

GRUPA WYKONAWCÓW W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Marcin Czerwiński

GRUPA WYKONAWCÓW W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Marcin Czerwiński

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa

SERIA **MONOGRAFIE**

Stan prawny na 31 grudnia 2019 r.

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Joanna Ołówek

Opracowanie redakcyjne i łamanie
JustLuk

Projekt okładek serii
Wojtek Kwiecień-Janikowski, Przemek Dębowski

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2020

ISBN 978-83-8187-313-0
ISSN 1897-4392

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	13
Wstęp	19
Rozdział I	
Zagadnienia ogólne	27
§ 1. Istota i zakres zastosowania prawa zamówień publicznych	27
§ 2. Cele regulacji prawa zamówień publicznych	30
§ 3. Metoda regulacji w prawie zamówień publicznych	35
§ 4. Publicznoprawny czy prywatnoprawny charakter prawa zamówień publicznych	38
Rozdział II	
Grupa wykonawców w prawie Unii Europejskiej	45
§ 1. Wprowadzenie	45
§ 2. Ewolucja regulacji dotyczących grup wykonawców w prawie europejskim	48
§ 3. Wybrane orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości dotyczące grup wykonawców	54
1. Uwagi ogólne	54
2. Spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu przez współwykonawców	55
3. Zmiany w składzie grupy wykonawców	63
4. Legitymacja procesowa uczestników grupy wykonawców	68
5. Pozostałe kwestie	73
§ 4. Grupa wykonawców w aktualnie obowiązujących dyrektywach regulujących zamówienia publiczne	76
1. Uzasadnienie wprowadzonych zmian	76
2. Pojęcie grupy wykonawców i dopuszczalność jej udziału w postępowaniu	78

3. Wymóg przyjęcia określonej formy prawnej przez grupę wykonawców	80
4. Sprezycyzowanie warunków udziału w postępowaniu stawianych grupie wykonawców	82
5. Szczególne warunki realizacji zamówienia stawiane grupie wykonawców	84
6. Poleganie na zdolnościach członków grupy wykonawców	86
6.1. Odesłanie do reguł właściwych przy poleganiu na zdolnościach osób trzecich	86
6.2. Sytuacja ekonomiczna i finansowa oraz zdolność techniczna i zawodowa	87
6.3. Wykształcenie i kwalifikacje zawodowe oraz doświadczenie zawodowe	88
6.4. Środki dowodowe dla wykazania dysponowania zasobami i zdolnościami	89
6.5. Zastąpienie członka grupy lub podmiotu trzeciego przez innego członka grupy	90
6.6. Obowiązek powierzenia określonych kluczowych zadań członkowi grupy wykonawców	92
6.7. Urzędowe wykazy wykonawców lub ich certyfikacja a udostępnianie zasobów	94
7. Zmiany podmiotowe w grupie wykonawców na etapie realizacyjnym	95
8. Grupa wykonawców w dyrektywach odwoławczych	98
9. Wybrane obszary pozostające poza regulacją dyrektyw regulujących zamówienia publiczne	99
§ 5. Podsumowanie	102

Rozdział III

Grupa wykonawców i różne jej postacie w prawie wybranych państw

Unii Europejskiej	105
§ 1. Uwagi ogólne i kryterium doboru państw	105
§ 2. Grupa wykonawców we francuskim prawie zamówień publicznych	107
1. Konsorcjum	107
2. Zgrupowanie interesów gospodarczych	109
3. Spółka cywilna	110
4. Ramy prawne w zakresie zamówień publicznych	112
5. Regulacja udziału grup wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	113
§ 3. Grupa wykonawców w brytyjskim prawie zamówień publicznych	121
1. Konsorcjum	121
2. Spółka cywilna (<i>partnership</i>)	123
3. Ramy prawne w zakresie zamówień publicznych	126
4. Regulacja udziału grup wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	128

§ 4. Grupa wykonawców w niemieckim prawie zamówień publicznych	132
1. Konsorcjum	132
2. Spółka cywilna	133
3. Spółka wykonawców budowlanych (ARGE)	138
4. Ramy prawne w zakresie zamówień publicznych	140
5. Regulacja udziału grup wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	143
§ 5. Podsumowanie	150

Rozdział IV

Konsorcjum i spółka cywilna w polskim systemie prawnym	155
§ 1. Uwagi ogólne o konsorcjum	155
1. Konsorcjum w przepisach prawa polskiego	155
2. Pojęcie konsorcjum w doktrynie i orzecznictwie	159
3. Definicja projektująca konsorcjum	175
4. Rodzaje konsorcjów	179
5. Typowa treść umowy konsorcjum	184
§ 2. Uwagi ogólne o spółce cywilnej	200
1. Konstrukcja prawna spółki cywilnej	200
2. Majątek wspólny oraz wkłady wspólników	206
3. Zyski i straty w spółce	209
4. Rozwiązanie oraz likwidacja spółki	210
5. Spółka cywilna w świetle innych gałęzi prawa	212
6. Spółka cicha	217
§ 3. Inne wybrane formy współpracy przedsiębiorców	221
1. Europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych	221
2. Podwykonawstwo	225
3. Porozumienie koasekuracyjne	233
4. Konsorcjum kredytowe	237
§ 4. Porównanie dostępnych form współpracy przedsiębiorców w polskim systemie prawnym	240

Rozdział V

Udział grupy wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	244
§ 1. Stosunek prawny nawiązywany w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	244
§ 2. Współwykonawstwo jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw	245
§ 3. Zakres podmiotowy regulacji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia	256
1. Uwagi wstępne	256
2. Konsorcjanci jako współwykonawcy zamówienia	258
3. Wspólnicy spółki cywilnej jako współwykonawcy zamówienia	263

§ 4. Możliwość żądania umowy regulującej współpracę wykonawców	266
1. Znaczenie i konstrukcja prawna art. 23 ust. 4 p.z.p.	266
2. Żądanie umowy regulującej współpracę wykonawców a wybór prawnej formy ich współdziałania	272
§ 5. Odpowiednie stosowanie przepisów o wykonawcy	274
§ 6. Dopuszczalność udziału grupy wykonawców w postępowaniu	276
1. Uwagi wprowadzające	276
2. Równoległe ubieganie się przez współwykonawcę o udzielenie zamówienia samodzielnie lub w ramach innej grupy	278
3. Zgodność porozumienia współwykonawców z prawem ochrony konkurencji	284
4. Grupa wykonawców a zmowa przetargowa	290
4.1. Pojęcie zmowy przetargowej	290
4.2. Kwalifikacja porozumienia między współwykonawcami jako zmowy przetargowej	294
4.3. Konsekwencje wykrycia zmowy przetargowej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	302
§ 7. Wniesienie wadium przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia	308
1. Istota i rola wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	308
2. Dopuszczalne formy wniesienia wadium	311
3. Skuteczne wniesienie wadium przez grupę wykonawców	318
4. Podstawy zatrzymania wadium	331
5. Legitymacja procesowa czynna członków grupy wykonawców w postępowaniu o zwrot wadium	337
§ 8. Reprezentacja grupy wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i przy korzystaniu ze środków ochrony prawnej	341
1. Ogólne reguły reprezentacji spółki cywilnej	341
1.1. Prowadzenie spraw spółki	341
1.2. Reprezentacja spółki	343
2. Ogólne reguły reprezentacji konsorcjum	347
3. Pełnomocnik grupy wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	353
3.1. Obowiązek ustanowienia pełnomocnika przez konsorcjantów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	353
3.2. Obowiązek ustanowienia pełnomocnika przez współników spółki cywilnej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego	356
3.3. Konsekwencje niewyznaczenia pełnomocnika lub niezłożenia pełnomocnictwa przez grupę wykonawców	360

3.4. Zakres umocowania pełnomocnika grupy wykonawców w postępowaniu	366
3.5. Sposób powołania pełnomocnika i forma pełnomocnictwa	371
3.6. Ustanowienie kilku pełnomocników i dopuszczalność zmiany pełnomocnika	374
4. Pełnomocnictwo przy środkach odwoławczych	376
4.1. Postępowanie przed KIO	376
4.2. Postępowanie przed sądem ze skargi na orzeczenie KIO	378
§ 9. Wspólna oferta grupy wykonawców	381
1. Pojęcie i charakterystyka prawna oferty w prawie zamówień publicznych	381
2. Złożenie wspólnej oferty przez grupę wykonawców	385
§ 10. Wnoszenie środków odwoławczych przez uczestników grupy wykonawców	389
§ 11. Podsumowanie	393

Rozdział VI

Kwalifikacja podmiotowa współwykonawców	399
§ 1. Warunki udziału w postępowaniu	399
§ 2. Konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu oraz środki dowodowe na ich potwierdzenie	404
§ 3. Składanie oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków przez współwykonawców	407
§ 4. Szczególny sposób spełniania warunków przez grupę wykonawców	415
§ 5. Kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej	418
1. Kompetencje lub uprawnienia wymagane przez przepisy odrębne	418
2. Rejestry zawodowe lub handlowe	420
3. Zezwolenie lub status członkowski	420
4. Możliwość łączenia potencjałów przez grupę wykonawców w zakresie kompetencji lub uprawnień	421
§ 6. Zdolność techniczna i zawodowa	427
1. Pojęcie zdolności technicznej i zawodowej	427
2. Badanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia	432
3. Możliwość łączenia potencjałów przez grupę wykonawców w zakresie zdolności technicznej i zawodowej	434
4. Skorzystanie z referencji wystawionych na rzecz grupy wykonawców	444
§ 7. Sytuacja ekonomiczna lub finansowa	448
1. Pojęcie sytuacji ekonomicznej lub finansowej	448
2. Możliwość łączenia potencjałów przez grupę wykonawców w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej	451
3. Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej	455
§ 8. Podmiotowe klauzule społeczne (tzw. zamówienia zastrzeżone)	459

§ 9. Brak podstaw do wykluczenia z postępowania (tzw. warunki negatywne)	463
1. Charakter prawny wykluczenia	463
2. Podział przesłanek wykluczenia na obligatoryjne i fakultatywne	464
3. Podstawy wykluczenia wykonawcy	469
4. Wykluczenie grupy wykonawców z postępowania	476
§ 10. Poleganie na zasobach podmiotów trzecich	481
§ 11. Podsumowanie	487

Rozdział VII

Realizacja umowy o zamówienie publiczne przez grupę wykonawców	490
§ 1. Związki pomiędzy umową regulującą współpracę wykonawców a umową w sprawie zamówienia publicznego	490
1. Koncepcja związku stosunków zobowiązaniowych	490
2. Umowa w sprawie zamówienia publicznego i umowa regulująca współpracę wykonawców jako przykład związku stosunków zobowiązaniowych	495
§ 2. Szczególne warunki realizacji zamówienia nakładane na grupę wykonawców	500
§ 3. Reprezentacja grupy wykonawców na etapie wykonawczym i po realizacji zamówienia	502
§ 4. Zapłata wynagrodzenia i innych świadczeń na rzecz współwykonawców	508
1. Spełnienie świadczenia przez zamawiającego	508
1.1. Wspólna wierzytelność wykonawców względem zamawiającego	508
1.2. Ustalenie reguł wypłaty wynagrodzenia w umowie w sprawie zamówienia publicznego	510
1.3. Zapłata wynagrodzenia z umowy o zamówienie publiczne konsorcjantom w braku umownej regulacji	512
1.4. Zapłata wynagrodzenia z umowy o zamówienie publiczne wspólnikom spółki cywilnej	516
2. Legitymacja procesowa czynna współwykonawców w postępowaniu cywilnym	520
2.1. Uwagi ogólne	520
2.2. Legitymacja procesowa czynna konsorcjantów	522
2.3. Legitymacja procesowa czynna wspólników spółki cywilnej	526
3. Zajęcie wierzytelności przysługującej współwykonawcy zamówienia publicznego	529
§ 5. Odpowiedzialność uczestników grupy wykonawców	530
1. Odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki cywilnej	530
2. Odpowiedzialność konsorcjantów za zobowiązania związane z realizowanym przedsięwzięciem	533
2.1. Odpowiedzialność konsorcjantów w sferze wewnętrznej	533

2.2. Odpowiedzialność konsorcjantów w sferze zewnętrznej	535
2.3. Odpowiedzialność związana z działalnością lidera konsorcjum	540
3. Odpowiedzialność współwykonawców za znowę przetargową	541
4. Wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego	545
4.1. Odpowiedzialność solidarna za wykonanie umowy	545
4.2. Treść umowy a odpowiedzialność wobec zamawiającego	552
4.3. Roszczenia regresowe konsorcjantów	554
4.4. Problem braku zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy	555
4.5. Odpowiedzialność solidarna grup wykonawców zrzeszających ubezpieczycieli albo kredytodawców	563
5. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy	567
5.1. Istota i rola zabezpieczenia należytego wykonania umowy	567
5.2. Wniesienie i zwrot zabezpieczenia w przypadku grupy wykonawców	570
5.3. Odpowiedzialność solidarna za wniesienie zabezpieczenia	574
6. Legitymacja procesowa bierna współwykonawców w postępowaniu cywilnym	575
§ 6. Podsumowanie	578

Rozdział VIII

Zmiany podmiotowe w grupie wykonawców	581
§ 1. Uwagi ogólne	581
§ 2. Zmiany podmiotowe w konsorcjum	582
§ 3. Zmiany podmiotowe w spółce cywilnej	585
§ 4. Zmiana składu grupy wykonawców w toku postępowania	591
1. Uwagi ogólne	591
2. Rozszerzenie, zawężenie lub zamiana w składzie grupy wykonawców w postępowaniu jednoetapowym	595
3. Rozszerzenie, zawężenie lub zamiana w składzie grupy wykonawców w postępowaniu wieloetapowym	599
4. Sukcesja generalna w toku postępowania	603
§ 5. Zmiana składu grupy wykonawców w toku realizacji umowy	607
1. Uwagi ogólne	607
2. Dopuszczalność zmian podmiotowych w umowie o zamówienie w znowelizowanych przepisach	610
3. Sukcesja generalna w toku realizacji umowy	617
4. Cesja wierzytelności przysługującej uczestnikowi grupy z umowy zamówieniowej	620
5. Przejęcie długu uczestnika grupy z umowy zamówieniowej	622
6. Kumulatywne przystąpienie do długu i zbycie przedsiębiorstwa	625
7. Utworzenie spółki cywilnej przez konsorcjantów lub pojedynczego wykonawcę	630

8. Przystąpienie podmiotu trzeciego do spółki cywilnej wykonującej zamówienie	631
9. Zawężenie składu grupy wykonawców	632
§ 6. Zmiany składu grupy wykonawców przy udzielaniu zamówień „powtarzalnych”	633
§ 7. Konsekwencje upadłości lub likwidacji członka grupy wykonawców	636
1. Upadłość członka grupy wykonawców	636
2. Likwidacja członka grupy wykonawców	641
3. Upadłość lub likwidacja członka grupy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego	642
3.1. Uwagi ogólne	642
3.2. Konieczność wykluczenia likwidowanego lub upadłego członka grupy	644
4. Upadłość lub likwidacja członka grupy w toku realizacji umowy	648
§ 8. Podsumowanie	651
Wnioski podsumowujące	655
Literatura	661
Wykaz aktów prawnych	677
Wykaz orzecznictwa	685

WYKAZ SKRÓTÓW

Źródła prawa

- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) z 18.08.1896 r. w brzmieniu z 1.04.2017 r. (BGBl. 2002 I, s. 42 ze zm.)
- c.m.p. – Code des marchés publics (édition 2006), wersja skonsolidowana z 1.10.2015 r., www.legifrance.gouv.fr
- dekret nr 2016-360 – Décret nr 2016-360 z 25.03.2016 r. w sprawie zamówień publicznych, www.legifrance.gouv.fr
- dekret nr 2016-361 – Décret nr 2016-361 z 25.03.2016 r. w sprawie zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, www.legifrance.gouv.fr
- dyrektywa 89/665/EWG – dyrektywa Rady z 21.12.1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG) (Dz.Urz. UE L 395, s. 33, ze sprost. i zm.)
- dyrektywa 92/50/EWG – dyrektywa Rady 92/50/EWG z 18.06.1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.Urz. UE L 209, s. 1, ze zm., nie obowiązuje)
- dyrektywa 93/38/EWG – dyrektywa Rady 93/38/EWG z 14.06.1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.Urz. UE L 199, s. 84, ze zm., nie obowiązuje)
- dyrektywa 2004/17/WE – dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. UE L 134, s. 1, ze zm., nie obowiązuje)
- dyrektywa 2004/18/WE – dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. UE L 134, s. 114, ze zm. i sprost., nie obowiązuje)

- dyrektywa 2009/81/WE, – dyrektywa 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.)
- dyrektywa 2014/23/UE, – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94, s. 1, ze sprost. i zm.)
- dyrektywa 2014/24/UE, – dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65, ze sprost. i zm.)
- dyrektywa 2014/25/UE, – dyrektywa 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, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243, ze zm.)
- GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) z 3.07.1957 r. w brzmieniu z 1.01.2016 r. (BGBl. 2016 I, s. 2258)
- HGB – Handelsgesetzbuch (HGB) z 10.05.1897 r. w brzmieniu z 5.07.2016 r. (BGBl. 2016 I, s. 1578)
- k.c. – ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.)
- k.h. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.06.1934 r. – Kodeks Handlowy (Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm., nie obowiązuje)
- k.k. – ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1950 ze zm.)
- k.k.s. – ustawa z 10.09.1999 r. – Kodeks karny skarbowy (Dz.U. z 2018 r. poz. 1958 ze zm.)
- k.p. – ustawa z 26.06.1974 r. – Kodeks pracy (Dz.U. z 2019 r. poz. 1040 ze zm.)
- k.p.a. – ustawa 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 2096 ze zm.)
- k.p.c. – ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2019 r. poz. 1460 ze zm.)
- k.s.h. – ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. z 2019 r. poz. 505 ze zm.)
- k.z. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598 ze sprost. i zm., nie obowiązuje)
- nowelizacja z 2016 r. – ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020 ze zm.)
- o.p. – ustawa z 29.08.1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2019 r. poz. 900 ze zm.)
- Ordonnance nr 2015-899 – Ordonnance nr 2015-899 z 23.07.2015 r. w sprawie zamówień publicznych, www.legifrance.gouv.fr

- p.c.r. – Statutory Instrument 2015 No. 102. Public Contracts Regulations 2015 http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2015/102/pdfs/ukxi_20150102_en.pdf
- p.p.s.a. – ustawa z 30.08.2002 r. – Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (Dz.U. z 2019 poz. 2325 ze zm.)
- pr. bank. – ustawa z 29.08.1997 r. – Prawo bankowe (Dz.U. z 2019 poz. 2357 ze zm.)
- pr. przeds. – ustawa z 6.03.2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.)
- pr. restr. – ustawa z 15.05.2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. z 2019 r. poz. 243 ze zm.)
- pr. upadł. – ustawa z 28.02.2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. z 2019 r. poz. 498 ze zm.)
- p.z.p. – ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.)
- p.z.p.2019 / nowe Prawo zamówień publicznych – ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019; wchodzi w życie 1.01.2021 r.)
- rozporządzenie 2137/85 – rozporządzenie Rady (EWG) nr 2137/85 z 25.07.1985 r. w sprawie europejskiego ugrupowania interesów gospodarczych (EUIG) (Dz.Urz. UE L 199, s. 1)
- r.r.d. – rozporządzenie Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.)
- SektVO – Sektorenverordnung (SektVO) z 23.09.2009 r. w brzmieniu z 18.04.2016 r. (BGBl. 2016 I, s. 624)
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C z 2016 r. 202, s. 1, ze zm.)
- u.KRS – ustawa z 20.08.1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 1500 ze zm.)
- u.o.k.k. – ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2019 r. poz. 369 ze zm.)
- u.p.d.o.f. – ustawa z 26.07.1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1387 ze zm.)
- u.p.d.o.p. – ustawa z 15.02.1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 865 ze zm.)
- u.p.e.a. – ustawa z 17.06.1966 r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1438 ze zm.)
- u.p.t.u. – ustawa z 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174 ze zm.)
- u.r. – ustawa z 29.09.1994 r. o rachunkowości (Dz.U. z 2019 r. poz. 351 ze zm.)
- u.s.d.g. – ustawa z 2.07.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2017 r. poz. 2168 ze zm., nie obowiązuje)

u.u.k.r.b.	- ustawa z 21.10.2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2019 r. poz. 1528)
u.z.n.k.	- ustawa z 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.)
VgV	- Vergabeverordnung (VgV) z 12.04.2016 r. (BGBl. 2016 I, s. 624)
VOB/A	- Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) w wersji z 2016 r. (BAnz. AT z 19.01.2016 r. B3)
VOF	- Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) w wersji z 2009 r. (BAnz. Nr 185a z 8.12.2009 r.)
VSVgV	- Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) z 12.07.2012 r. w brzmieniu z 18.04.2016 r. (BGBl. 2016 I, s. 624)

Z czasopisma i publikatory

EPS	- Europejski Przegląd Sądowy
FK	- Finanse Komunalne
iKAR	- internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny
Mies.Ub.	- Miesięcznik Ubezpieczeniowy
M.Pod.	- Monitor Podatkowy
M.Praw.	- Monitor Prawniczy
ONSA	- Orzecznictwo Naczelnego Sądu Administracyjnego
OSA	- Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych
OSNC	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OSNCP	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna, Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
OSNC-ZD	- Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna – Zbiór dodatkowy
OSP	- Orzecznictwo Sądów Polskich
OSPika	- Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych
OTK-A	- Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Seria A
PiP	- Państwo i Prawo
PP	- Przegląd Podatkowy
PPH	- Przegląd Prawa Handlowego
Pr.As.	- Prawo Asekuracyjne
Pr.Sp.	- Prawo Spółek
PS	- Przegląd Sądowy
PUG	- Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego
PZP	- Prawo Zamówień Publicznych
RPEiS	- Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
ST	- Samorząd Terytorialny
St.Pr.Pryw.	- Studia Prawa Prywatnego
ZPO	- Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie

Inne

ARGE	- <i>Arbeitsgemeinschaft</i>
CEIDG	- Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności Gospodarczej
EZIG	- europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych
FIDIC	- Międzynarodowa Federacja Inżynierów Konsultantów (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils)
GIE	- <i>groupement d'intérêt économique</i>
JEDZ	- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia
KIO	- Krajowa Izba Odwoławcza
MPiT	- Ministerstwo Przedsiębiorczości i Technologii
MŚP	- małe i średnie przedsiębiorstwa
NSA	- Naczelny Sąd Administracyjny
OC	- odpowiedzialność cywilna
OECD	- Organisation for Economic Co-operation and Development (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)
PKB	- produkt krajowy brutto
SA	- sąd apelacyjny
SIWZ	- specyfikacja istotnych warunków zamówienia
SN	- Sąd Najwyższy
SO	- sąd okręgowy
SOKiK	- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
sp. z o.o.	- spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
TK	- Trybunał Konstytucyjny
TS	- Trybunał Sprawiedliwości
UOKiK	- Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
UZP	- Urząd Zamówień Publicznych
WSA	- Wojewódzki Sąd Administracyjny
ZA	- Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych

WSTĘP

Przedmiotem badań uczyniłem polskie regulacje dotyczące wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego oraz wspólnej realizacji zamówienia publicznego w ich aktualnym kształcie. Wspólne ubieganie się o zamówienie przybiera w polskich warunkach zwykle formę konsorcjum albo spółki cywilnej. W tytule pracy posłużyłem się określeniem „grupa wykonawców”, które nie występuje w prawie polskim. Posługuje się nim jednak prawodawca unijny, a przeniesienie siatki pojęciowej z dyrektyw zamówieniowych uznałem w tym przypadku za celowe. W polskiej judykaturze i doktrynie panuje tendencja do określania współwykonawców biorących udział w systemie zamówień publicznych mianem konsorcjum. Może to jednak prowadzić do nieporozumień, skoro współwykonawcami mogą być uczestnicy konsorcjum niestanowiącego spółki cywilnej, jak i wspólnicy spółki cywilnej, a nawet członkowie innego rodzaju „grup wykonawców”, które nie mieściłyby się w obu wskazanych kategoriach. Stąd nie widzę przeszkód, aby posługiwać się zbiorczym pojęciem grupy wykonawców¹. W opracowaniu oprócz regulacji prawa zamówień publicznych, analizie poddane zostały przepisy prawa cywilnego, a także przepisy unijne regulujące rynek zamówień publicznych, zawarte w szczególności w dyrektywie klasycznej. W niektórych fragmentach pracy nie sposób uniknąć odniesień do rozwiązań zastosowanych w innych systemach prawnych, a także do rozstrzygnięć na gruncie m.in. polskiego prawa ochrony konkurencji, prawa insolwencyjnego oraz na gruncie przepisów regulujących procedurę cywilną. Z dniem 1.01.2021 r. wejdzie w życie nowa ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych, która ma rozwiązać niektóre z problemów dotyczących bezpośrednio lub pośrednio grupy wykonawców, w tym problem braku powiązania wydatków z realizacją polityk i celów strategicznych państwa, zbyt małej liczby ofert składanych w postępowaniach, niewystarczającego zainteresowania zamówieniami MŚP w stosunku do ich potencjału, a także przerzucania zbyt dużego ryzyka w realizacji umowy na wykonawcę. Nowa ustawa ma też usunąć niedostatki obecnych regulacji w zakresie ich przejrzystości

¹ Podobnie jak to ma miejsce w prawie francuskim (*groupement d'opérateurs économiques*) czy brytyjskim (*group of economic operators*). W prawie niemieckim występuje zaś zbliżona „wspólnota oferentów” (*Bietergemeinschaft*). Nie chodzi tu przy tym o niepodzielną „klasę” z osobną rozpatrywanych współwykonawców (zbiór w sensie dystrybutywnym), ale o nazwę zbiorową określającą „agregat wykonawców” (grupę w sensie kolektywnym).

i spójności². Mimo że w podstawowym obszarze objętym niniejszą pracą zmiany wprowadzane nową ustawą są nieznaczne, przyjęty kierunek zmian regulacji zamówieniowej może dostarczać dodatkowych argumentów za niektórymi przyjętymi w pracy koncepcjami i rozwiązaniami interpretacyjnymi.

Kooperacja pomiędzy podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą, zarówno konkurującymi ze sobą, jak i tymi, które działają na różnych szczeblach obrotu, jest postrzegana jako konieczny element gospodarki rynkowej przez wszystkich decydentów politycznych, ekonomistów, doktrynę prawniczą i legislatorów, zarówno na poziomie unijnym, jak i krajowym³. Tworzenie zgrupowań powinno być pojmowane jako kluczowy czynnik dla rozwoju MŚP umożliwiający konkurowanie na rynku zamówień publicznych. Uzasadnieniem dla wyboru tematyki badawczej pracy są przede wszystkim nierozwiązane problemy teoretyczne, które przekładają się na trudności w praktycznym stosowaniu przepisów o wspólnym ubieganiu się o zamówienie i jego wspólnej realizacji. Mimo że brak w tym zakresie oficjalnych statystyk rola konsorcjów i spółek cywilnych w systemie zamówień publicznych wciąż pozostaje istotna⁴. Jednakże przepisy regulujące wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego nie „nadażają” za zmieniającymi się realiami gospodarki i w znikomym stopniu wskazują, w jaki sposób prawidłowo korzystać z tej formy kooperacji. Choć regulacje prawne odnoszące się do grup wykonawców funkcjonują w polskim porządku prawnym od blisko 18 lat, a orzecznictwo zarówno sądów powszechnych, Sądu Najwyższego, jak i Krajowej Izby Odwoławczej (a wcześniej – Zespołu Arbitrów) jest stosunkowo bogate, to wciąż brak jest zgodności stanowisk w zakresie wielu kwestii szczegółowych. Rynek zamówień publicznych ma ogromne znaczenie dla całej gospodarki, w tym dla przedsiębiorców krajowych i zagranicznych. Wartość zamówień w 2017 r. wzrosła do ok. 163,2 mld zł, co stanowiło ok. 8,23% PKB. Zamówienia publiczne mają istotne znaczenie dla z sektora MŚP, stanowiącego przeważającą większość przedsiębiorców w Polsce (99,8%) i ponad 90% polskiego rynku, generującego olbrzymią część PKB i miejsc pracy. Jednakże ich udział w zamówieniach publicznych jest znacznie niższy niż ich znaczenie gospodarcze zarówno pod względem udziału w PKB, jak i strukturze zatrudnienia, w Unii Europejskiej bowiem MŚP pozyskują jedynie 45% zamówień o wartości powyżej progów unijnych – i to występując w roli zarówno bezpośrednich wykonawców lub członków grup wykonawców, jak i podwykonawców⁵.

² MPiT, UZP, *Koncepcja nowego prawa zamówień publicznych*, Warszawa 2018, s. 8, 17, 23.

³ D.M. Parrilli, *Barriers and Enablers for SME Extended and Dynamic Clustering, Legal Barriers and Enablers*, Bruksela 2008, s. 3.

⁴ Do takiego wniosku skłania m.in. analiza ogłoszeń o udzieleniu zamówienia publikowanych na stronie: <https://searchbp.uzp.gov.pl/Search.aspx> (dostęp: 20.12.2019 r.). Dokładna liczba konsorcjów w Polsce, także tych uczestniczących w zamówieniach publicznych, nie jest jednak znana ze względu na brak obowiązku rejestracji.

⁵ MPiT, UZP, *Koncepcja...*, s. 8, 12, 72–73; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z 3.10.2017 r. Skuteczne zamówienia publiczne dla Europy, COM(2017) 572 final. Por. UZP, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2016 r.*, Warszawa 2017, s. 35, 144.

Celem pracy jest próba odpowiedzi na cztery „pytania wiodące”, które pozwolą na przekonujące i przydatne dla praktyki wyjaśnienie i rozwiązanie podstawowych problemów prawnych związanych z funkcjonowaniem wykonawców działających wspólnie na rynku zamówień publicznych. Po pierwsze, rozprawa będzie zmierzać do odpowiedzi na pytanie, **jak należy kwalifikować z punktu widzenia prawa prywatnego instytucję wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, o której mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p. oraz wspólnej realizacji tegoż zamówienia.**

W tym też celu sformułowane zostały następujące pytania szczegółowe:

- 1) jak grupy wykonawców kwalifikowane są w prawie francuskim, brytyjskim i niemieckim?
- 2) czy obok konsorcjum wykonawców zakresem zastosowania regulacji art. 23 p.z.p. objęta jest również spółka cywilna?
- 3) czy w świetle prawa polskiego konsorcjum jest „wzbogaconą” *sui generis* umową spółki prawa cywilnego, czy też umową nienazwaną?
- 4) jakie jest znaczenie prawne wybranych postanowień umownych stosowanych w empirycznym modelu konsorcjum?
- 5) czy dopuszczalne jest stosowanie przepisów o spółce cywilnej do umowy konsorcjum wykonawców i ewentualnie w jakim zakresie?
- 6) czy współpraca wykonawców w ramach porozumienia koasekuracyjnego lub konsorcjum kredytowego jest objęta zakresem zastosowania art. 23 p.z.p.?
- 7) czy umowa regulująca współpracę wykonawców i umowa w sprawie zamówienia publicznego tworzą związek stosunków zobowiązaniowych i jakie z tego wynikają konsekwencje?

Po drugie, należy poszukać odpowiedzi na pytanie, **jakie jest *ratio legis* przepisów wprowadzających możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz późniejszej jego wspólnej realizacji oraz czy cele tych przepisów są realizowane.** Stąd też należy rozwiązać następujące szczegółowe problemy:

- 1) czy możliwe jest sformułowanie ogólnej reguły interpretacyjnej nakazującej przyjmowanie jako preferowanego takiego znaczenia interpretowanych zwrotów, które najlepiej pozwalają osiągnąć cel w postaci wspierania sektora MŚP lub nawet prawnej zasady (ewentualnie normy programowej) wspierania udziału MŚP w systemie zamówień publicznych?
- 2) czy konstrukcja wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jest skutecznym instrumentem dla łączenia potencjałów na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i na etapie realizacji zamówienia wykonawców w porównaniu do instytucji polegania na zasobach osób trzecich lub instytucji podwykonawstwa?

Po trzecie, w pracy staram się znaleźć odpowiedzi na pytanie, **czy w ramach instytucji wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia i jego realizacji należy wyważyć interesy współwykonawców i zamawiającego oraz podejmując próbę oceny, czy obecna regulacja prawna dotycząca wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jest optymalna zarówno w zakresie wyboru środków**

prawnych nadających się do realizowania założonych celów, jak i poprawna pod względem legislacyjnym. Aby odpowiedzieć na oba pytania rozważono:

- 1) czy tworzenie grup w celu uzyskania i wykonania zamówienia może wpływać negatywnie na poziom konkurencji w postępowaniu i czy z tego względu zakazany jest udział potencjalnie antykonkurencyjnych grup w postępowaniu?
- 2) czy dopuszczalne jest składanie przez współwykonawcę równoległych ofert w kilku grupach lub jednocześnie w ramach grupy i samodzielnie?
- 3) czy uprawnienie zamawiającego do żądania umowy regulującej współpracę współwykonawców (art. 23 ust. 4 p.z.p.) skutecznie zabezpiecza interesy zamawiającego?
- 4) w jaki sposób współwykonawcy mogą w obecnym stanie prawnym skutecznie wnieść wadium w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie zabezpieczenie należytego wykonania umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty i czy w odpowiedni sposób zabezpieczone są w tym zakresie interesy zamawiającego?
- 5) czy obowiązek wyznaczenia pełnomocnika grupy wykonawców jest rozwiązaniem potrzebnym w prawie zamówień publicznych?
- 6) czy możliwość określenia przez zamawiającego warunków realizacji zamówienia przez współwykonawców w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców (art. 23 ust. 6 p.z.p.) skutecznie zabezpiecza interesy zamawiającego?
- 7) czy obowiązkowa solidarna odpowiedzialność współwykonawców za wykonanie umowy w sprawie zamówienia publicznego i wniesienie zabezpieczenia należytego jej wykonania jest rozwiązaniem właściwym i potrzebnym w prawie zamówień publicznych, czy też nadmierny rygoryzm regulacji ogranicza współpracę wykonawców?
- 8) czy i jakie zmiany podmiotowe po stronie współwykonawców są dopuszczalne na etapie postępowania o udzielenie zamówienia i na etapie realizacji zamówienia?
- 9) jaki wpływ ma ogłoszenie upadłości lub likwidacja uczestnika grupy wykonawców na dalszą realizację zamówienia publicznego?

Po czwarte, podejmuję się oceny, **czy przyjęty model współwykonawstwa w polskim prawie zamówień publicznych jest zgodny z prawem Unii Europejskiej, w szczególności z dyrektywami zamówieniowymi.** W tym też zakresie konieczne było znalezienie odpowiedzi na następujące pytania szczegółowe:

- 1) czy i w jakim zakresie prawo unijne reguluje problematykę udziału współwykonawców w rynku zamówień publicznych?
- 2) jak prawodawstwo Unii Europejskiej wpływa na konstrukcję wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w prawie krajowym?
- 3) czy brak w polskich przepisach uprawnienia zamawiającego do wymagania od grupy wykonawców przyjęcia określonej formy prawnej w przypadku udzielenia im zamówienia jest zgodny z prawem unijnym?
- 4) czy brak w polskich przepisach uprawnienia zamawiającego do badania, czy uczestnik grupy spełnia wymogi do wykonania zadania, które mu przydzielono w wewnętrznej umowie współwykonawców jest zgodny z prawem unijnym?

- 5) czy obligatoryjna solidarna odpowiedzialność współwykonawców za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest zgodna z prawem unijnym?

Rozprawa została podzielona na osiem rozdziałów, a obok nich wyodrębniono wprowadzenie i wnioski podsumowujące, które łącznie przedstawiają problematykę prawną funkcjonowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i realizujących umowę z zamawiającym. W **pierwszym rozdziale** poruszającym zagadnienia ogólne omówiona została istota, zakres zastosowania i cele zamówień publicznych ze szczególnym uwzględnieniem problemów związanych z otwarciem rynku zamówień publicznych na konkurencję. Nadto podjęto próbę określenia metody regulacji prawnej oraz charakteru prawnego norm prawa zamówień publicznych. Sporne jest bowiem, czy regulacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz umów zawieranych między zamawiającym a wykonawcą przynależy do prawa prywatnego czy też publicznoprawnego, co nie pozostaje bez wpływu na sposób dokonywania ich wykładni.

W **rozdziale drugim** podjęta została problematyka regulacji udziału współwykonawców w systemie zamówień publicznych na poziomie unijnym. Zaprezentowana została ewolucja regulacji dotyczących grup wykonawców w prawie europejskim od wprowadzenia pierwszej dyrektywy harmonizującej rynki zamówień publicznych w obszarze zamówień na roboty budowlane na początku lat 70. aż do momentu wejścia w życie dyrektyw zamówieniowych z 2014 r., ukazano kształtowanie się orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego grup wykonawców, a także dokonano analizy i oceny wybranych przepisów znajdujących się w obowiązujących dyrektywach z zaakcentowaniem nowych rozwiązań mających wpływ na sytuację prawną grup wykonawców. Ukazano również obszary pozostające poza regulacją dyrektyw zamówieniowych. Rozważania w tym rozdziale pozwalają na skonfrontowanie rozwiązań przyjętych w prawodawstwie Unii Europejskiej z konstrukcją wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego w systemach krajowych, najpierw zagranicznych, a następnie polskich.

Rozdział trzeci ma charakter prawnoporównawczy i ukazuje podobieństwa oraz różnice w podejściu różnych państw do problematyki wspólnego udziału wykonawców w procedurze zamówieniowej i w realizacji zamówienia. Zakresem badań objęte zostały trzy porządki prawne: francuski, brytyjski oraz niemiecki, reprezentujące odpowiednio tradycję prawną romańską, anglosaską i germańską. W każdym z tych systemów poruszono problematykę charakteru prawnego konsorcjum i spółki cywilnej w prawie prywatnym, a także instytucji zbliżonych, jak zgrupowanie interesów gospodarczych (Francja) czy spółka wykonawców budowlanych ARGE (Niemcy). Ukazano także ogólne ramy i specyfikę prawa zamówień publicznych w tych państwach, by następnie przeanalizować regulację udziału grup wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w każdym z tych systemów.

W **rozdziale czwartym** podjęto próbę zdefiniowania i scharakteryzowania konsorcjalnej formy kooperacji, a także przybliżenia aktualnych poglądów na prawną charakterystykę spółki cywilnej w polskim systemie prawnym i porównania tych form współpracy, a jednocześnie ukazania ich na tle innych, zbliżonych form współdziałania przedsiębiorców, jak spółka cicha, europejskie zgrupowanie interesów gospodarczych, podwykonawstwo, czy wreszcie pewnych podtypów konsorcjum, tj. porozumienia koasekuracyjnego i konsorcjum kredytowego.

W **rozdziale piątym** zaprezentowano rozważania dotyczące poszczególnych przepisów regulujących grupy wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamieszczonych przede wszystkim w dziale II Prawa zamówień publicznych, dotyczących w szczególności dopuszczalności wspólnego ubiegania się o zamówienie, możliwości żądania umowy regulującej współpracę wykonawców, odpowiedniego stosowania przepisów o wykonawcy, wnoszenia, zatrzymania i zwrotu wadium oraz obowiązku wyznaczenia pełnomocnika przez grupę. Rozważono, czy obok konsorcjum wykonawców zakresem zastosowania regulacji art. 23 p.z.p. objęta jest również spółka cywilna oraz czy możliwe jest sformułowanie ogólnej reguły interpretacyjnej przy wykładni przepisów o grupach wykonawców, czy też nawet zasady prawnej, w świetle której należałoby uwzględnić cel w postaci wspierania sektora MŚP.

W ramach **rozdziału szóstego** dotyczącego kwalifikacji podmiotowej współwykonawców przedstawiono problematykę warunków udziału w postępowaniu, ich konkretyzacji, a także składania stosownych oświadczeń i dokumentów przez współwykonawców. Rozważono również podstawy wykluczenia współwykonawców z ubiegania się o zamówienie z uwagi na dopuszczenie się niegodziwości ujętej w katalogu przesłanek obligatoryjnych i fakultatywnych. Porównano konstrukcję wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia jako instrumentu łączenia potencjałów do polegania na zasobach podmiotów trzecich.

Rozdział siódmy koncentruje się na realizacji umowy o zamówienie publiczne przez grupę wykonawców, w szczególności na interpretacji przepisów działu IV Prawa zamówień publicznych. Poruszone zostało w nim zagadnienie związków pomiędzy umową regulującą współpracę wykonawców a umową w sprawie zamówienia publicznego i ewentualnych konsekwencji z tego wynikających. Następnie przeanalizowano problematykę reprezentacji grupy wykonawców na etapie wykonawczym oraz zasad zapłaty wynagrodzenia i spełniania innych świadczeń na rzecz współwykonawców, które to kwestie nie zostały uregulowane wprost w przepisach Prawa zamówień publicznych. W tym też rozdziale znalazły się przemyślenia dotyczące wnoszenia przez uczestników grupy zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wreszcie dokonana została ocena obligatoryjnej solidarnej odpowiedzialności współwykonawców za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 141 p.z.p.).

W **rozdziale ósmym** poruszony został problem dopuszczalności zmian podmiotowych w grupach wykonawców zarówno w toku postępowania o udzielenie zamówienia, jak i w trakcie realizacji umowy o zamówienie. W pierwszej kolejności podjęta została próba ustalenia, czy w ogóle możliwa jest zmiana składu konsorcjum i spółki cywilnej z punktu widzenia prawa prywatnego. Następnie rozważone zostały konsekwencje zdarzeń prowadzących do zmian podmiotowych, dotyczących uczestnika grupy wykonawców na gruncie prawa zamówień publicznych. W końcowej części rozdziału ustalone zostały konsekwencje upadłości lub likwidacji członka grupy wykonawców.

Jako podstawę rozważań przyjęto stan prawny na dzień 1.01.2020 r., przy czym w zakresie porządków prawnych państw obcych przyjęto stan prawny na dzień 31.12.2018 r. Przed oddaniem niniejszej monografii do druku ogłoszona została nowa ustawa z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019), która wejdzie w życie z dniem 1.01.2021 r. Jednakże nowe przepisy odnoszące się do funkcjonowania grup wykonawców stanowią zasadniczo powtórzenie dotychczasowych regulacji. Dlatego też uwagi formułowane w niniejszym opracowaniu pozostaną aktualne również w nowym stanie prawnym. Być może skłonią one legislatorów do rozważenia korekty niektórych rozwiązań jeszcze w okresie *vacatio legis* nowego aktu prawnego.

Książka stanowi zmienioną i zaktualizowaną wersję rozprawy doktorskiej obronionej 27.06.2019 r. na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. Pragnę złożyć najserdeczniejsze podziękowania swojemu Promotorowi, prof. nadzw. UAM dr. hab. Jakubowi Pokrzywniakowi za życzliwą opiekę naukową, cenne uwagi, wskazówki i wieloletnie zaangażowanie. Za wnikliwe komentarze i krytyczne uwagi, które pomogły mi ulepszyć niniejszą pracę, dziękuję również recenzentom rozprawy doktorskiej – prof. UEK dr. hab. Ryszardowi Szostakowi oraz dr. hab. Mariuszowi Frasowi. Wyrazy wdzięczności kieruję też do wydawcy Pani Izabelli Małeckiej, redaktor Pani Joanny Ołówek oraz Pani Justyny Szumień za podjęcie się opracowania, korekty i opublikowania niniejszej książki, a także do firmy KPMG za dofinansowanie publikacji.

Serdeczne podziękowania składam także moim Rodzicom oraz mojej narzeczonej Monice za cierpliwość i wsparcie przy przygotowywaniu pracy.

Poznań, styczeń 2020

Marcin Czerwiński

Rozdział I

ZAGADNIENIA OGÓLNE

§ 1. Istota i zakres zastosowania prawa zamówień publicznych

Prawo zamówień publicznych reguluje dwa typy następujących po sobie stosunków prawnych. Pierwsza grupa to stosunki prawne o charakterze proceduralnym (stosunki przedkontraktowe), łączące zamawiającego z wykonawcą od wszczęcia postępowania do zawarcia umowy (z uwzględnieniem stosunku zbliżonego do umowy przedwstępnej ze zwycięskim oferentem), druga grupa to stosunki prawne nawiązane na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego¹. Trafnie wskazuje M. Wieloński, że dzięki szerokiemu zakresowi przedmiotowemu i podmiotowemu Prawa zamówień publicznych wydatkowanie zdecydowanej większości środków publicznych wymaga stosowania przepisów ustawy. Jest tak ze względu na pojemne definicje zamawiających i wykonawców, stosunkowo wąski katalog wyłączeń przedmiotowych, wpływ prawa unijnego, a także tendencję w doktrynie i judykaturze do rozszerzającej interpretacji przepisów statuujących adresatów i okoliczności objęte reżimem zamówień publicznych. Pojęcie zamówienia publicznego ma znacznie szerszy zakres niż sama „umowa w sprawie zamówienia publicznego”, gdyż do-

¹ M. Smaga, „Równość” zamawiającego i wykonawcy w zamówieniach publicznych, FK 2016/1–2, s. 103; Z. Gordon, *Charakter prawny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP 2012/3, s. 39. W wyniku złożenia oferty (przystąpienia do postępowania) konkretyzuje się pomiędzy oferentem a organizatorem przetargu cywilnoprawny stosunek umowny, regulowany przepisami ustawowymi i z góry ustalonymi warunkami przetargu. Następnie pomiędzy zamawiającym (organizatorem przetargu) a zwyciężkim oferentem dochodzi do ukształtowania więzi prawnej zbliżonej do stosunku z umowy przedwstępnej. Zob. R. Szostak, *Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych*, PS 1998/11–12, s. 80–81; R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PS 2004/1, s. 89. Na określenie stosunku proceduralnego zawiązywanego w momencie ogłoszenia o przetargu bywa też używane określenie „stosunku przedprzetargowego” – tak R. Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne. Zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 52; oraz „porozumienie przygotowawcze o charakterze proceduralnym” – tak R. Szostak, *Kształtowanie warunków zamówienia po zmianach w prawie zamówień publicznych*, cz. 1, FK 2016/10, s. 48.

tyczy zarówno czynności prowadzących do jej zawarcia, jak i etapu realizacji postanowień umownych (zamówienie publiczne *sensu largo*). Pierwszym etapem zamówienia publicznego jest planowanie wydatków, następnie przygotowywane jest postępowanie i uzewewnętrznienie (najczęściej: upublicznienie) woli zawarcia umowy, wreszcie następuje proces eliminacji wykonawców i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zawarcie umowy – alternatywnie unieważnienie postępowania. Również fazę realizacji i rozliczenia, a nieraz także środki odwoławcze i kontrolne uznaje się w literaturze za zamówienie publiczne. Natomiast zastosowane przez ustawodawcę określenie „postępowanie o udzielenie zamówienia” (art. 2 pkt 7a p.z.p.) jest zwrotem o charakterze technicznym².

Ścisły związek zamówień publicznych i interesu publicznego ma swoje źródło w istnieniu finansów publicznych i środków publicznych, które stanowią bezpośrednią przesłankę systemowo-prawno-aksjologiczną obowiązywania prawa zamówień publicznych. Skoro finanse publiczne obejmują procesy związane z gromadzeniem, podziałem i wydatkowaniem środków pieniężnych, które w dużej części pochodzą z ciężarów nakładanych powszechnie na podmioty prywatne, w związku z czym winny być przeznaczane na realizację interesu bądź interesów publicznych, to zamówienia publiczne związane z wydatkowaniem środków publicznych są narzędziem realizacji interesu publicznego. Niemniej zamówienia publiczne uwzględniają także interesy prywatne oraz rywalizację podmiotów prywatnych jako środek do racjonalizacji wydatków. Stąd znaczenie mają konkurencja rynkowa, rachunek ekonomiczny i inne fundamentalne dla rynku prywatnego wartości. Zamówienia winny być wykorzystane nie w interesie dysponenta, ale przede wszystkim w interesie tych, których obciążono daninami. Uregulowania Prawa zamówień publicznych w sposób odczuwalny przekładają się na życie społeczne, służąc zaspokajaniu potrzeb publicznych, niejednokrotnie o żywotnym znaczeniu dla mieszkańców, jak choćby infrastruktura drogowa, remonty placówek publicznych. Podmioty publiczne dysponują ogromnymi kwotami pieniędzy, a z drugiej strony brak jest jednoznacznie wskazanego podmiotu, który byłby osobiście zainteresowany prawidłowością dysponowania tymi środkami. Podmioty faktycznie zainteresowane przeznaczeniem środków publicznych nie mogą nimi dysponować, natomiast dysponenci z reguły nie są beneficjentami dóbr nabywanych za publiczne pieniądze. Stąd nie występuje charakterystyczny dla gospodarki rynkowej mechanizm naturalnego motywowania chęcią zysku i zainteresowania podmiotu, aby jego środki finansowe były zarządzane w sposób jak najbardziej efektywny, celowy i oszczędny. Jednocześnie w sferze tej istnieje szereg zagrożeń dotyczących prawidłowości gospodarowania, rozumianej najogólniej jako legalność, gospodarność, celowość i rzetelność, a więc zagrożenie dla interesu publicznego. Wydatkowanie środków przez kadre urzędniczą, będącą jedynie dysponentem powierzonych środków, niejako automatycznie rodzi podejrzenia o korupcję

² M. Wieloński, *Realizacja interesu publicznego w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2012, s. 31–32; J. Jerzykowski, *Oferta łączna przy zamówieniach publicznych*, M.Praw. 2001/15, s. 799.

i inne patologie (przewlekłość, niska jakość). Płaszczyzną wspólną dla wykonawców i zamawiających jest odpowiednio chęć zbycia i wola nabycia określonego dobra, natomiast cała reszta to interesy stojące w opozycji (np. maksymalizacja zysku przez wykonawcę, korzystne ekonomicznie nabycie dóbr przez zamawiającego) podlegające wzajemnym modyfikacjom, co prowadzi w efekcie do akceptowalnej przez obie strony transakcji. Możliwe są jeszcze inne scenariusze, np. niezłożenie oferty przez żadnego z wykonawców czy zmuszenie kontrahentów przez organ odwoławczy do zawarcia transakcji niekorzystnej dla jednej ze stron. Wobec tego interesy zamawiających i wykonawców w sposób naturalny dla gospodarki rynkowej ścierają się. Problematyczne jest jednocześnie, czy interes publiczny może być utożsamiany z interesem zamawiającego. W dużym uproszczeniu można stwierdzić, że zazwyczaj interes zamawiającego (np. zakup sprawnej aparatury do reanimacji) pokrywa się z interesem publicznym (ratowanie życia pacjentów, ochrona zdrowia). Chodzi więc o służeńie interesowi publicznemu poprzez realizację zadań publicznych w drodze nabywania dóbr, który to konkretyzuje się w zależności od instytucji (zamawiającego), która zamówienia udziela, i zakresu zadań publicznych stawianych przed dysponentem środków publicznych³.

Przed wskazaniem celów regulacji prawa zamówień publicznych należy zwrócić uwagę na niejednoznaczne postrzeganie pozycji ekonomicznej głównych uczestników rynku zamówień publicznych, tj. zamawiających i wykonawców. Wedle M. Smagi w zamówieniach publicznych występuje faktyczna przewaga wykonawcy nad zamawiającym wynikająca ze specjalizacji. Przygotowanie do działań rynkowych jest najczęściej zdecydowanie gorsze po stronie zamawiających niż po stronie wykonawców. Różnorodność przedmiotów zamówień, potrzebnych nie tylko do realizacji ustawowych bądź statutowych zadań określonego podmiotu, ale także zakupu środków umożliwiających bieżące funkcjonowanie, jest ogromna. Nierealne byłoby wymaganie np. od pracowników gminy, aby byli specjalistami z zakresu informatyki, technologii żywności, meblarstwa, papiernictwa i innych dziedzin, a jednocześnie posiadali dobrą znajomość różnych gałęzi prawa oraz ekonomii, podobnie jak nierealne jest każdorazowe angażowanie biegłych. W dodatku niezawarcie (ale konsekwentnie również zawarcie) konkretnej umowy ma dla wykonawcy znaczenie istotnie mniejsze niż dla zamawiającego, który w większości przypadków bez zawarcia umowy nie jest w stanie funkcjonować. Ta przewaga może zostać niwelowana przez wyłączność zamawiającego w zakresie kreacji treści umowy, która w obecnym stanie prawnym nie musi przewidywać symetrycznych uprawnień i obowiązków stron. Jednakże to wykonawca ma swobodę w ustalaniu m.in. ceny, która będzie odpowiadać ryzykom wynikającym z umowy. Mimo przewagi podaży nad popytem stawiającej w lepszej sytuacji zamawiającego, supremacja zamawiającego jest pozorna i w większości przypadków jest niwelowana przez cenę najkorzystniejszej oferty lub brak ofert. Zamawiający publiczny jest ograniczony w zakresie swobody co do zawiązania stosunku zo-

³ M. Wieloński, *Realizacja...*, s. 33–39, 44.

bowiązaniowego (istnieje ona wyłącznie do chwili wszczęcia postępowania, po czym wprowadzony jest przymus kontraktowania), wyboru kontrahenta, ukształtowania treści umowy, a nawet wyboru formy⁴.

§ 2. Cele regulacji prawa zamówień publicznych

W doktrynie prezentowany jest pogląd, że pierwszorzędnym celem regulacji zamówieniowej jest stworzenie mechanizmu uzyskiwania zamówień o najkorzystniejszej relacji jakości do ceny, a więc wprowadzenie ekonomicznej zasady racjonalnego działania. Jest to uzasadnione sposobem działania podmiotów, w których interes zarządców (ekonomicznie – agentów) niekoniecznie musi być zgodny z interesem zarządzanych podmiotów. To co najbardziej opłacalne dla podmiotu publicznego, nie musi być najbardziej opłacalne dla jego kierownika. W art. 44 ust. 4 ustawy z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 869 ze zm.) zawarto zasadę wydatkowania środków w trybie Prawa zamówień publicznych obok innych zasad racjonalnego wydatkowania środków publicznych, co może wskazywać na utożsamianie przez ustawodawcę procesu wydatkowania środków w drodze zamówień publicznych z jego racjonalizacją. W kontekście racjonalności mówi się najczęściej o skuteczności, celowości i efektywności. Regulacja zamówień publicznych ma korygować systemowe zagrożenia dla racjonalnego gospodarowania publicznymi pieniędzmi, w tym przeciwdziałać zjawiskom korupcyjnym i niegospodarności. Racjonalizacji podlega jednak tylko pewien etap procesu inwestycyjnego – proces dysponowania środkami. Przykładowo ze względu na konieczność zaspokajania potrzeb zamawiającego i realizacji celu w zakresie ekonomicznej efektywności dokonywanych zakupów upoważniono zamawiającego do tego, by przesądzał on na zasadzie wyłączności w opisie przedmiotu zamówienia o treści świadczenia wykonawcy. Przepisy określają więc, jak kupować, wspomagają bądź stymulują racjonalizację wydatków, ale nie narzucają tego, co kupować. Nie zastępują i nie tworzą reguł racjonalnego rozpoznawania

⁴ Nieuprawnione jest rozciąganie zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.) na zamawiającego w tym sensie, jakoby zamawiający i wykonawcy mieli w jakimkolwiek zakresie takie same prawa i obowiązki w stosunku proceduralnym. Zob. M. Smaga, „Równość”..., s. 102, 108–110; M. Wieloński, *Realizacja...*, s. 36–37. W doktrynie reprezentowane jest też stanowisko o silniejszej pozycji zamawiającego. Zob. A. Kamińska, *Kary umowne za brak zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy w umowie o roboty budowlane*, St.Pr.Pryw. 2018/1, s. 79. Autorka stwierdza jednak, że „w sprawach zamówień publicznych brak równowagi stron umowy o roboty budowlane nie jest postrzegany w kategoriach problemu”. Podobnie J. Jerzykowski, *Oferta...*, s. 799. Por. też R. Szczepaniak, *Konstytucyjne bariery stosowności prawa prywatnego w sektorze publicznym*, St.Pr.Pryw. 2016/3–4, s. 69: „umowa zawarta pomiędzy podmiotem prawa publicznego a jednostką prywatną może stać się własną karykaturą, czyli karykaturą swobody, autonomii i partnerskiego traktowania”. Fakt posłużenia się przez administrację publiczną umową nie przesądza, iż występuje ona jako równorzędny podmiot z podmiotem prywatnym. Zob. R. Szczepaniak, *Wybrane problemy związane z przeplataniem się cywilnoprawnej i administracyjnoprawnej metody regulacji na przykładzie przepisów ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju*, St.Pr.Pryw. 2004/3–4, s. 118.

Marcin Czerwiński – doktor nauk prawnych; *supervisor* w firmie audytorsko-doradczej KPMG w Polsce; zajmuje się świadczeniem usług doradczych dla polskich przedsiębiorców i międzynarodowych grup kapitałowych działających w różnych sektorach gospodarki, a także wsparciem w postępowaniach przed organami publicznymi i sądami administracyjnymi; autor publikacji z zakresu prawa podatkowego, zamówień publicznych i prawa cywilnego; prelegent na konferencjach i szkoleniach z zakresu prawa podatkowego i cywilnego.

W publikacji szczegółowo omówiono takie zagadnienia, jak:

- dopuszczalność wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne,
- umowa regulująca współpracę wykonawców oraz reguły jej realizacji,
- odpowiednie stosowanie przepisów o pojedynczym wykonawcy do współwykonawców,
- spełnianie warunków podmiotowych przez grupy wykonawców,
- wnoszenie wadium i obowiązek wyznaczania pełnomocnika uczestników grupy,
- dopuszczalność zmian podmiotowych w grupach wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia i w trakcie realizacji umowy z zamawiającym,
- prawna charakterystyka konsorcjum i spółki cywilnej wraz z porównaniem do innych form kooperacji.

Rozważania zawarte w publikacji odnoszą się do funkcjonowania konsorcjów i spółek cywilnych w reżimie zamówień publicznych w świetle aktualnych regulacji prawa zamówień publicznych, prawa cywilnego, prawa ochrony konkurencji i innych dziedzin prawa. W opracowaniu zasygnalizowano również najważniejsze zmiany dotyczące funkcjonowania grup wykonawców wprowadzane nową ustawą – Prawo zamówień publicznych, która wejdzie w życie z dniem 1.01.2021 r.

Autor udziela odpowiedzi m.in. na pytania:

- jaki jest cel przepisów statuujących dopuszczalność tworzenia grup wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i czy cel ten jest realizowany,
- czy obecna regulacja jest optymalna w zakresie wyboru środków prawnych nadających się do realizowania założonych celów i poprawna pod względem legislacyjnym,
- jak udział współwykonawców w reżimie zamówień publicznych reguluje prawo Unii Europejskiej i czy przyjęty model współwykonawstwa w polskim prawie zamówień publicznych jest zgodny z prawem unijnym.

Książka jest przeznaczona dla prawników poszukujących rozstrzygnięcia istotnych problemów związanych z uczestnictwem grup wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Zainteresuje również przedsiębiorców działających jako wykonawcy na rynku zamówień publicznych oraz pracowników administracji publicznej zajmujących się zamówieniami publicznymi.



ZAMÓWIENIA:

INFOLINIA 801 04 45 45
ZAMOWIENIA@WOLTERSKLUWER.PL
WWW.PROFINFO.PL

