

## ZAMÓWIENIA PUBLICZNE

**Z**asady wnoszenia wadium wynikają z obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych (p.z.p.) oraz nowej ustawy z 11 września 2019 r. Wykonawcy mogą się ubiegać o zamówienie wspólnie i konsorcjum takie może wadium składać w formie gwarancji bankowej.

Orzecznictwo jest zgodne, że „konsorcjum nie ma osobowości prawnej, jest umową pomiędzy dwoma podmiotami lub większą ich liczbą, zawieraną w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. W wyniku zawarcia takiej umowy nie powstaje osobny byt prawny posiadający zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych. Taką zdolność posiadają wyłącznie członkowie tworzący konsorcjum” (SA w Warszawie w wyroku z 4 marca 2016 r., sygn. VI ACa 83/16). Zgodnie z art. 23 ust. 2 p.z.p. (odpowiednio art. 58 ust. 2 nowej ustawy) wykonawcy, którzy zdecydowali się na wspólne ubieganie się o zamówienie, zobowiązani są ustanowić pełnomocnika; w praktyce zostaje nim jeden z wykonawców jako lider konsorcjum. Jeśli chodzi o koleję beneficjenta gwarancji, czyli wierzyciela gwarancyjnego, to jest on uprawniony do uzyskania świadczenia gwarancyjnego (wyplatu sumy gwarancyjnej) od banku w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania łączącego beneficjenta ze zleceniodawcą gwarancji. Zleceniodawcę gwarancji łączy z beneficjentem gwarancji stosunek podstawowy, to on zleca bankowi udzielenie gwarancji w celu zabezpieczenia wiarytelności istniejącej pomiędzy nim a beneficjentem gwarancji i od jego zachowania zależy będzie spełnienie się warunków wypłaty gwarancji. Bank, wystawiając gwarancję, zaciąga zobowiązanie wobec beneficjenta.

Nalożenie stosunków „zamówieniowych” i „gwarancyjnych” łączy funkcje w następujący sposób: zamawiający – beneficjent oraz wykonawca – zlecający gwarancję. Zlecający nie staje się dłużnikiem gwarancyjnym. W takiej sytuacji rola pełnomocnika (lidera konsorcjum) staje się kluczowa z punktu widzenia oceny jego oświadczenia woli (lub jego braku) przy zawieraniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych jest niejedolite. Skuteczność gwarancji nie została rozstrzygnięta jednoznacznie wyrokiem Sądu Najwyższego, jednak dominuje stanowisko, że gwarancja bankowa wystawiona na rzecz lidera konsorcjum jest prawidłowa. Bezpośredni wpływ na to miał wyrok SN z 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17), ustanawiający ogólną zasadę, że dla ustalenia prawidłowego zabezpieczenia oferty konieczna jest analiza treści konkretnej gwarancji wadialnej pod kątem zabezpieczenia interesów zamawiającego. Natomiast w wyroku z 27 lutego 2019 r. (sygn. XII Ga 555/18) SO w Gdańsku uznał, iż gwarancja wadialna może być wniesiona przez jednego członka konsorcjum. Aby jednak uznać, że skutecznie zabezpiecza ona ofertę, z jej treści musi wynikać, że gwarancja obejmuje nie tylko zleceniodawcę gwarancji, ale również innych wykonawców

biorących udział w postępowaniu. Zarysowują się rozbieżne stanowiska dotyczące skuteczności wniesienia przez konsorcjum gwarancji wadialnej.

## Na zlecenie lidera

Zgodnie z pierwszym poglądem niewymienienie w treści gwarancji wszystkich konsorcjantów jako wykonawcy nie wpływa na skuteczność wniesionej w tej formie wadium. Członkowie konsorcjum ubiegający się wspólnie o zamówienie odpowiadają solidarnie również za zobowiązanie zawarcia umowy w przypadku wyboru ich oferty, wobec czego solidarnie ponoszą konsekwencje powstania sytuacji, w której zawarcie umowy w sprawie zamówienia

p.z.p. i obowiązku stosowania przepisów dotyczących wykonawcy do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oznacza, że konsorcjum traktowane jest jako jeden wykonawca. Skoro obowiązki nałożone w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. dotyczą wykonawcy, to odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca na mocy art. 23 ust. 3 p.z.p. (wyrok KIO z 30 września 2014 r., KIO 1897/14, KIO 1899/14).

W wyroku z 18 lipca 2016 r. (KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16, LEX nr 2147653) KIO przyjęła, że „w świetle przepisów art. 23 ustawy gwarancje wadialne opisywane w treści odwołań i złożone

wiążące. W przełomowym dla linii orzeczniczej wyroku z 15 lutego 2018 r. (sygn. IV CSK 86/17) SN wskazał:

■ Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są odpowiedzialni solidarnie za wykonanie zobowiązania, które zabezpiecza wadium. Świadczy o tym fakt, że przedmiot obowiązków, których naruszenie uzasadnia zatrzymanie wadium (art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p.), stanowią świadczenia niepodzielne, a ponadto wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wspólnie składają jedną ofertę na jedno zamówienie. ■ Jeżeli wadium wniesione zostało w formie gwarancji ubezpieczeniowej, o przesłankach jego realizacji decyduje treść gwarancji. Rozważenia wymaga – w

praw i obowiązków – zgodnie z art. 23 ust. 3 p.z.p. przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się do nich odpowiednio. Nie posiadają oni podmiotowości prawnej, nie mogą zaciągać zobowiązań na własny rachunek i tym samym nie tworzą zobowiązania poza pewną grupą podmiotów wspólnie działających z zamiarem uzyskania zamówienia publicznego (wyrok KIO z 22 maja 2015 r., KIO 974/15). Dodatkowo z brzmienia art. 23 ust. 2 i 3 p.z.p. wynika, że w takim przypadku występuje nadal wielość podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego. Solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum na etapie złożenia oferty nie można wywieść z art. 141 p.z.p. ani z art. 369 czy 370 k.c. – solidarna odpowiedzialność wynikająca

z cenniu, argumentując m.in., że wykonawca, jako lider konsorcjum upoważniony i zobowiązany do pełnej reprezentacji konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia, będzie odpowiadał za wystąpienie przesłanki zatrzymania wadium określonych w treści gwarancji i art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. – nawet jeśli przyczyną ich zmaterializowania będzie tkwiła bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji.

## Dokument bez wad

Niewymienienie w treści gwarancji wszystkich konsorcjantów jako wykonawcy nie powoduje wadliwości tego dokumentu. Za takim stanowiskiem przemawiają następujące argumenty:

■ przesłanki zatrzymania wadium odpowiadają naruszeniom obowiązków konsorcjum wykonawców. Lider konsorcjum jako pełnomocnik odpowiada za zaniechanie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Działając w imieniu pozostałych członków, odpowiada także za niewniesienie zabezpieczenia wykonania umowy oraz niezłożenie właściwych oświadczeń. Pozostali członkowie konsorcjum nie są uprawnieni do działania przy zwieraniu umowy, zatem ich zachowanie nie podlega ocenie przez zamawiającego ani przez bank udzielający gwarancji;

■ gwarancja bankowa nie jest zobowiązaniem akcesoryjnym. Zlecenie udzielenia gwarancji kreuje odrębny stosunek pomiędzy bankiem i zamawiającym, a zatem nie zachodzi konieczność tożsamości podmiotowej w obu stosunkach „zamówieniowym” i „gwarancyjnym”. Bank ma zapłacić sumę gwarancyjną (wadium), gdy spełnią się przesłanki art. 46 ust. 4a oraz 5 p.z.p., bez konieczności oceny, kto z członków konsorcjum odpowiada za poszczególne zaniechania;

■ aktualne orzeczenia KIO podtrzymują tę argumentację, np. wyrok z 24 czerwca 2020 r. (KIO 818/20); „prawidłowo umocowny pełnomocnik konsorcjum, wskazany w treści gwarancji wadialnej, (...) ponosi odpowiedzialność z gwarancji za wszystkie działania innych członków konsorcjum, które mogą być powodem zaistnienia przesłanki do zatrzymania wadium”;

■ przepisy p.z.p. nie wymagają szczególnej treści gwarancji i – jak wskazuje KIO w wyroku z 25 maja 2019 r. (KIO 392/19) – „nie jest konieczne wymienienie w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie publiczne. Ważny jest cel wadium, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego, który ustala wymagania dotyczące wadium w siwz (art. 36 ust. 1 pkt 8 p.z.p.). Przepisy p.z.p. nie wymagają, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia wadium było wnoszone w jakiś szczególny sposób, w tym, aby wadium było wnoszone wspólnie przez wykonawców tworzących konsorcjum”. /@

Autor jest doktorem, radcą prawnym, członkiem Stowarzyszenia Prawa Zamówień Publicznych, partnerem w kancelarii Andersen Tax & Legal Srokosz i Wspólnicy

# Konsorcjum, wadium i gwarancja bankowa



TOMASZ SROKOSZ

Nie trzeba wymieniać w dokumencie gwarancji wszystkich wykonawców, którzy wspólnie ubiegają się o zamówienie. Ważny jest cel, czyli zabezpieczenie interesu zamawiającego – wynika z jednego z orzeczeń KIO.

” Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia są odpowiedzialni solidarnie za wykonanie zobowiązania, które zabezpiecza wadium

publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie któregośkolwiek z członków konsorcjum, w tym lidera (art. 141 p.z.p. oraz art. 370 k.c. w zw. z art. 366 k.c. w zw. z art. 14 p.z.p.). Z regulacji tych wynika, że złożenie oferty i ubieganie się o zamówienie publiczne wspólnie przez konsorcjum wykonawców jest równoznaczne z zaciągnięciem zobowiązania dotyczącego ich wspólnego mienia w rozumieniu art. 370 k.c., powodującym powstanie solidarniej odpowiedzialności za wykonanie zobowiązania wynikającego z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (wyrok KIO z 5 marca 2015 r., KIO 336/15).

W wyroku z 25 maja 2015 r. (KIO 969/15) Izba wskazała, że w umowie konsorcjum zastrzeżono solidarną odpowiedzialność członków konsorcjum za wspólne złożenie oferty, w tym za jej przygotowanie, a więc i za zabezpieczenie jej wadium, co oznacza, że treść gwarancji bankowej prawidłowo zabezpiecza interes zamawiającego (w tej sprawie dokument gwarancji bankowej został wystawiony na zlecenie lidera konsorcjum i wymieniał jako wykonawcę wyłącznie lidera).

Odpowiednie stosowanie przepisów o wykonawcach do wszystkich członków konsorcjum wynika z art. 23 ust. 3

w takich okolicznościach faktycznych, jak tam podawane, dotyczą wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub wyrażając się ściślej: obejmują i zabezpieczają wszystkie przypadki przypadku wadium opisane w art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p., niezależnie od tego, czy wykonawca składał następnie ofertę samodzielnie czy wspólnie z innymi podmiotami. Skoro więc obowiązki wynikające z art. 46 ust. 4a i 5 p.z.p. dotyczą wykonawcy, odpowiednio dotyczą również wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia traktowanych w określonych sytuacjach jak jeden wykonawca”.

Za skuteczne wniesienie wadium przyjmowano w orzecznictwie złożenie gwarancji wadialnej wystawionej na jednego z członków konsorcjum, który zarazem jest pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych konsorcjantów, co wynika z treści oferty oraz dołączonego pełnomocnictwa. W takim przypadku nawet brak wskazania występowania wykonawców w ramach konsorcjum oraz ich wymienienia w treści gwarancji nie stoi na przeszkodzie uznaniu wniesienia wadium za prawidłowe i zabezpieczające w sposób pełny interesy zama-

świłte czynników wskazanych w art. 65 k.c. (zwłaszcza ustalonych zwyczajów, praktyki ubezpieczeniowej) – czy określenie to obejmuje sytuacje, w których przyczyna uzasadniająca zatrzymanie wadium tkwi wprawdzie bezpośrednio w zaniechaniu wykonawcy pominiętego w gwarancji, jednakże wykonawca w niej wymieniony również ponosi za to zaniechanie odpowiedzialność. W razie odpowiedzi pozytywnej – z zastrzeżeniem ewentualnych, odmiennych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia – wniesienie wadium w formie takiej gwarancji ubezpieczeniowej należałoby uznać za prawidłowe i skuteczne. Ewentualne skutki niepoinformowania gwaranta o tym, że wykonawca wskazany w gwarancji jako dłużnik (np. oferent) był jedynie liderem konsorcjum (jednym z wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia), a nie wyłącznym wykonawcą, mogłyby wpływać tylko na stosunek zlecenia gwarancji i w żaden sposób nie oddziaływałyby na skuteczność nieakcesoryjnego zobowiązania gwaranta.

## Na wszystkich członków

Zgodnie z drugim poglądem gwarancja wadialna powinna wskazywać wszystkich uczestników konsorcjum. Stanowisko to jest oparte na następujących argumentach: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia nie stają się jako konsorcjum wyodrębnionym podmiotem

z art. 141 p.z.p. dotyczy jedynie wykonania umowy oraz wniesienia zabezpieczenia należącego wykonania umowy.

Kwestię tę w sposób odmienny, za prezesem UZP, przesądził SN w orzeczeniu wskazanym powyżej, tj. że taka solidarność istnieje również na etapie składania oferty. 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. W przypadku wezwania do realizacji gwarancji z przyczyn leżących po stronie konsorcjanta, który nie został objęty gwarancją, gwarant najprawdopodobniej odmówi wypłaty.

KIO w wyroku z 22 listopada 2019 r. (KIO 2262/19) co prawda podzieliła stanowisko, w myśl którego uzyskanie zagwarantowanej zapłaty wadium musiało obejmować wszystkie wskazane działania lub zaniechania wykonawcy (...) rozumianego w tym przypadku jako trzech wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, ewentualnie w treści gwarancji ubezpieczeniowej wyraźnie lub choćby w wystarczającym stopniu zrównane musiały zostać pojęcia „z przyczyn leżących po stronie zobowiązanego” oraz „z przyczyn, za które zobowiązany odpowiada”. Brak takiego wskazania skutkuje wadliwością złożonego dokumentu. Jednak stanowisko to miało charakter incydentalny. W nowszych orzeczeniach KIO odrzucała argumenty opierające na się na ww. orze-

