



Z A B O R O W S K A

K A N C E L A R I A A D W O K A C K A



---

# Składanie ofert konsorcjalnych prawidłowość i najczęstsze błędy

Agnieszka Zaborowska  
adwokat



## Podstawa prawna art. 23 ust. 1 - 4 PZP

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia (tzw. konsorcjum).
2. Konsorcjum ustanawia pełnomocnika do:
  - reprezentowania członków konsorcjum w postępowaniu, albo
  - reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy.
3. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do konsorcjum.
4. Jeżeli oferta konsorcjum została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego - umowy regulującej współpracę wykonawców (członków konsorcjum).



- Połączenie potencjałów ekonomicznych, finansowych, doświadczenia czy zasobów kadrowych lub technicznych.
- Udział w postępowaniu podmiotów, które samodzielnie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu. Decyzja o wspólnym ubieganiu się o zamówienie publiczne podejmowana jest najczęściej w sytuacji, gdy zamawiający postawił warunki podmiotowe na podstawie art. 22 ust. 1 PZP, które nie mogą być spełnione indywidualnie.
- Rozłożenie ryzyka związanego z realizacją zamówienia na kilka podmiotów.
- Przedmiot zamówienia jest szerszy niż działalność prowadzona standardowo przez wykonawcę.

Konsorcjum stanowi rozwiązanie, które ma pozytywnie wpłynąć na konkurencyjność postępowań, m.in. przez to, że ułatwia dostęp do rynku małym i średnim przedsiębiorcom i tworzy podstawy do konkurowania z podmiotami o większym potencjale.



## Kilka podmiotów, a jedna oferta

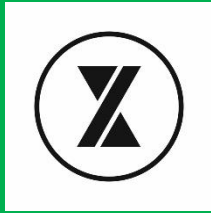
Konsorcjanci składają jedną ofertę.  
Jest to tzw. oferta wspólna konsorcjum.

Potwierdza to:

- jeden formularz ofertowy,
- dokumenty załączone do oferty,
- wadium,
- pełnomocnictwo konsorcjalne.

Członkowie konsorcjum składający wspólną ofertę - są traktowani jako jeden wykonawca zamówienia publicznego (art. 2 pkt 11 PZP).





## Forma prawna konsorcjum

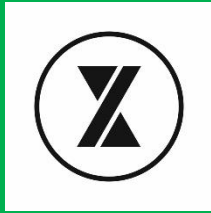
W Kodeksie cywilnym nie wyróżnia się odrębnego typu umowy konsorcjum, a jej zawarcie następuje w ramach **zasady swobody umów** (art. 353<sup>1</sup> k.c.).

Brak obowiązku powoływania odrębnych podmiotów.

Brak obowiązku tworzenia określonych struktur.

**Brak odrębnych form czy sposobów składania oferty przez konsorcjum.**

Konsorcjum, jako forma współpracy gospodarczej, **nie posiada podmiotowości prawnej**, nie jest samodzielny podmiotem praw i obowiązków, ani odrębną jednostką organizacyjną.



## Forma prawna konsorcjum

Wyrok KIO z 12 stycznia 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 1638/09): Konsorcjum nie jest odrębnym podmiotem prawnym - podmiotowość zachowują wyłącznie podmioty wchodzące w jego skład.

Wyrok KIO z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 2016/10): Użycie sformułowania „konsorcjum” jest wyłącznie praktyką w zamówieniach publicznych. PZP nie zna pojęcia „konsorcjum”, używa się go w celu uproszczenia posługiwania się wyrażeniem „wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia”. Należy mieć na uwadze, że jest to **skrót myślowy, a nie odrębna instytucja.**

Zamówienie publiczne udzielane jest **łącznie wszystkim wykonawcom** tworzącym konsorcjum, a każdy z podmiotów uczestniczących w konsorcjum jest wykonawcą zamówienia (wielopodmiotowość strony stosunku prawnego).

## Typowe błędy związane z działaniem w formie konsorcjum

---



- Zgłoszenie udziału przez określony podmiot w dwóch lub większej liczbie ofert.
- Nieprzedstawienie w sposób jednoznaczny, że ofertę składają wykonawcy działający wspólnie (np. brak wymienienia w treści oferty wszystkich konsorcjantów).
- Wadliwe skonstruowanie umowy konsorcjum, z której nie wynika upoważnienie do złożenia oferty wspólnej.



Wyrok KIO z 2 czerwca 2015 r. (sygn. akt KIO 1029/15)

---



„W sytuacji gdy wykonawca na pierwszej stronie swojej oferty popełnił omyłkę przez nie wpisanie konsorcjanta w rubryce „wykonawca składający ofertę” bądź też nie wskazał w jakiej postaci wykonawca ten występuje, tj. nie dopisał sformułowania „Lider konsorcjum”, to **dopuszczalna jest poprawa oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.**

**Dopuszczalne jest również przyjęcie stanowiska, że ofertę złożył lider konsorcjum do tych czynności upoważniony mocą pełnomocnictwa załączonego do oferty jeżeli z treści tego pełnomocnictwa wynika jakie podmioty wchodzi w skład konsorcjum oraz który z wykonawców został ustanowiony liderem konsorcjum.”**

Wyrok KIO z 30 czerwca 2015 r. (sygn. akt 1217/15)

---

Podstawą do stwierdzenia ważności oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o uzyskanie zamówienia jest wskazanie w ofercie, jakie podmioty tworzą konsorcjum.





1. Jeżeli wystąpiła formalna nieścisłość w postaci nie umieszczenia w ofercie informacji o jej złożeniu w imieniu konsorcjum, **zamawiający miał możliwość skorzystania z przepisu art. 14 PZP, a następnie odwołania się do reguł wykładni oświadczeń woli z Kodeksu Cywilnego, które nakazują zamawiającemu wzięcie pod uwagę całokształtu okoliczności, w jakich zostało złożone oświadczenie woli.**
2. Jeżeli zamawiający miałby w tym zakresie wątpliwości, chociażby w postaci braku pewności, co do możliwości dokonania wykładni oświadczenia woli lidera konsorcjum, w sposób wyżej zaprezentowany, to powinien skorzystać z dyspozycji art. 87 ust. 1 PZP i wyjaśnić treść powyższego oświadczenia woli.



W trybach otwartych - decyzja o wzięciu udziału wspólnie należy do wykonawców, zarówno co do składu, jak i liczby podmiotów, które podejmą starania o uzyskanie zamówienia.

W trybach zamkniętych - krąg podmiotów, które zostaną zaproszone do udziału w postępowaniu, określany jest przez zamawiającego, który ustala kto może wziąć udział w postępowaniu. Zamawiający definiuje krąg zaproszonych - uprawnionych.





## CASE STUDY

---

Czy spóźnienie z utworzeniem konsorcjum, np. w trybie negocjacji bez ogłoszenia - zawarcie umowy po zaproszeniu do złożenia oferty

Czy nastąpi odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, jako złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert?

## Zmiany w konsorcjum w trakcie postępowania o zamówienie

---



Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku z 24 maja 2016 r., C-396/14:

Istnieje konieczność zachowania prawnej i materialnej tożsamości wykonawców na każdym etapie danego postępowania o udzielenie zamówienia, ale wymóg ten może zostać złagodzony w celu zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.

Trybunał dopuścił możliwość dalszego udziału w postępowaniu jednego z dwóch wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, **jeżeli samodzielnie spełnia on warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego oraz jeżeli, składając wniosek samodzielnie, zostałby zakwalifikowany do udziału w postępowaniu.**

Możliwość ta jest jednak uwarunkowana brakiem pogorszenia sytuacji konkurencyjnej pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.



## Więcej niż jedna oferta

Jeśli wykonawca składa w jednym postępowaniu ofertę w ramach dwóch konsorcjów lub składa ofertę samodzielnie oraz równolegle jako członek konsorcjum, przyjmuje się, że złożył on **dwie oferty** w postępowaniu.

**W takiej sytuacji obie oferty podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP.**

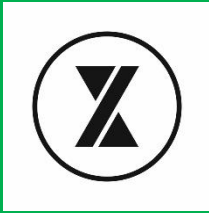


Wyrok KIO z 28 września 2010 r. (sygn. akt KIO 2016/10):

**Złożenie dwóch ofert w postępowaniu przez dwa różne konsorcja, w których uczestniczy ten sam wykonawca - jest naruszeniem art. 82 ust. 1 PZP (wykonawca może złożyć jedną ofertę).**

Złożenie dwóch ofert przez tego samego wykonawcę skutkuje ich odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP.

Przepis art. 23 ust. 3 PZP nie nadaje konsorcjum żadnej podmiotowości. Podobnie jak spółka cywilna istnieje wyłącznie jako stosunek zobowiązaniowy. W konsekwencji, wykonawca nie może złożyć w jednym postępowaniu dwóch ofert występując jako uczestnik dwóch (albo więcej) konsorcjów.



## CASE STUDY

Czy udział danego wykonawcy w postępowaniu wspólnie z innym wykonawcą (jako konsorcjum) wyklucza możliwości jego zaistnienia w tym postępowaniu w innym charakterze?

Czy wykonawca taki może wystąpić w charakterze podwykonawcy w ofercie innego wykonawcy?



## Elementy umowy konsorcjum

---

1. Strony umowy
2. Przedmiot umowy (czy po co zawiązywane jest konsorcjum)
3. Przedmiot działalności konsorcjum i czas trwania
4. Określenie zakresu reprezentacji oraz odpowiedzialności
5. Określenie podziału zysków i udziale w stratach
6. Pełnomocnictwo dla lidera konsorcjum
7. Inne postanowienia i podpisy stron





## Umowa konsorcjum

PZP nie wprowadza obowiązku przedstawienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - umowy regulującej współpracę tych wykonawców oraz zawarcia takiej umowy na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Wykonawcy, podejmując decyzję o wspólnym ubieganiu się o udzielenie zamówienia, mogą poprzestać na wstępnych ustaleniach co do przyszłej współpracy.

Zawarcie umowy może nastąpić dopiero w przypadku wyboru ich oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.





## Umowa konsorcjum

Treść umowy konsorcjum winna spełniać minimalne wymagania dla celu jej zawarcia, jednakże jej kształtowanie jest prawem wykonawców.

Zamawiający nie może - co do zasady - ingerować w treść umowy ani żądać zawarcia w niej oczekiwanych przez niego postanowień.

Wyjątek: ustalenie oraz opublikowanie w dokumentacji postępowania szczególnych warunków realizacji zamówienia odnoszących się do wykonawców występujących wspólnie zgodnie z art. 23 ust. 6 PZP.

Charakter zamówienia odnosi się w tym przypadku do przedmiotu zamówienia rozumianego szeroko, w tym w szczególności obejmującego sposób wykonywania umowy.



## Zmiana umowy konsorcjum

---

Zmiana umowy konsorcjum **nie wymaga zgody zamawiającego.**

Zmianę umowy konsorcjum zamawiający może tylko przyjąć do wiadomości.



## Typowe błędy związane z działaniem przez pełnomocnika

---



- Niejasne określenie lub ograniczenie zakresu upoważnienia.
- Wygaśnięcie pełnomocnictwa w związku z przyczynami określonymi w Kodeksie cywilnym lub określonymi w jego treści.
- Udzielenie dalszego pełnomocnictwa z naruszeniem art. 106 Kodeksu cywilnego.
- Związane z terminem jego udzielenia w kontekście czynności niezbędnych do udziału w postępowaniu.
- Składanie oświadczeń i dokumentów w imieniu konsorcjantów bez upoważnienia.





Wyrok KIO z 17 marca 2011 r. (sygn. akt KIO 462/11):

- Przepis art. 23 ust. 2 PZP przewiduje obowiązek ustanowienia pełnomocnika przez podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie i niewyznaczenie pełnomocnika jest uchybieniem temu obowiązkowi.
- PZP nie przewiduje sankcji w przypadku niewypełnienia obowiązku ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w szczególności nie ma sankcji w postaci wykluczenia tych wykonawców lub odrzucenia ich oferty.
- Mimo wyznaczenia pełnomocnika, oferta może być podpisana wspólnie przez obu wykonawców.





Konsorcjanci powinni ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu.

Zgodnie z art. 14 PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu Cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Kodeks Cywilny reguluje zagadnienia związane z udzielaniem pełnomocnictw w art. 96 – 108, które określają zakres czynności koniecznych dla ważności udzielanego pełnomocnictwa, w tym formę udzielanych pełnomocnictw, ich treść, rodzaje oraz okoliczności wygaśnięcia pełnomocnictwa.



Pełnomocnictwo powinno być co najmniej **pełnomocnictwem rodzajowym**, którego zakresem minimalnym jest upoważnienie do reprezentacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek ustanowienia pełnomocnika ma na celu ochronę interesów zamawiającego. Dokonując czynności względem pełnomocnika, zamawiający dokonuje jej ze skutkiem dla wszystkich konsorcjantów (reprezentacja bierna).

Dopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictwa zarówno w odrębnym dokumencie, jak i w treści umowy konsorcjum, jeśli wykonawcy zawierają ją przed złożeniem oferty.



## Kto może być pełnomocnikiem

---

Pełnomocnikiem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia może być **jeden z wykonawców**, ale nie ma żadnych przeszkód, aby wykonawcy ustanowili pełnomocnikiem **podmiot niebędący konsorcjantem**.

Wyrok KIO z 25 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1634/14): „Nie ma żadnych racjonalnych, czy też prawnych powodów, dla których należałoby odmówić skuteczności pełnomocnictwa udzielonego jednemu z konsorcjantów przez pozostałych. Ustanowiony przedstawicielem konsorcjum - podmiot działa w imieniu swoim oraz pozostałych konsorcjantów, z którymi złożył wspólną ofertę”.

**Możliwe jest ustanowienie więcej niż jednego pełnomocnika** - udzielenie więcej niż jednego pełnomocnictwa skutkuje dla zamawiającego prawem do swobodnej decyzji, który z nich będzie odbiorcą informacji, oświadczeń i innych dokonywanych przez niego czynności.



Wyrok Zespołu Arbitrów z 13 sierpnia 2007 r.  
(sygn. akt UZP/ZO/0-994/07):

---



Pełnomocnik (lider konsorcjum) może udzielić pełnomocnictwa innej osobie w imieniu i ze skutkiem dla mocodawcy (konsorcjum) tylko wtedy, gdy jest do tego umocowany.

Jeżeli w umowie konsorcjum zawarto upoważnienie dla lidera do udzielania dalszych pełnomocnictw, to w przypadku gdy lider konsorcjum umocował inną osobę do złożenia oferty, wraz z ofertą niezbędne jest przedstawienie nie tylko oryginału pełnomocnictwa, ale także umowy konsorcjum.





Wyrok KIO z 16.05.2012 r. (sygn. akt KIO 902/12):

„Pełnomocnik ma reprezentować wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i – fakultatywnie – przy zawarciu umowy.

Znaczenie tego przepisu jest przede wszystkim porządkujące – aby zamawiający nie był zmuszony do jednoczesnego kontaktowania się z wszystkimi wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, lecz tylko z jednym podmiotem – pełnomocnikiem.

Nie oznacza to jednak, że poprzez ustanowienie pełnomocnika wykonawcy – mocodawcy zostają pozbawieni jakichkolwiek praw, które posiadają na gruncie prawa cywilnego, w tym prawa do samodzielnego działania mocodawców (oczywiście przy zachowaniu wymogów np. reprezentacji i wspólnego działania)”.  
10



## Ilość dokumentów pełnomocnictwa

Dopuszczalne jest udzielenie pełnomocnictw przez dwa lub więcej podmiotów, **każdy z osobna w odrębnym dokumencie**, jeśli tylko na podstawie całości kształtu okoliczności nie będzie budziła wątpliwości wola podmiotów je składających.



## Ilość dokumentów pełnomocnictwa okiem KIO

Wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 263/08):

Oświadczenia wykonawców o udzieleniu pełnomocnictwa w trybie art. 23 PZP mogą być zawarte w odrębnych dokumentach.

Wyrok KIO z dnia 27 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1292/08):

Na skuteczność pełnomocnictwa, o którym mowa w art. 23 ust. 2 PZP, nie wpływa okoliczność, iż pełnomocnictwo zostało udzielone w kilku odrębnych oświadczeniach.

Wyrok KIO z 23 sierpnia 2016 r. (sygn. akt KIO 1446/16; KIO 1447/16):

Z przepisów PZP nie wynika, aby umocowanie pełnomocnika do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia albo reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy, uzależnione było od wymienienia pełnego składu tych wykonawców w każdym z pełnomocnictw, jakie udzielane jest pełnomocnikowi.



## Zakres pełnomocnictwa

Przepisy nie wprowadzają wymogu co do zakresu umocowania pełnomocnika.

Możliwe jest udzielenie kilka oddzielnych pełnomocnictw w toku postępowania adekwatnych do jego przebiegu:

1. pełnomocnictwo do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu,
2. pełnomocnictwo do złożenia oferty,
3. pełnomocnictwo do zawarcia umowy.

W przypadku zmiany w strukturze własnościowej jednego z członków konsorcjum i przejściowego braku obsady jego organów zarządzających udzielenie kolejnego pełnomocnictwa może nie być możliwe w terminach określonych w ustawie PZP i będzie skutkować brakiem możliwości zawarcia umowy z zamawiającym.



## Zakres pełnomocnictwa

Zgodnie z art. 95 i 96 Kodeksu Cywilnego - **każdej czynności prawnej można dokonać przez pełnomocnika**, chyba że z ustawy wynika wyjątek od tej zasady.

Czynność prawna dokonana przez pełnomocnika pociąga za sobą skutki bezpośrednio dla osoby reprezentowanej, o ile zostaje dokonana w granicach umocowania, które może wynikać z ustawy albo z oświadczenia osoby reprezentowanej.

W treści pełnomocnictwa w sposób jednoznaczny muszą być wymienione czynności, do dokonania których jest upoważniony pełnomocnik np.: upoważnienie do złożenia oferty, do złożenia JEDZ, do złożenia w imieniu wykonawcy oświadczeń innych niż JEDZ, do parafowania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów, do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego i innych czynności.



## Wyjaśnienia treści pełnomocnictwa

Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia wyjaśnień w przedmiocie treści pełnomocnictwa, w trybie art. 87 ust. 1 PZP.

Wyrok KIO z dnia 18 listopada 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 1191/08, KIO/UZP 1200/08): "Pełnomocnictwo może być objęte dyspozycją art. 87 ust. 1 PZP".

Przepis nie ustanawia bezwzględnego obowiązku stanowiąc, że zamawiający może, z tego uprawnienia skorzystać, jednakże należy podzielić pogląd, że Zamawiający winien dochować należytej staranności i zwrócić się o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jeżeli określone okoliczności wymagające wyjaśnienia wystąpią.

W przypadku stwierdzenia, że w dniu składania ofert pełnomocnik nie był do tego umocowany będzie świadczyło o nieważności czynności złożenia oferty na podstawie art. 104 KC i związane będzie z koniecznością odrzucenia oferty.



Uszło uwadze zamawiającego, że oferta odwołującego została podpisana przez obu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy wskazali, że liderem konsorcjum będzie X.

**Skoro jednak formularz ofertowy podpisali obaj konsorcjanci, to oznaczało, że oferty nie składał pełnomocnik, lecz obaj wykonawcy.**

Pozostałe dokumenty załączone do oferty zostały podpisane bądź poświadczane za zgodność z oryginałem jedynie przez jedną osobę, a nie przez wszystkich wykonawców. Zatem tylko w tym przypadku rzeczywiście istniała konieczność złożenia pełnomocnictwa dla osoby, która w imieniu konsorcjum podpisała lub poświadczyła za zgodność z oryginałem te dokumenty.

Ponieważ pełnomocnictwa do oferty nie załączono, zamawiający zobowiązany był wezwać odwołującego do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. **26 ust. 3a PZP**.





Wyrok KIO z dnia 31 października 2013 r. (sygn. akt 2458/13):

Skoro ofertę podpisała osoba, która nie została ujawniona w KRS członków konsorcjum to umocowanie do działania dla tej osoby winno zostać wykazane już w ofercie, ewentualnie – jako ustawowo dopuszczony wyjątek – w wyniku wezwania zamawiającego.

Wyrok KIO z dnia 22 maja 2013 r. (sygn. akt 1085/13):

Prawidłowo sformułowane pełnomocnictwo i należycie ustanowiony pełnomocnik mają zasadnicze znaczenie dla ważności postępowania o udzielenie zamówienia. BOWIEM **oferta złożona w ramach przetargu przez osobę nienależycie umocowaną podlega odrzuceniu** (z zastrzeżeniem, że zamawiający przed odrzuceniem oferty dopełnił obowiązku z art. 26 ust. 3 PZP).



Wyrok KIO z 4 stycznia 2016 r. (sygn. akt KIO 2747/15)

**Wyjaśniając treść kwestionowanego pełnomocnictwa należy oprzeć się na treści art. 65 § 1 Kodeksu Cywilnego**, zgodnie z którym „oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”.

Okoliczności, w których oświadczenie woli zostało złożone, mogą mieć istotny wpływ na wynik tego tłumaczenia, niejednokrotnie, bowiem to one konstruują taką, a nie inną treść oświadczenia, określającą zamierzone przez składającego je skutki (KIO przytoczyła uchwałę 7 sędziów SN z dnia z 29 czerwca 1995 r., sygn. akt III CZP 66/95).

Zatem w sprawie zasady tłumaczenia oświadczeń woli wymagały uwzględnienia rozważenia oświadczeń woli ze wskazanych dokumentów, a nie tylko wybranego fragmentu.



## Odrzucenie oferty

Zamawiający może odrzucić ofertę, dopiero wtedy jeśli z treści uzupełnionego pełnomocnictwa nie będzie wynikało, że w dacie składania ofert pełnomocnik był do tego umocowany. Zamawiający powinien wcześniej skorzystać z wezwania do złożenia wyjaśnień w przedmiocie pełnomocnictwa

Wyrok KIO z 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2754/11):

„Obowiązek wezwania Wykonawcy do przedłożenia brakującego pełnomocnictwa ciąży na Zamawiającym na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, także w sytuacji, gdy konieczność takiego wezwania pojawi się już po złożeniu ofert. Prawidłowe pełnomocnictwo przedłożone na wezwanie Zamawiającego **winno potwierdzać istnienie umocowania do dokonania danej czynności na dzień jej dokonania.**

Możliwe jest przedłożenie pełnomocnictwa z datą adekwatną do daty dokonania czynności, a także z datą późniejszą, jeżeli z treści pełnomocnictwa wynika, iż pełnomocnik był umocowany do dokonania czynności w chwili jej dokonania np. w chwili złożenia oferty”.



## Typowe błędy związane z warunkami udziału w postępowaniu i brakiem podstaw do wykluczenia z postępowania

---

- Niespełnienie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez zamawiającego.
- Błędna interpretacja warunków udziału w postępowaniu w zakresie możliwości sumowania potencjałów.
- Złożenie oferty wspólnej z podmiotem podlegającym wykluczeniu.



## Wykluczenie z postępowania

Zarówno konsorcjum, jak i każdy z jego członków z osobna powinni być traktowani jak wykonawca.

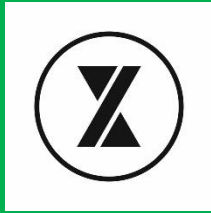
Co oznacza że w przypadku oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania każdy partner konsorcjum podlega ocenie, czy nie zachodzą przesłanki wskazujące na wykluczenie z postępowania.



Wyrok KIO z 10 października 2017 r.  
(sygn. akt KIO 2009/17):

„Istotne jest wskazanie, że przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania wynikające z treści ustawy jako obligatoryjne, a także fakultatywne, lecz z mocy postanowień zamawiającego zawartych w SIWZ, także obowiązkowe dla wykonawców, odnoszą się w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia do każdego z tych wykonawców **ze skutkiem odnoszonym do konsorcjum składającego ofertę.**”





## Spełnienie warunków udziału w postępowanie

W toku przygotowania oferty istotne jest ustalenie:

1. Czy warunki udziału w postępowaniu powinien spełnić każdy z wykonawców członków konsorcjum,
2. Czy możliwe jest łączenie potencjału w zakresie wykazywania spełnienia warunków udziału w postępowaniu np. warunku zdolności finansowej do wykonania zamówienia publicznego.



## Podstawa prawna art. 23 ust. 5 - 6 PZP

5. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców, o których mowa w ust. 1, warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1b PZP, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.
6. Zamawiający może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 PZP, w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne.





Co do zasady podmioty uczestniczące w postępowaniach w formie konsorcjum łączą swój potencjał dla potrzeb realizacji zamówienia, ale nie oznaczać to dopuszczalności ich sumowania w każdym przypadku. Istotna jest analiza warunku postawionego na gruncie danego postępowania.

Wyrok KIO z dnia 30 października 2018 r. (sygn. akt KIO 2140/18):

Aby zamawiający mógł określić szczególny sposób spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, winien powyższe wymaganie obiektywnie uzasadnić. Aby zamawiający mógł zastosować przepis art. 23 ust. 5 PZP, należy odnieść przedmiot zamówienia do jego specyficznego charakteru, a ponadto musi być proporcjonalne.



## Doświadczenie konsorcjum



Wyrok TSUE z 4 maja 2017 r. C-387/14 ws. ESAPROJEKT

W ocenie Trybunału wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może polegać na doświadczeniu konsorcjum, którego był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.

Doświadczenie to należy oceniać w zależności od konkretnego zakresu udziału tego wykonawcy, a więc jego faktycznego wkładu w realizację zamówienia.

Zdaniem Trybunału wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem 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.



Wyrok KIO z dnia 26 maja 2017 r. (sygn. akt KIO 905/17, KIO 925/17, KIO 933/17):

**„Udostępniane doświadczenie powinno mieć charakter realny, a nie formalny.** Od niego zależy bowiem możliwość prawidłowego wykonania zamówienia przez podmiot, który w tym celu wykorzysta te zasoby.

Wykonawca udostępniający swoje zdolności oraz doświadczenie może zatem uczynić to jedynie w zakresie, w którym sam je nabył. 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). Tym bardziej zatem udostępnieniu może podlegać jedynie doświadczenie nabyte w związku z konkretną i faktyczną realizacją czynności w ramach konsorcjum.”



## Warunek uprawnień

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie mogą łącznie spełniać warunek udziału w postępowaniu dotyczący **kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli każdy z nich będzie realizował tę część zamówienia, do realizacji której posiada kompetencje lub uprawnienia.**

W takiej sytuacji wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie powinni udowodnić zamawiającemu, że każdy z nich będzie realizował tylko tę część zamówienia do realizacji, której posiadają określone kompetencje lub uprawnienia.

Wymóg posiadania przez każdego z członków konsorcjum uprawnień do realizacji zamówienia może być uzasadniony, gdy realizacja każdego elementu przedmiotu zamówienia wymaga posiadania stosownych uprawnień. **Zamawiający powinien tą kwestię jednoznacznie uregulować odpowiednimi zapisami ogłoszenia o zamówieniu.**



Wyrok KIO z dnia 5 kwietnia 2013 r. (sygn. akt KIO 668/13)

„(...) Zdaniem KIO **wystarczającym jest:**

**gdy jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał działalność wymagającą zezwolenia albo licencji, legitymuje się odpowiednimi uprawnieniami, aby uznać, że całe konsorcjum spełnia powyższy warunek i nie podlega wykluczeniu, nawet w sytuacji, gdy inni członkowie konsorcjum stosownych uprawnień nie posiadają.**

Przyjęcie odmiennego wniosku przeczyłoby istocie konsorcjum, które z reguły zawiązywane jest w celu połączenia potencjałów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (...)”.



Wyrok KIO z dnia 18 maja 2010 r. (sygn. akt KIO/UZP 786/10)

„(...) w zakresie uprawnień za wystarczające do uznania spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym przedmiotu o różnym rodzaju należy uznać, gdy uprawnienie posiadał będzie:

**co najmniej jeden z konsorcjantów, który będzie realizował tę część zamówienia, z którym wiąże się obowiązek posiadania uprawnień.(...)”.**



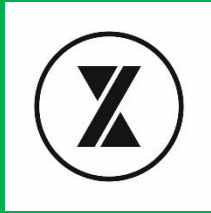
## Sytuacja ekonomiczna

**Nie w każdym przypadku zdolności współwykonawców dadzą się w prosty sposób zsumować**, zwłaszcza w odniesieniu do doświadczenia i sytuacji ekonomicznej, czyli stanu zadłużenia.

Wyrok TSUE z 10 października 2013 r. (sygn. C-94/12):

„Nie można oczywiście wykluczyć, że istnieją szczególne roboty budowlane, które wymagają pewnych kwalifikacji niemożliwych do uzyskania poprzez połączenie niższych kwalifikacji wielu podmiotów. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może w uzasadniony sposób wymagać, aby minimalny poziom kwalifikacji został osiągnięty przez jeden podmiot gospodarczy lub – stosownie do okoliczności – przez odwołanie się do ograniczonej liczby podmiotów gospodarczych”.

Szczególny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez współwykonawców powinien być określony przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, w przeciwnym wypadku zdolność konsorcjum do realizacji zamówienia będzie podlegała weryfikacji na ogólnych zasadach.



## Ubezpieczenie OC konsorcjum

Wyrok KIO z 26 marca 2013 r. (sygn. akt KIO 550/13):

„W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia dopuszczalne jest, aby wymaganie posiadania polisy w określonej wysokości spełniał jeden z wykonawców, zwłaszcza jeśli pozostaje w związku co do wartości z wysokością ubezpieczenia wymaganego przez zamawiającego”.

Niektóre aspekty sytuacji finansowej są związane z indywidualną sytuacją podmiotu (np. płynność finansowa). Wówczas warunek taki powinni spełniać odrębnie poszczególni członkowie konsorcjum, czego zamawiający może wymagać na podstawie postanowień art. 23 ust. 5 PZP.





Wyrok KIO z dnia 21 lutego 2013 r. (sygn. akt KIO 272/13):

„O ile bowiem nie budzi wątpliwości możliwość zawiązania konsorcjum, w którym jeden z członków spełnia wymagania co do doświadczenia, a drugi wymagania ekonomiczne i finansowe, o tyle możliwość łączenia zasobów dla wykazania w szczególności wymagań dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej może budzić wątpliwości w indywidualnych przypadkach.

Wysokość przychodów ma znaczenie dla wartości wskaźnika bieżącej płynności finansowej. W takiej sytuacji niezasadne byłoby rozdzielanie tych warunków w ten sposób, że **w przypadku konsorcjum jeden z jego członków mógłby wykazać przeważający lub całkowity udział w wymaganej wartości przychodów, a inny – oczekiwany przez zamawiającego wskaźnik bieżącej płynności finansowej.**

Z całą pewnością taki sposób spełnienia wymagań zamawiającego nie sprzyjałby wyłonieniu konsorcjum, którego potencjał ekonomiczny i finansowy jest adekwatny do przedmiotu zamówienia i odpowiedni do zasobów wykonawcy samodzielnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia”



Wyrok KIO z 29 listopada 2016 r. (sygn. akt KIO 2169/16):

1. Ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinna być dokonywana jednakowo - zarówno w odniesieniu do wykonawcy biorącego udział samodzielnie w postępowaniu, jak również w odniesieniu do podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.
2. **Fakt połączenia poszczególnych wykonawców w konsorcjum nie może prowadzić do obejścia prawa, czy złagodzenia wymagań względem podmiotów tworzących konsorcjum.**
3. Spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie może polegać na swobodnym sumowaniu doświadczeń członków konsorcjum.
4. Jeśli zamawiający nie zamierza modyfikować ww. zasady – to nie ma obowiązku określać w SIWZ reguł. **Dopiero, gdyby zamawiający zamierzał złagodzić swoje wymagania, podkreślając, że nie zależy mu na krotkości wykonania zamówień, mógłby wskazać w SIWZ, że podmioty wspólnie ubiegające się o zamówienie mogą przedstawić doświadczenie dwóch różnych podmiotów.**



Wyrok KIO z 19 stycznia 2017 r. (sygn. akt KIO 35/17)

Przepis art. 23 ust. 5 PZP nie może być interpretowany w ten sposób, że zamawiający może ograniczyć prawo wykonawcy do posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego z tego powodu, że zamierza on złożyć ofertę wspólną z innym podmiotem



## Typowe błędy związane z zabezpieczeniem oferty

- Nieprecyzyjne sformułowanie dokumentu gwarancji wadialnej.
- Niezapewnienie ciągłości realnego pokrycia wadium przez cały okres związania ofertą.



Wyrok KIO z 5 marca 2015 r. (sygn. akt KIO 336/15)

"Nie istnieją przeszkody we wniesieniu wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, w której to treści gwarancji ujęty został jeden z podmiotów wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 3 PZP przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w art. 23 ust. 1 PZP, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia".

Jeżeli konsorcjum załączyło wraz z ofertą umowę konsorcjum lub pełnomocnictwo, w którym gwarant jest prawidłowo umocowanym pełnomocnikiem uprawnionym do działania w imieniu i na rzecz pozostałych członków konsorcjum, wadium spełnia wymagania ustawowe, nawet jeśli w treści samej gwarancji wadialnej nie wskazano faktu istnienia konsorcjum.

## Gwarancja wystawiona na jednego konsorcjanta

---



Wyrok KIO z dnia 5 marca 2014 r. (sygn. akt KIO 269/14)

„Pierwszorzędne znaczenie ma okoliczność, czy oferta jest zabezpieczona i **czy wadium spełnia swój cel.**

[..] wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej wniesione przez jednego z członków Konsorcjum F. – lidera zabezpiecza złożoną ofertę, a więc spełnia cel mu przypisany. Brak podstaw do przyjęcia za zasadne twierdzenia Odwołującego, że winno być wniesione przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”.



## Gwarancja wystawiona na jednego konsorcjanta



Wyrok KIO z 1 marca 2018 r. (sygn. akt KIO 171/18):

**"niezastosowanie się odwołującego do postanowień SIWZ samo przez się nie stanowiło podstawy do odrzucenia jego oferty.**

W postanowieniach SWIZ zamawiający wprawdzie nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek, aby w składanych przez nich gwarancjach, jako zobowiązani zostali wymienieni wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Jednakże, w ocenie Izby, postanowienia te miały charakter instrukcyjny, a ich ewentualne niedochowanie nie mogło wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postaci odrzucenia złożonej przez nich oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że to PZP, a nie specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera zamknięty katalog przesłanek, po spełnieniu których oferta powinna być odrzucona”.



Wyrok Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 17 stycznia 2006 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-46/06):

**Jeżeli pełnomocnictwo do podpisania oferty, reprezentowania w postępowaniu i podpisania umowy w postępowaniu zostało udzielone już po wystawieniu gwarancji bankowej dla jednego z uczestników konsorcjum, wniesione wadium w formie gwarancji bankowej nie może być uznane za wniesione przez podmiot składający ofertę, tj. konsorcjum.**

Gdyby pełnomocnictwo to zostało udzielone przed datą lub w dacie wystawienia gwarancji bankowej, z treści jego można by wywieść skutki prawne dla obu firm, tj. uczestników konsorcjum.







## Rozstrzygający wyrok Sądu Najwyższego



Wyrok Sądu Najwyższego z 15 lutego 2018 r. (sygn. akt IV CSK 86/17):

Gwarancja zapłaty wadium wystawiona po zawiązaniu konsorcjum i wskazująca w treści wyłącznie na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego stanowi skuteczne zabezpieczenie oferty wspólnej.

Sąd Najwyższy uznał dopuszczalność wystawienia gwarancji, w której treści nie zostaną wymienieni jako zobowiązani wszyscy wykonawcy wspólnie ubiegający się o dzielenie zamówienia, jednakże pod następującymi warunkami:

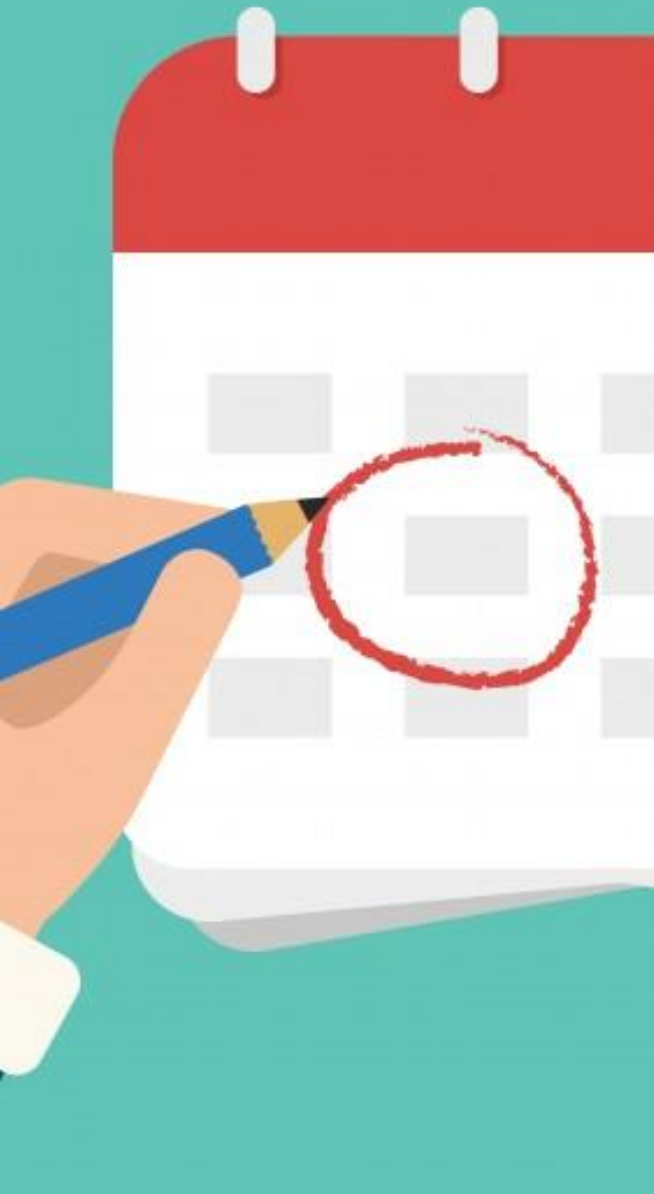
1. gwarancja wadialna zostanie wystawiona po zawiązaniu konsorcjum,
2. gwarancja wadialna zostanie wystawiona na pełnomocnika wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.



## Dokumenty „własne” konsorcjantów

---

Każdy wykonawca poświadcza za zgodność z oryginałem swoje dokumenty. Dokumenty innego konsorcjanta można poświadczyć tylko dysponując stosownym upoważnieniem.











## Istotne kwestie związane z realizacją zamówienia publicznego

---

Solidarna odpowiedzialność - art. 141 PZP

Nie można wyłączyć stosowania art. 141 PZP przez jakiegokolwiek postanowienia umowne ograniczające solidarną odpowiedzialność.







## Zmiana lidera konsorcjum

---

Nie ma przeszkód, aby w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego liderem konsorcjum stał się inny wykonawca (partner) wchodzący w skład konsorcjum.



## Zamówienia podobne a konsorcjum

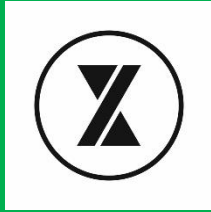
---

- Likwidacja podmiotu (współkonsorcjanta) albo ogłoszenia jego upadłości.
- Zakres usług lub robót budowlanych objętych zamówieniem podobnym, warunki udziału w postępowaniu spełnia tylko jeden albo tylko niektórzy z współkonsorcjantów.
- Nie wszyscy członkowie konsorcjum są zainteresowani wykonaniem zamówienia podobnego (np. z uwagi na ryzyka gospodarcze związane z jego wykonaniem).



## Projekt nowej PZP (projekt z 2019r.)

1. Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.
2. W przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.
3. 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.
4. Zamawiający **może określić warunki realizacji zamówienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** w inny sposób niż w przypadku pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.
5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.



## Projekt nowej PZP (projekt z 2019r.)

Jeżeli została wybrana oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zamawiający **może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych wykonawców.**

Jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez jednego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowych zadań dotyczących:

1. zamówień na roboty budowlane lub usługi;
2. prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.



## Projekt nowej PZP (projekt z 2019r.)

1. Zamawiający może określić szczególny, obiektywnie uzasadniony, sposób spełniania przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i jest proporcjonalne.
2. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej i zrealizuje tę część zamówienia, do której realizacji te uprawnienia są wymagane.
3. W odniesieniu do 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.
4. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia wskazują, które części zamówienia wykonają poszczególni wykonawcy.



Z uzasadnienia projektu nowego PZP:

Proponuje się, aby warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej uznać za spełniony, jeżeli co najmniej jeden z współwykonawców posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej i zrealizuje tę część zamówienia, do której realizacji te uprawnienia są wymagane.

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, współwykonawcy będą mogli – tak jak wynika to z art. 63 ust. 1 akapit czwarty dyrektywy klasycznej – polegać na zdolnościach wyłącznie tych z nich, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.





## Projekt nowej PZP (projekt z 2019r.)

1. Członkowie konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.
2. Zasady tej nie stosuje się do zamówienia, którego przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej, udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia.

W takim przypadku członkowie konsorcjum ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenie należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami.



## Z uzasadnienia projektu nowego PZP :

- Proponuje się zniesienie zasady solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego za wykonanie umowy.
- Celem zmiany jest takie ukształtowanie odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia za wykonanie umowy, żeby każdy z członków konsorcjum ponosił odpowiedzialność tylko za tę część umowy, którą rzeczywiście wykonuje. W takim przypadku konsorcjant odpowiedzialny za fazę badawczo-rozwojową partnerstwa nie będzie ponosił odpowiedzialności za fazę wytworzenia, produkcji seryjnej itp., za którą odpowiedzialny będzie inny konsorcjant i odwrotnie.
- Solidarnej odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy nie stosuje się do zamówienia, którego przedmiotem jest nabycie innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej, udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego.





**Dziękuję za uwagę.**

**Agnieszka Zaborowska**  
**adwokat**

---

✉ [agnieszka@kancelariazaborowska.pl](mailto:agnieszka@kancelariazaborowska.pl)

☎ +48 504 369 782

🌐 [www.zaborowska.pl](http://www.zaborowska.pl)