX nr 1544581
18. Wyrok KIO z dnia 4.01.2016 r., KIO 2747/15, LEX nr 1984649
19. Wyrok KIO z dnia 28.12.2015 r., KIO 2683/15, LEX nr 1984644
20. Wyrok KIO z dnia 29.01.2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13, LEX nr 1285266
21. Wyrok KIO z dnia 26.08.2021 r., KIO 2002/21, LEX nr 3288087
22. Wyrok KIO z dnia 3.06.2016 r., KIO 808/16, LEX nr 2054654
23. Wyrok KIO z dnia 17.09.2015 r., KIO 1936/15, LEX nr 2026869
24. Wyrok KIO z dnia 24.04.2017 r., KIO 632/17, LEX nr 2288062
25. Wyrok KIO z dnia 13.01.2017 r., KIO 2489/16, LEX nr 2196093
26. Wyrok KIO z dnia 20.06.2017 r., KIO 1067/17, LEX nr 2324452
27. Wyrok KIO z dnia 17.11.2016 r., KIO 2062/16, LEX nr 2162702
28. Wyrok KIO z dnia 18.04.2017 r., KIO 653/17, LEX nr 2288079
29. Wyrok KIO z dnia 19.08.2016 r., KIO 1441/16, LEX nr 2140646
30. Wyrok KIO z dnia 10.11.2017 r., KIO 2278/17, LEX nr 2413824
31. Wyrok KIO z dnia 25.04.2016 r., KIO 507/16
32. Wyrok KIO z dnia 23.12.2022 r., KIO 3306/22
33. Wyrok KIO z dnia 12.01.2016 r., KIO 2789/15, LEX nr 1995285
34. Wyrok KIO z dnia 11.10.2016 r., KIO 1795/16, LEX nr 2155316
35. Wyrok KIO z dnia 18.07.2016 r., KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653
36. Wyrok KIO z dnia 5.03.2015 r., KIO 336/15, LEX nr 1659276
37. Wyrok KIO z dnia 25.05.2015 r., KIO 969/15, LEX nr 1798027
38. Wyrok KIO z dnia 27.08.2014 r., KIO 1633/14, LEX nr 1532329
39. Wyrok KIO z dnia 6.08.2014 r., KIO 1501/14, KIO 1518/14, KIO 1531/14, LEX nr 1511848
40. Wyrok KIO z dnia 15.04.2014 r., KIO 649/14, KIO 655/14, LEX nr 1460584

41. Wyrok KIO z dnia 3.09.2013 r., KIO 2033/13, LEX nr 1408959
42. Wyrok KIO z dnia 11.07.2013 r., KIO 1546/13, LEX nr 1394067
43. Wyrok KIO z dnia 3.09.2013 r., KIO 2033/13, LEX nr 1408959
44. Wyrok KIO z dnia 6.06.2013 r., KIO 1232/13, KIO 1233/13, LEX nr 1350004
45. Wyrok KIO z dnia 8.07.2011 r., KIO 1320/11, LEX nr 863167
46. Wyrok KIO z dnia 30.09.2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14, LEX nr 1541294
47. Wyrok KIO z dnia 18.07.2016 r., KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653
48. Wyrok KIO z dnia 17.09.2015 r., KIO 1936/15, LEX nr 2026869
49. Wyrok KIO z dnia 1.07.2015 r., KIO 1251/15, LEX nr 1771695
50. Wyrok KIO z dnia 22.05.2015 r., KIO 974/15, LEX nr 1798031
51. Wyrok KIO z dnia 7.01.2015 r., KIO 2694/14, LEX nr 1650329
52. Wyrok KIO z dnia 15.09.2014 r., KIO 1785/14, LEX nr 1538382
53. Wyrok KIO z dnia 20.07.2010 r., KIO 1408/10, LEX nr 612192
54. Wyrok KIO z dnia 22.05.2015 r., KIO 974/15, LEX nr 1798031
55. Wyrok KIO z dnia 20.07.2010 r., KIO 1408/10, LEX nr 612192
56. Wyrok KIO z dnia 15.03.2012 r., KIO 421/12, LEX nr 1131200
57. Wyrok KIO z dnia 8.10.2015 r., KIO 2067/15, KIO 2069/15, KIO 2071/15, LEX nr 1933385
58. Wyrok KIO z dnia 10.08.2016 r., KIO 1363/16
59. Wyrok KIO z dnia 15.03.2012 r., KIO 421/12, LEX nr 1131200;
60. Wyrok KIO z dnia 2.03.2021 r., KIO 304/21, LEX nr 3160755,
61. Wyrok KIO z dnia 11.05.2021 r., KIO 896/21, LEX nr 3188707
62. Wyrok KIO z dnia 9.02.2021 r., KIO 3493/20 KIO 3493/20, LEX nr 3129299
63. Wyrok KIO z dnia 4.12.2020 r. KIO 2434/20, KIO 2437/20, LEX nr 3103822
64. Wyrok KIO z dnia 3.04.2023 r. KIO 756/23, LEX nr 3555118
65. Wyrok KIO z dnia 25.08.2023 r., KIO 2369/23, LEX nr 3612623

66. Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487
67. Wyrok KIO z dnia 22.01.2021 r., KIO 3357/20 KIO 3357/20, Legalis nr 2537456
68. Wyrok KIO z dnia 25.08.2023 r. KIO 2369/23, Legalis nr 2996207
69. Wyrok KIO z dnia 14.09.2018 r. KIO 1736/18, Legalis nr 1856631
70. Wyrok KIO z dnia 9.08.2018 r., KIO 1311/18, niepubl
71. Wyrok KIO z dnia 18.06.2015 r., KIO 1177/15, LEX nr 1808521
72. Wyrok KIO z dnia 22.09.2022 r., KIO 2360/22, LEX nr 3485297
73. Wyrok KIO z dnia 25.06.2021 r. KIO 1457/21, LEX nr 3257411
74. Wyrok KIO z dnia 22.08.2022 r. KIO 1854/22, LEX nr 3478654
75. Wyrok KIO z dnia 28.11.2022 r. KIO 2960/22, LEX nr 3452737
76. Wyrok KIO z dnia 30.06.2015 r., KIO 1294/15, LEX nr 1813386
77. Wyrok KIO z dnia 29.01.2014 r., KIO 60/14, LEX nr 1430957
78. Wyrok KIO z dnia 21.12.2015 r., KIO 2676/15, LEX nr 1994310
79. Wyrok KIO z dnia 16.10.2015 r., KIO 2136/15, LEX nr 1936084
80. Wyrok KIO z dnia 29.11.2016 KIO 2169/16, LEX nr 2166874
81. Wyrok KIO z dnia 16.10.2015 r. KIO 2136/15, Legalis nr 1364767
82. Wyrok KIO z dnia 26.03.2013 r., KIO 550/13, LEX nr 1308947
83. Wyrok KIO z dnia 21.02.2013 r., KIO 272/13, LEX nr 1292238
84. Wyrok KIO z dnia 29.11.2016 r. KIO 2169/16, LEX nr 2166874
85. Wyrok KIO z dnia 15.03.2024 r., KIO 673/24, SZUKIO 126912
86. Wyrok KIO z dnia 27.01.2022 r., KIO 71/22, LEX nr 3326925
87. Wyrok KIO z dnia 11.02.2010 r., KIO/UZP 1904/09, LEX nr 599487
88. Wyrok KIO z dnia 19.03.2013 r., KIO 462/13, KIO 462/13, LEX nr 1303235
89. Wyrok KIO z dnia 13.02.2024 r., KIO 208/24, LEX nr 3702025
90. Wyrok KIO z dnia 20.10.2021 r., KIO 2716/21, LEX nr 3345960
91. Wyrok KIO z dnia 23.08.2016 r., KIO 1368/16, LEX nr 2149397

92. Wyrok KIO z dnia 13.02.2024 r., KIO 208/24, LEX nr 3702025
93. Wyrok KIO z dnia 13.12.2021 r., KIO 3499/21, LEX nr 3285535
94. Wyrok KIO z dnia 26.03.2021 r. KIO 655/21, LEX nr 3189325
95. Wyrok KIO z dnia 7.07.2022 r., KIO 1602/22, LEX nr 3399148
96. Wyrok KIO z dnia 8.11.2021 r., KIO 2945/21, LEX nr 3285531
97. Wyrok KIO z dnia 17.12.2021 r., KIO 3510/21, LEX nr 3326952
98. Wyrok KIO z dnia 7.07.2022 r., KIO 1602/22, LEX nr 3399148
99. Wyrok KIO z dnia 10.03.2022 r., KIO 436/22, LEX nr 3399564
100. Wyrok KIO z dnia 28.07.2014 r., KIO 1444/14, LEX nr 1511223;
101. Wyrok KIO z dnia 15.02.2023 r., KIO 281/23, KIO 282/23, Legalis nr 2901808
102. Wyrok KIO z dnia 23.03.2023 r., KIO 1627/23, Legalis nr 2996198
103. Wyrok KIO z dnia 12.05.2023 r., KIO 1189/23, Legalis nr 2987855
104. Wyrok KIO z dnia 1.06.2018 r., KIO 941/18, LEX nr 2548917
105. Wyrok KIO z dnia 7.11.2019 r. KIO 2153/19, LEX nr 2751818
106. Wyrok KIO z dnia 17.09.2019 r., KIO 1719/19, LEX nr 2741750
107. Wyrok KIO z dnia 5.07.2019 r., KIO 1150/19, LEX nr 2722740
108. Wyrok KIO z dnia 1.10.2020 r., KIO 2231/20, LEX nr 3092734
109. Wyrok KIO z dnia 23.10.2018 r. KIO 2083/18, LEX nr 2620596
110. Wyrok KIO z dnia 29.01.2024 r., KIO 19/24, Legalis nr 3070962
111. Wyrok KIO z dnia 7.05.2018 r. KIO 699/18, KIO 736/18, LEX nr 2528907
112. Wyrok KIO z dnia 26.04.2022 r., KIO 1003/22, LEX nr 3418751
113. Wyrok KIO z dnia 30.06.2023 r., KIO 1707/23, LEX nr 3694049
114. Wyrok KIO z dnia 20.04.2023 r., KIO 981/23, LEX nr 3584865
115. Wyrok KIO z dnia 15.03.2018 r., KIO 399/18, Legalis nr 1808523
116. Wyrok KIO z dnia 25.07.2017 r., KIO 1421/17, LEX nr 2349284
117. Wyrok KIO z dnia 28.03.2017 r., KIO 487/17, LEX nr 2271484

118. Wyrok KIO z dnia 20.06.2017 r., KIO 1134/17, LEX nr 2335985
119. Wyrok KIO z dnia 23.06.2023 r., KIO 1627/23, Legalis nr 2996198
120. Wyrok KIO z dnia 7.07.2017 r., KIO 1299/17, LEX nr 2337978
121. Wyrok KIO z dnia 9.11.2017 r., KIO 2245/17, LEX nr 2413795
122. Wyrok KIO z dnia 13.03.2017 r., KIO 359/17, LEX nr 2258078
123. Wyrok KIO z dnia 2.11.2023 r., KIO 3056/23, LEX nr 3643948
124. Wyrok KIO z dnia 18.04.2023 r., KIO 922/23, Legalis nr 2989747
125. Wyrok KIO z dnia 18.01.2024 r., KIO 3909/23, nie publik.
126. Wyrok KIO z dnia 26.05.2017 r., KIO 905/17, KIO 925/17 i KIO 933/17, LEX nr 2313144
127. Wyrok KIO z dnia 17.01.2018 r., KIO 33/18, LEX nr 2445259
128. Wyrok KIO z dnia 6.02.2020 r., KIO 126/20, LEX nr 2911720
129. Wyrok KIO z dnia 8.03.2018 r., KIO 341/18, LEX nr 2505339
130. Wyrok KIO z dnia 6.02.2020 r., KIO 126/20, LEX nr 2911720
131. Wyrok KIO z dnia 21.12.2018 r., KIO 2534/18, LEX nr 2623505
132. Wyrok KIO z dnia 2.11.2017 r., KIO 2007/17, KIO 2014/17, LEX nr 2406828
133. Wyrok KIO z dnia 30.03.2021 r. KIO 565/21, KIO 585/21, LEX nr 3180446
134. Wyrok KIO z dnia 2.03.2021 r. KIO 344/21, Legalis nr 2649439
135. Wyrok KIO z dnia 12.03.2015 r., KIO 375/15, LEX nr 1666926
136. Wyrok KIO z dnia 18.09.2017 r., KIO 1854/17, Legalis nr 1696530
137. Wyrok KIO z dnia 21.12.2018 r., KIO 2534/18, Legalis nr 1888614
138. Wyrok KIO z dnia 11.06.2021 r. KIO 1347/21, Legalis nr 2624582
139. Wyrok KIO z dnia 2.11.2017 r., KIO 2007/17, KIO 2014/17, Legalis nr 1712998
140. Wyrok KIO z dnia 22.02.2021 r. KIO 137/21, KIO 154/21, Legalis nr 2560410
141. Wyrok KIO z dnia 22.03.2021 r. KIO 392/21, Legalis nr 2648636
142. Wyrok KIO z dnia 30.03.2021 r. KIO 565/21, KIO 585/21, Legalis nr 2580862
143. Wyrok KIO z dnia 13.05.2021 r., KIO 934/21, LEX nr 3215277

144. Wyrok KIO z dnia 15.06.2020 r., KIO 773/20, Legalis nr 2423139
145. Wyrok KIO z dnia 2.04.2021 r., KIO 270/21, LEX nr 3160754
146. Wyrok NSA z dnia 22.02.2017 r., II GSK 1853/15, LEX nr 2269996
147. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18.06.2014 r., sygn. akt: VI aca 1322/13, LEX nr 1483878
148. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28.05.2015 r., sygn. akt: I ACa 29/15, LEX nr 1785898
149. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 29.04.2013 r., sygn. akt: VI ACa 1183/12, LEX nr 1339412
150. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 18.02.2009 r., sygn. akt: VI aca 1152/08, LEX nr 1344288
151. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 19.12.2017 r., sygn. akt: I ACa 754/17, Legalis nr 1717396
152. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 7.06.2018 r., sygn. akt: V ACa 1439/17, LEX nr 2527294
153. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.09.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1041/15, LEX nr 2088809
154. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 12.05.2006 r., sygn. akt: II CA 489/06, LEX nr 621219,
155. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 8.04.2016 r., sygn. akt: XXIII Ga 2031/15, LEX nr 2088482,
156. Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 5.12.2016 r., sygn. akt: XIII Ga 1094/16, LEX nr 2196603
157. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 14.10.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1313/15, LEX nr 2088710
158. Wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 1.10.2007 r., sygn. akt: XIX Ga 408/07, niepubl
159. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2008 r., V Ca 903/08, LEX nr 1713200

160. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10.09.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1041/15, LEX nr 2088809
161. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 22.01.2016 r., sygn. akt: XII Ga 697/15, niepubl.
162. Wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 7.02.2019 r., sygn. akt: XII Ga 555/18, LEX nr 2984970
163. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17.06.2022 r., sygn. akt: XXIII Zs 71/22, SZUKIO/113859
164. Wyrok Sądu Okręgowego w Wrocławiu z dnia 24.08.2007 r., sygn. akt: X Ga 219/07, SZUKIO/19243
165. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 9.04.2014 r., V Ca 3618/13, LEX nr 2088276
166. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.07.2021 r., XXIII Zs 62/21, LEX nr 3211844
167. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 5.05.2021 r., sygn. akt: XXIII Zs 11/21, LEX nr 3206857
168. Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15.10.2019 r., sygn. akt: XXIII Ga 157/19, Legalis nr 2282998
169. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.09.2001 r., sygn. akt: IV CKN 381/00, OSNC 2002, nr 6, poz. 75.
170. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5.12.2006 r., sygn. akt: II CSK 327/06, LEX nr 238947.
171. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18.02.2016 r., sygn. akt: II CSK 197/15, LEX nr 2019505.
172. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.01.2004 r., sygn. akt: V CK 97/03, Legalis nr 63261
173. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.12.1999 r., sygn. akt: III CKN 478/98, OSNC 2000, nr 6, poz. 118,
174. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28.6.2000 r., sygn. akt: IV CKN 70/00, OSNC 2001, nr 1, poz. 9

175. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.4.2003 r., sygn. akt: III CKN 1320/00, OSNC 2004, nr 7-8, poz. 112
176. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17.09.2008 r., sygn. akt: III CSK 119/08, OSNC 2009, z. 9, poz. 130
177. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15.02.2018 r., sygn. akt: IV CSK 86/17, LEX nr 2510245
178. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16.04.1996 r., sygn. akt: II CRN 38/96, OSNC 1996/9/122
179. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.02.2010 r., sygn. akt: V CSK 233/09, OSNC 2010/11/146
180. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.03.2013 r., sygn. akt: I CSK 630/12, OSNC-ZD 2014/1/14
181. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13.10.2011 r., sygn. akt: V CSK 475/10, LEX nr 1108492
182. Wyrok TSUE z dnia 10.11.1998 r., sprawa C-360/96, Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV, ECLI:EU:C:1998:525
183. Wyrok TSUE z dnia 1.02.2001 r., sprawa C-237/99, Komisja Europejska przeciwko Francji, ECLI:EU:C:2001:70
184. Wyrok TSUE z dnia 15.01.1998 r., sprawa C-44/96, Legalis nr 151403
185. Wyrok TSUE z dnia 10.04.2008 r., sprawa C-393/06, Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GMBH przeciwko Fernwärme Wien gmbh, ZOTSiS 2008/4A/I-2339
186. Wyrok TSUE z dnia 3.10.2000 r., sprawa C-380/98 The Queen przeciwko H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge, ECLI:EU:C:2000:529
187. Wyrok TSUE z dnia 18.10.2012 r., sprawa C-218/11, Észak-dunántúli Környezetvédelmi és Vízügyi Igazgatóság (Édukövíz), Hochtief Construction AG Magyarországi Fióktelepe v. Közbeszerzések Tanácsa Közbeszerzési Döntőbizottság, Legalis nr 538841
188. Wyrok TSUE z dnia 23.12.2009 r., sprawa C-376/08, Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano, ZOTSiS 2009/12B/I-12164
189. Wyrok TSUE z dnia 19.12.2012 r., sprawa C-159/11, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce i in., EU:C:2012:817



190. Wyrok TSUE z dnia 6.10.2015 r., sprawa C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, EU:C:2015:664
191. Wyrok TSUE z dnia 18.12.2014 r., sprawa C-568/13, Data Medical Service, EU:C:2014:2466
192. Wyrok TSUE z dnia 28.04.2022 r., sprawa C-642/20, Caruter Srl przeciwko S.R.R. Messina Provincia sepa i innym, Dz.U.U.E.C.2022/237/12
193. Wyrok TSUE z dnia 16.12.2008 r., sprawa C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731
194. Wyrok TSUE z dnia 19.05.2009 r., sprawa C-538/07, Assitur Srl v. Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, EU:C:2009:317
195. Wyrok TSUE z dnia 10.10.2013 r., sprawa C-94/12, Swm Costruzioni 2 spa, Mannocchi Luigino DI v. Provincia di Fermo Sprawa C-94/12, LEX nr 1375042
196. Wyrok TSUE z dnia 4 maja 2017 r., sprawa C-387/, Esaprojekt, Legalis nr 1587629
197. Wyrok TSUE z dnia 7 września 2021 r., sprawa C-927/19, „Klaipedos regiono atlieku tvarkymo centras” UAB, Dz.U.U.E.C.2021/462/11.
198. Wyrok TSUE z dnia 23.01.2003 r., sprawa C-57/01, Makedoniko Metro i Mikhaniki AE v. Elliniko Dimosio, LEX nr 145833
199. Wyrok TSUE z dnia 24.05.2016 r., sprawa C-396/14, MT Højgaard A/S and Züblin A/S v. Banedanmark, ZOTSiS 2016/5/I-347
200. Wyrok TSUE z dnia 26.09.2024 r., sprawa C-404/23, Luxone Srl, LEX nr 3759594.
201. Wyrok TSUE z dnia 13.12.2012 r., sprawa C-465/11, Forposta i ABC Direct Contact, EU:C:2012:801
202. Wyrok TSUE z dnia 26.01.2023 r., sprawa C-682/21, LEX nr 3477460
203. Wyrok TSUE z dnia 3.06.2021 r., sprawa C-210/20, Rad Service i in., EU:C:2021:445
204. Wyrok TSUE z dnia 15.04.2008 r., sprawa C-268/06, Impact v. Minister for Agriculture and Food i in., EU:C:2008:223
205. Wyrok TSUE z dnia 16.06.2005 r., sprawa C-105/03, postępowanie karne przeciwko Maria Pupino, EU:C:2005:386

206. Wyrok TSUE z dnia 29.03.2012 r., sprawa C-599/10, SAG ELV Slovensko i in., pkt 40, ECLI:EU:C:2012:191
207. Wyrok TSUE z dnia 10.10.2013 r., sprawa C-336/12, Manova, ECLI:EU:C:2013:647
208. Wyrok TSUE z dnia 10.10.2013 r., sprawa C-94/12, Swm Costruzioni i Mannocchi Luigino, EU:C:2013:646
209. Wyrok TSUE z dnia 14.12.2016 r., sprawa C-171/15, Connexxion Taxi Services BV, ZOTSiS 2016/12/I-948
210. Wyrok TSUE z dnia 18.07.2007 r., sprawa C-399/05, Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Grecji, Dz.U.U.E.C.2007/211/5
211. Wyrok WSA w Lublinie z dnia 5.10.2017 r., sygn.. akt: I SA/Lu 779/16, LEX nr 2152011

## Źródła internetowe

1. Informacja na stronie Komisji Europejskiej, dostępna pod adresem internetowym: [https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en) (dostęp: 24.09.2024 r.)
2. *Sprawozdanie specjalne 28/2023: Zamówienia publiczne w UE – Konkurencja w zamówieniach na roboty, towary i usługi zmniejszyła się w latach 2011–2021*, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.eca.europa.eu/pl/publications/SR-2023-28> (dostęp: 24.09.2024 r.)
3. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2022 r.*, czerwiec 2023 r., dostępne pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-za-2022-rok-przyjete-przez-rade-ministrow> (dostęp: 24.09.2024 r.)
4. *Konkluzje Rady w sprawie sprawozdania specjalnego nr 28\_2023 Europejskiego Trybunału Obrachunkowego*, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/konkluzje-rady-w-sprawie-sprawozdania-specjalnego-europejskiego-trybunalu-obrachunkowego-dotyczacego-zamowien-publicznych-w-unii-europejskiej-w-latach-2011-2021> (dostęp: 24.09.2024 r.)
5. *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2022*, dostępny pod adresem: <https://www.gov.pl/web/uzp/informator-uzp-nr-42022> (dostęp: 24.09.2024 r.)

6. *Informator Urzędu Zamówień Publicznych nr 4/2023*, dostępny pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/informator-uzp-nr-42023> (dostęp: 24.09.2024 r.)
7. Słownik Języka Polskiego, dostępny pod adresem internetowym: <https://sjp.pwn.pl/slowniki/konsorcjum.html> (dostęp: 21.07.2024 r.)
8. Encyklopedia PWN, dostępna pod adresem internetowym: <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/konsorcjum> (dostęp: 21.07.2024 r.)
9. *Opinia: Możliwość zawarcia umowy spółki cywilnej przez członków konsorcjum po zawarciu umowy o zamówienie publiczne*, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/umowa-w-sprawie-zamowienia-publicznego/mozliwosc-zawarcia-umowy-spolki-cywilnej-przez-czlonkow-konsorcjum-po-zawarciu-umowy-o-zamowienie-publiczne> (dostęp: 7.07.2024 r.).
10. Uzasadnienie projektu ustawy, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3624> (dostęp: 24.09.2024 r.)
11. Informacja o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2015 roku, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/informacje-roczne-kio> (dostęp: 28.08.2024 r.)
12. *Opinia: Dopuszczalność zmiany wykonawcy zamówienia publicznego*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184693303> (dostęp: 17.07.2024 r.)
13. *Opinia: Wpływ ogłoszenia upadłości konsorcjanta na udział konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz na realizację umowy zawartej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184721253> (dostęp: 20.08.2024 r.)
14. Stanowisko UZP, dostępne pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych/kwalifikacja-podmiotowa-wykonawcow> (dostęp: 6.03.2020 r.)

15. Opinia *Możliwość powoływania się na referencje wykonawcy, a zbycie przedsiębiorstwa*, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.gov.pl/web/uzp/mozliwosc-powolywania-sie-na-referencje-wykonawcy-a-zbycie-przedsiębiorstwa> (dostęp: 16.07.2024 r.)
16. „*Postulaty legislacyjne Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych dot. ustawy Prawo zamówień publicznych z 11 września 2019 r.*”, Warszawa, maj 2023 r., s. 12, dostępna pod adresem internetowym: [https://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2023\\_05\\_29\\_Raport\\_Postulaty\\_legislacyjne\\_SP\\_ZP.pdf](https://www.stowarzyszeniepzp.pl/images/2023_05_29_Raport_Postulaty_legislacyjne_SP_ZP.pdf) (dostęp: 12.06.2023 r.)
17. Opinia: „*Zakres dokumentów, jakie przedstawia wykonawca na potwierdzenie spełniania warunków podmiotowych, w sytuacji, w której korzysta z potencjału podmiotu trzeciego*”, dostępna pod adresem internetowym: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/opinie-dotyczace-ustawy-pzp/inne/zakres-dokumentow,-jakie-przedstawia-wykonawca-na-potwierdzenie-spelniania-warunkow-podmiotowych,-w-sytuacji,-w-ktorej-korzysta-z-potencjalu-podmiotu-trzeciego>, (dostęp: 5.06.2023 r.);
18. Opinia: *Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych*, dostępna pod adresem internetowym: <https://sip.lex.pl/#/guideline/184884795> (dostęp: 6.06.2023 r.)
19. Uzasadnienie do projektu rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych z dn. 10.09.2020 r. dostępne pod adresem internetowym: <https://legislacja.gov.pl/projekt/12338054/katalog/12717507#12717507> (dostęp: 27.08.2024 r.)