

# Doświadczenie konsorcjum a doświadczenie członków konsorcjum

**K**omentowany wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w polskiej sprawie C-387/14 Esaprojekt wywołuje zrozumiałe emocje wśród wykonawców zamówień publicznych. Niektóre zawarte w nim tezy nie wydają się mieć istotnego znaczenia ze względu na fakt, że zostały przedstawione jeszcze w zakresie obowiązywania starej dyrektywy 2004/18/WE, która została zastąpiona dyrektywą 2014/24/UE (co nie znaczy, że tezy te nie będą miały znaczenia np. dla kontroli zamówień udzielonych na bazie ówczesnych przepisów).

**Jednak wśród elementów oddziałujących również na dzisiejsze postępowania, jeden ma znaczenie kluczowe dla wykonawców – chodzi bowiem o doświadczenie zdobywane przez członków konsorcjum, realizujące zamówienie.**

Trybunał stwierdził mianowicie, że gdy wykonawca polega na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem, czyli w przypadku konsorcjum, 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 (pkt 62 uzasadnienia wyroku).

Dalej Trybunał konkluduje, że wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców (konsorcjum) 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 (pkt 63).

**Wynika z tego – zdaniem Trybunału – że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału (pkt 64).**

Warto przypomnieć w tym kontekście obecne brzmienie Dyrektywy 2014/24/UE i wskazać, że nie różni się ono w sposób istotny od zapisów zawartych w art. 48 Dyrektywy 2004/18/WE. Co więcej, zgodnie z art. 63 nowej dyrektywy podkreślono znaczenie doświadczenia, gdy ma być ono wykazywane przez inny, niż wykonawca podmiot. Wskazuje się bowiem, że w tym zakresie wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne.

**W związku z takim stanowiskiem Trybunału powstaje pytanie, czy ma on znaczenie dla szczególnej sytuacji z jaką mamy do czynienia w Polsce. Chodzi mianowicie o to, czy wynikająca w art. 141 Prawa zamówień publicznych solidarna odpowiedzialność członków konsorcjum może zmieniać konkluzje wynikające z wyroku.**

Przypomnijmy, że od lat ukształtowało się w orzecznictwie krajowym w zasadzie powszechne stanowisko, zgodnie z którym uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji<sup>1</sup>. Podstawy do takiego stanowisko doszukiwano się właśnie w ustawowej odpowiedzialności solidarnej członków konsorcjum za prawidłowe wykonanie zamówienia.

Podkreślano, że z zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie realizujących zamówienie należy wywieść, iż niezależnie od wewnętrznych podziałów zadań pośród tych wykonawców w trakcie realizacji zamówienia, każdy z podmiotów wspólnie to zamówienie realizujący nabywa doświadczenie w zakresie całości zamówienia, a nie jedynie części, którą samodzielnie wykonywał<sup>2</sup>.

Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko wyrażone przez sąd okręgowy we Wrocławiu w wyroku z 2 września 2009 r. w sprawie o sygnaturze X Ga 332/09. Sąd przypominał, że istotą konsorcjum jest wspólne działanie. Okoliczność faktycznego podziału czynności w obrębie konsorcjum nie zmienia ogólnej zasady, że przedsięwzięcie (tu: realizacja zamówienia publicznego) jest nadal wspólnym zadaniem konsorcjantów. Ta „wspólność” nabiera szczególnego znaczenia właśnie ze względu na ustawowy obowiązek solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum. Jak wskazuje dalej sąd „(...) solidarna odpowiedzialność determinuje bowiem zakres możliwych obowiązków, które powstają w ramach realizacji zadania z zakresu zamówień publicznych. W przypadku odpowiedzialności

z tytułu nienależytego wykonania zobowiązania roszczenie odszkodowawcze (...) ma charakter zastępczy lub uzupełniający względem świadczenia głównego, wynikającego z zobowiązania, które zostało naruszone.”

**Oznacza to, że na każdym z konsorcjantów (niezależnie od wewnętrznego podziału między nimi zadań faktycznych) ciąży obowiązek wykonania całego zamówienia publicznego. Prawidłowe wykonanie tego zadania jest zatem zasługą całego konsorcjum, które doprowadziło do jego poprawnej realizacji, w tym celu odpowiednio się organizując.**

Z tego punktu widzenia rzeczywiste zaangażowanie danego przedsiębiorcy w faktyczne wykonanie zamówienia staje się sprawą drugorzędną – kluczowa jest kwestia odpowiedzialności. Tak też sprawa ma się w przypadku wykonawcy, realizującego zamówienie przy udziale podwykonawców. Jego faktyczne zaangażowanie może się sprowadzać (i często sprowadza się) do sprawnej organizacji prac swoich podwykonawców, a przecież nie będzie to znaczyło, że nie nabywa on doświadczenia w związku ze zrealizowanym zamówieniem.

Jak argumentował Sąd Okręgowy we Wrocławiu „(...) stwierdzenie, że można nabyć doświadczenie w zakresie, w jakim nie wykonuje się prac samodzielnie, lecz przez podwykonawców, a nie można nabyć tego doświadczenia w ramach współpracy konsorcjalnej, stanowi niekonsekwencję argumentacyjną. W obu sytuacjach bowiem określony zakres prac może faktycznie nie być wykonywany przez wykonawcę, a więc sytuacja z punktu widzenia doświadczenia nie powinna być w takim przypadku różnicowana. Co więcej w przypadku konsorcjum ewidentnie zdobywa się wiedzę i doświadczenie w zakresie organizacji wykonywania zamówienia publicznego oraz współpracy przy realizacji tego zadania. Istotna jest również okoliczność powiązania wykonywanych faktycznie prac w całość,

<sup>1</sup> Np. KIO z 13 czerwca 2008 r. w sprawie KIO 530/08.

<sup>2</sup> Np. KIO z 26 stycznia 2015 r. w sprawie KIO 65/15.

stanowiącą przedmiot zamówienia publicznego, która jest co do zasady wynikiem wszystkich podjętych działań i prac w ramach realizacji zamówienia publicznego. Wykonanie zamówienia jest więc sumą funkcjonalnie powiązanych działań wszystkich (wzajemnie się uzupełniających) konsorcjantów.”

**Ewidentnie zatem w Polsce kluczowe znaczenie przypisywane jest odpowiedzialności (prawnej, ale także faktycznej) za prawidłową realizację zamówienia, przy czym udział w jego wykonaniu może polegać, podobnie jak w przypadku podwykonawców, na działaniach wyłącznie organizacyjnych. Trybunał położył natomiast, jak się zdaje, akcent na faktyczne wykonanie poszczególnych elementów zamówienia.**

Stanowisko Trybunału nie uwzględnia, niestety, tej niezwykle istotnej okoliczności. Z jednej strony można powiedzieć, że to oczywiste, ponieważ dyrektywy unijne o takiej odpowiedzialności w ogóle nie wspominają (jednie w zakresie ewentualnej solidarnej odpowiedzialności tzw. podmiotu trzeciego za użyczany potencjał finansowy) i nie ma ona znaczenia dla udzielenia odpowiedzi na zadane Trybunałowi pytanie. Z drugiej jednak strony można argumentować, że brak uwzględnienia przez Trybunał kwestii solidarnej odpowiedzialności powoduje, iż wyrok może nie mieć wpływu na sytuację konsorcjantów w Polsce (na marginesie trzeba zauważyć, że rząd polski w swoich uwagach pisemnych, niestety, nie wspominał o tej specyfice – a szkoda).

**Możliwa jest jednak odmienna interpretacja wyroku Trybunału. Przede wszystkim trzeba wskazać, że zarówno w treści dyrektyw jak i w stanowisku Trybunału wyraźnie podkreśla się aspekt faktyczny, dotyczący doświadczenia w realizowaniu zamówienia (realne dysponowanie doświadczeniem).**

Nie chodzi zatem o to, kto odpowiada (prawnie) za jego wykonanie, ale raczej o to, kto posiada kompetencje i kto rzeczywiście zajmuje się wykonaniem

zamówienia. W przypadku konsorcjum, pomimo solidarnej odpowiedzialności jego członków, istnieje określony podział zadań, który powoduje, że jego członkowie będą lub nie będą zaangażowani, chociażby organizacyjnie, w realizację zamówienia. Przykładem mogą być tu tzw. konsorcja finansowe, w których jeden z członków (np. instytucja finansowa) zapewnia wyłącznie środki niezbędne do bieżącego finansowania przedsięwzięcia, i nie jest zaangażowany w bieżące prace konsorcjum związane z jego realizacją.

Wydaje się, że w świetle komentowanego wyroku Trybunału, w przypadku takiego rodzaju zaangażowania trudno byłoby przypisać konsorcjantowi/instytucji finansowej doświadczenie w realizacji zamówienia, polegającego np. na budowie instalacji do termicznego przetwarzania odpadów komunalnych. Konsorcjant ten uzyskał natomiast niewątpliwie doświadczenie w finansowaniu tego typu przedsięwzięć.

**Oczywiście taka interpretacja wyroku Trybunału powoduje bardzo praktyczny problem, dotyczący konieczności każdorazowego badania, w jakim zakresie dany podmiot był zaangażowany w realizację danego zamówienia, do czego, zgodnie z obowiązującą wykładnią przepisów, zamawiający nie są zobowiązani.**

W tym kontekście należy wspomnieć, iż uzyskanie doświadczenia i referencji w związku z realizowanym zamówieniem ma również inny wymiar. Chodzi mianowicie o sytuację, gdy konsorcjum nie zrealizuje zamówienia, z czym mogą się wiązać sankcje w postaci wykluczenia z przyszłych postępowań (art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp lub art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp). W takim przypadku element solidarnej odpowiedzialności może powodować, że nierzetelne zachowanie jednego członka konsorcjum obciąży również drugiego, jeśli nie zdoła wywiązać się z obowiązków umownych. Skoro – zgodnie z dotychczasowym podejściem - miałby on uzyskiwać prawo do doświadczenia (referencji) w przypadku prawidłowej realizacji zamówienia również w stosunku do wykonania zadań, w których realizacji rzeczywiście nie uczestniczył, to z drugiej strony powinien

ponosić negatywne konsekwencje wynikające z solidarnej odpowiedzialności.

**Oznaczałoby to, że takie negatywne konsekwencje braku realizacji zamówienia przez konsorcjum miałyby znaczenie dla każdego z jego członków występujących nawet oddzielnie w kolejnych postępowaniach.**

Podsumowując, wyrok Trybunału może mieć istotne znaczenie dla wykonawców, a także pośrednio również dla zamawiających, których rolą jest ocena doświadczenia deklarowanego przez wykonawców. Z drugiej strony nie rozwiązuje on szeregu wątpliwości interpretacyjnych, wynikających właśnie ze specyficznego, polskiego przepisu dot. ustawowej, solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za realizację zamówienia publicznego.

**Wydaje się zatem, że właśnie w świetle wyroku Trybunału problem zakresu doświadczenia**

**zdoływanego przez poszczególnych członków konsorcjum (a równocześnie ewentualnych negatywnych konsekwencji wynikających z nieprawidłowej realizacji zamówienia) będzie wymagał ponownego rozważenia i rozstrzygnięcia na gruncie polskim.**

Być może również omawiany wyrok powinien stanowić podstawę do dyskusji o zniesieniu lub ograniczeniu ustawowej solidarnej odpowiedzialności wykonawców występujących w konsorcjum. Warto wskazać, że przecież ten obowiązek został zniesiony w ustawie o PPP; nie ma go również w ustawie o koncesji, a zatem w ustawach w rzeczywistości zbliżonych do zamówień publicznych. Co więcej, solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum nie narzuca nam również prawo unijne i w wielu przypadkach nie wydaje się ona zasadna.

**Katarzyna Kuźma  
Wojciech Hartung**

## Szanowni Czytelnicy!

**Informujemy o możliwości zakupu archiwalnych numerów miesięcznika „Zamówienia Publiczne Doradca” po preferencyjnych cenach.**

Każde wydanie miesięcznika jeszcze długo po jego ukazaniu się zawiera informacje nie ulegające dezaktualizacji, pomocne w codziennej pracy zamawiających i wykonawców działających w ramach zamówień publicznych. Zapraszamy zatem do składania zamówień na numery archiwalne.

Spis roczników oraz ceny poszczególnych wydań dostępne są na stronie [www.zamowieniapublicznedoradca.pl/archiwum](http://www.zamowieniapublicznedoradca.pl/archiwum)

Zamówienia na archiwalne wydania miesięcznika „Zamówienia Publiczne Doradca” przyjmujemy pod nr tel.: **22 610 10 99** oraz adresem e-mail: [wydawnictwo@publicus.pl](mailto:wydawnictwo@publicus.pl) lub za pośrednictwem formularza zamieszczonego na stronie [www.zamowieniapublicznedoradca.pl](http://www.zamowieniapublicznedoradca.pl)

Koszty wysyłki numerów archiwalnych pokrywa Zamawiający, zgodnie z cennikiem Poczty Polskiej. Wysyłka jest realizowana po otrzymaniu przez Wydawcę zamówienia i zaksięgowaniu wpłaty.

