

Odpowiedzialność cywilnoprawna w obrocie gospodarczym



Redaktor naukowy
Andrzej Śmieja



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2011

Recenzent: Leszek Ogiegło

Redaktor Wydawnictwa: Jadwiga Marcinek

Redaktor techniczny: Barbara Łopusiewicz

Korektor: Barbara Cibis

Łamanie: Małgorzata Czupryńska

Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna na stronie www.ibuk.pl

Streszczenia opublikowanych artykułów są dostępne w międzynarodowej bazie danych The Central European Journal of Social Sciences and Humanities <http://cejsh.icm.edu.pl> oraz w The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com

Informacje o naborze artykułów i zasadach recenzowania znajdują się na stronie internetowej Wydawnictwa www.wydawnictwo.ue.wroc.pl

Kopiowanie i powielanie w jakiegokolwiek formie wymaga pisemnej zgody Wydawcy

© Copyright Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2011

ISSN 1899-3192

ISBN 978-83-7695-170-6

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

Spis treści

Wstęp	7
Dorota Benduch , Obowiązek dochowania tajemnicy przedsiębiorstwa przez członków zarządu a badanie <i>due diligence</i> w procesie łączenia się spółek kapitałowych	9
Piotr Cybula , O ewolucji zasad odpowiedzialności organizatora turystyki z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy o imprezę turystyczną	19
Bogusława Gnela , Odpowiedzialność przedsiębiorców za szkody wyrządzone przez produkt niebezpieczny	39
Jerzy Gospodarek , Zasady i zakres odpowiedzialności cywilnej przedsiębiorcy turystycznego. Próba uogólnień	60
Monika Kalina-Nowaczyk , Solidarna odpowiedzialność wykonawców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego	106
Jan Lic , Odpowiedzialność cywilnoprawna przedsiębiorcy – współnika spółki cywilnej	119
Jolanta Loranc-Borkowska , Zakres odpowiedzialności sprzedawcy za niezgodność towaru z umową sprzedaży konsumenckiej	136
Katarzyna Marak , Odpowiedzialność cywilnoprawna hotelarzy	156
Kinga Michałowska , Ukryta reklama i jej skutki na tle przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w aspekcie cywilnoprawnej odpowiedzialności przedsiębiorcy	176
Sławomir Pasieka , Przedawnienie roszczeń do ubezpieczyciela wynikających z umowy ubezpieczenia	193
Jerzy Sawilow , Odpowiedzialność za szkodę a odpowiedzialność cywilna w refleksji nad prawem upadłościowym	202
Tomasz M. Szczurowski , Zakres przedmiotowy odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy budowlanemu	228
Iwona Szymczak , Odpowiedzialność przedsiębiorcy z tytułu rękojmi za wady fizyczne budynku znajdujące się w części stanowiącej nieruchomości wspólną	241
Andrzej Śmieja , Stosunek odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 435 k.c. i art. 436 §2 k.c.	258

Summaries

Dorota Benduch , Obligation of keeping secret of an enterprise by board of directors versus <i>due diligence</i> analysis in the process of capital companies' merger	18
Piotr Cybula , The evolution of principles of organizer liability for non-performance or improper performance of package travel contract.....	38
Bogusława Gnela , Entrepreneurs' liability for damages caused by dangerous products.....	59
Jerzy Gospodarek , Principles and scope of civil liability of tourist entrepreneur. An attempt of generalisations	105
Monika Kalina-Nowaczyk , Joint liability of economic operators with regard to the non performance or improper performance of the contract on public procurement.....	118
Jan Lic , Civil liability of an entrepreneur – partner of a civil partnership	135
Jolanta Loranc-Borkowska , The extent of liability of the seller for the non-conformity of goods with a consumer sales contract	155
Katarzyna Marak , Civil liability of the hoteliers	175
Kinga Michałowska , Hidden advertising and its results against an act of unfair competition in the aspect of civil and legal liability of an entrepreneur	191
Sławomir Pasięka , Limitation of claims against the insurer resulted from insurance contracts.....	201
Jerzy Sawilow , Liability for damages and civil liability in the reflection on bankruptcy law.....	226
Tomasz M. Szczurowski , Scope of liability for remuneration payment to a building subcontractor	240
Iwona Szymczak , Liability of entrepreneur for defects of building construction revealed in a common part of the building under the statutory warranty	257
Andrzej Śmieja , Compensation liability ratio of the article 435 of the civil code and the article 436 §2 of the civil code	274

Monika Kalina-Nowaczyk

Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu

SOLIDARNA ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCÓW ZA NIEWYKONANIE LUB NIENALEŻYTE WYKONANIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Streszczenie: Celem niniejszego opracowania jest ustalenie, w jakich okolicznościach w zamówieniach publicznych powstaje odpowiedzialność solidarna wykonawców zamówienia. Autorka omawia odpowiedzialność solidarną wykonawców wynikającą: ze złożenia jednej oferty przez kilku wykonawców (art. 141 p.z.p.), z zawarcia nienazwanej umowy przystąpienia do długu (dozwolona na podstawie zasady swobody umów z art. 353¹ k.c.), z zawarcia umowy spółki cywilnej (art. 864 k.c.), z umowy o roboty budowlane w zakresie wynagrodzenia podwykonawców (art. 647¹ §5 k.c.). Analizuje kwestię odpowiedzialności solidarnej wykonawców i podwykonawców w prawie polskim i austriackim. W świetle obowiązujących przepisów taki rodzaj odpowiedzialności jest niedopuszczalny, a §74 ust. 1 pkt 4 BVergG 2006 jest niezgodny z postanowieniami Dyrektywy 2004/18/WE.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, odpowiedzialność solidarna, odpowiedzialność cywilna.

1. Wstęp. Odpowiedzialność cywilna wykonawców w zamówieniach publicznych

Niewykonywanie czy niewłaściwe wykonanie umowy albo wyrządzenie szkody w związku wykonywaniem zamówień publicznych wywołuje co najmniej tyle problemów co prawidłowe przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne. Tymczasem przebieg postępowania został szczegółowo uregulowany w ustawie Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: p.z.p.), natomiast odpowiedzialności cywilnej zamawiających i wykonawców oraz zabezpieczeniu należytego wykonania umowy poświęcono zaledwie kilka przepisów. Mimo dysproporcji regulacji (nawet przy uwzględnieniu subsydiarnie stosowanych przepisów kodeksowych) temat opracowania ma nie mniejsze znaczenie praktyczne niż w przypadku umów zawieranych poza zamówieniami publicznymi.

Rozważania zostaną ograniczone do odpowiedzialności cywilnej wykonawców, ponieważ zamawiający – w rozumieniu art. 2 pkt 112 p.z.p. w zw. z art. 3 p.z.p.

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r., Dz. U. 2007, nr 223, poz. 1655 z późn. zm.

i art. 5 ustawy o finansach publicznych – z reguły nie są przedsiębiorcami²; zazwyczaj będą to jednostki sektora finansów publicznych, np. jednostka samorządu terytorialnego, samodzielny publiczny zakład opieki zdrowotnej, państwowa szkoła wyższa.

Ustawa p.z.p. reguluje w sposób szczególny tylko niektóre aspekty odpowiedzialności cywilnej wykonawców oraz zabezpieczenia należytego kontraktowania lub wykonania umowy o zamówienie publiczne:

- art. 24 p.z.p. – skutek szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia, jeżeli została stwierdzona prawomocnym orzeczeniem sądu wydanym w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania³,
- art. 141 p.z.p. (w zw. z art. 23 p.z.p.) – odpowiedzialność solidarna wykonawców,
- art. 45 i 46 p.z.p. – wadium,
- art. 147-151 p.z.p. – zabezpieczenie należytego wykonania umowy.

W pozostałym zakresie znajdują zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego, w tym o odpowiedzialności deliktowej (art. 415 k.c.) oraz niewykonywaniu umów (np. art. 471 k.c.), w szczególności wzajemnych, do których należą umowy o zamówienie publiczne⁴ (art. 139 i nast. p.z.p.)

Przedmiotem rozważań będzie szczególny rodzaj odpowiedzialności cywilnej wykonawców – odpowiedzialność solidarna za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy. Przedstawione zostaną m.in. odpowiedzialność solidarna wykonawców na podstawie p.z.p. oraz przykłady jej powstania na innej podstawie prawnej, możliwość przystąpienia do długu, kwestie odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawcy zamówienia publicznego.

2. Odpowiedzialność solidarna wykonawców

2.1. Odpowiedzialność solidarna na podstawie art. 141 p.z.p.

Na mocy art. 141 p.z.p. w zw. z art. 23 ust.1 p.z.p. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie

² Z wyjątkiem niektórych przypadków zamówień, np. sektorowych lub finansowanych w ponad 50% ze środków publicznych, przy spełnieniu określonych przesłanek (zob. art. 3 ust. 1 pkt 4 i 5 p.z.p.).

³ Zgodnie z brzmieniem ustawy o 23 października 2008 r., skutek nienaprawienia dobrowolnie (do dnia wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne) szkody wyrządzonej niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia na skutek okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

⁴ Zważywszy rodzaje zawieranych umów, ze względu na przedmiot umowy, przede wszystkim: dostawy, sprzedaży, o roboty budowlane, o dzieło, a także np. ubezpieczenia (wszystkie wymienione cechuje ekwiwalentność świadczeń), oraz ich obligatoryjną odpłatność – zob. art. 2 pkt 13 p.z.p. (wzajemne będą zatem także umowy zlecenia, w przypadku udzielenia zamówienia publicznego zawsze odpłatne).

umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Solidarna odpowiedzialność oznacza – w świetle art. 366 §1 k.c. – że zamawiający może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich wykonawców łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna; wykonanie zobowiązania przez któregokolwiek z wykonawców zwalnia pozostałych⁵.

Norma z art. 141 p.z.p. ma charakter bezwzględnie obowiązujący. Postanowienia ograniczające albo wyłączające solidarną odpowiedzialność są nieważne (art. 58 §1 k.c.). Z drugiej strony, zbędne jest wprowadzenie do specyfikacji ogólnych warunków zamówienia lub do umowy klauzuli o solidarnej odpowiedzialności występujących w roli wykonawców konsorcjantów bądź współników spółek cywilnych, solidarność zobowiązania wynika bowiem z ustawy. W literaturze argumentowano, że bezwzględny charakter normy z art. 141 p.z.p. może stanowić barierę „przy powstawaniu konsorcjów w sprawach uzyskania zamówienia”⁶: producent sprzętu nie zechce ponosić pełnej odpowiedzialności za wykonanie prac budowlanych przez firmę budowlaną i odwrotnie: poszczególni uczestnicy konsorcjum bankowego nie zechcą ponosić odpowiedzialności do pełnej wysokości kredytu, a jedynie części, której udziela.

Przeszkodę tę, jak się wydaje, można łatwo usunąć, regulując zasady odpowiedzialności w umowie między współwykonawcami – uczestnikami konsorcjum oraz przedstawiając ją zamawiającemu. Zamawiający, stosując się do zawartych w niej reguł rozłożenia odpowiedzialności, nie naruszy art. 141 p.z.p.⁷, korzystając z uprawnień wierzyciela z art. 366 §1 k.c. (jakiej części świadczenia i od którego dłużnika żąda). Znając rozkład odpowiedzialności, może domagać się wykonania stosownej części zamówienia lub odszkodowania za niewykonanie danej części zamówienia od wykonawcy, który odpowiada za wykonanie zamówienia w tym zakresie, zgodnie z umową o współpracy. Jak się wydaje, optymalizacji współdziałania zamawiającego z wykonawcami w celu wykonania zamówienia ma służyć reguła z art. 23 ust. 4 p.z.p.: zamawiający jest uprawniony zażądać umowy regulującej współpracę od wykonawców działających wspólnie, których oferta została wybrana. Nie wyklucza to możliwości złożenia umowy o współpracy przez wykonawców bez żądania zamawiającego.

Nie znajdują zastosowania do zamówień publicznych przepisy art. 373 i 374 §1 k.c. o zwolnieniu z długu oraz odnowieniu między zamawiającym a jednym ze współwykonawców odpowiedzialnych solidarnie. Umowy tego rodzaju byłyby nieważne na mocy art. 58 k.c. jako prowadzące do obejścia prawa, a ściślej imperatywnej normy z art. 141 p.z.p. o odpowiedzialności solidarnej współwykonawców z mocy ustawy;

⁵ Do zobowiązań solidarnych odnoszą się przepisy art. 366-378 k.c.

⁶ J. Baehr, *Komentarz do art. 141 p.z.p.*, [w:] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 326.

⁷ Stosowanie przez zamawiającego reguł odpowiedzialności wynikających z umowy o współpracy współwykonawców ani nie uchyla, ani nie narusza bezwzględnego charakteru normy z art. 141 p.z.p., ani nie prowadzi do obejścia prawa.

nieważne byłoby również zrzeczenie się solidarności względem jednego z uczestników konsorcjum albo ugoda zawierająca jako ustępstwo wspomniane zwolnienie, odnowienie, zrzeczenie się.

W praktyce niekiedy niezasadnie wyklucza się z postępowania o zamówienie wykonawcę posługującego się dokumentami (referencjami) poświadczającymi wykonanie zamówienia przez konsorcjum, którego był uczestnikiem w innym postępowaniu. Należy przyjąć, że referencje wystawione konsorcjum stanowią potwierdzenie doświadczenia konsorcjanta w wykonywaniu określonego rodzaju zamówień publicznych, za którego wykonanie ponosił przecież pełną odpowiedzialność. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) przyjmuje się, że stanowi to „logiczną konsekwencją solidarnej odpowiedzialności konsorcjanta za należyte wykonanie całego zamówienia”⁸.

2.2. Odpowiedzialność solidarna na innej podstawie prawnej

1. Jeśli wykonawcy działają wspólnie w postępowaniu prowadzącym do zawarcia umowy o zamówienie publiczne, ich odpowiedzialność ma charakter solidarny na mocy art. 141 p.z.p.

Wyjątkowo (zważywszy zakaz zmian podmiotowych)⁹ odpowiedzialność solidarna może powstać także w innych przypadkach. W praktyce wiąże się to ze zmianą sytuacji prawnej dotychczasowego wykonawcy (lecz nie w drodze sukcesji generalnej czy singularnej) i następuje zazwyczaj po zawarciu umowy o zamówienie publiczne. Odpowiedzialność solidarna powstaje wówczas po zakończeniu etapu ubiegania się o udzielenia zamówienia – w odniesieniu do innych podmiotów niż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Zatem jej źródła należy szukać poza art. 141 p.z.p., który odnosi się wyłącznie do wykonawców wspólnie ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Szczególne przypadki solidarności wykonawców zamówienia publicznego mogą wynikać z:

a) **umowy nienazwanej przystąpienia do długu** (po stronie wykonawcy) osoby trzeciej; to będąca jej cechą solidarności czyni dopuszczalnym ten typ czynności prawnej na gruncie zamówień publicznych (w przeciwieństwie np. do cesji czy przejęcia długu);

b) **ustawy (art. 864 k.c.)** – w razie zawarcia przez wykonawcę umowy spółki cywilnej, obejmującej zakresem przedmiot dotychczasowej działalności gospodarczej, w ramach której brał udział w postępowaniu o zamówienie publiczne, czy wręcz w celu zapewnienia jej realizacji¹⁰.

⁸ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z 22 lutego 2008 r., KIO/UZP 99/08, *Legalis*; zob. także: Wyrok Zespołu Arbitrów przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: UZP) z 8 września 2006 r., UZP/ZO/0-2428/06; wyroki Zespołu Arbitrów w wersji elektronicznej zostały przeniesione do archiwum na serwerze FTP <ftp://ftp.uzp.gov.pl/ZA/> (dostęp: 14.09.2011).

⁹ Por. treść art. 7 ust. 3 p.z.p.; zob. także przypis 10.

¹⁰ Dopóki funkcjonuje następująca konstrukcja prawna: każdy ze współników jest „odrębnym” przedsiębiorcą, a „majątek spółki cywilnej” jest wspólnym majątkiem współników, dopóty umowa

Przy czym żaden z powyższych przypadków nie narusza zakazu zmian podmiotowych (norma z art. 7 ust. 3 p.z.p.¹¹).

2. Ponadto – wyłącznie w przypadku udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane, których część powierzono podwykonawcom (zob. art. 36 ust. 3 p.z.p.) – odpowiedzialność solidarna łączy zamawiającego (inwestora) i wykonawcę, ewentualnie także podwykonawcę¹² **w zakresie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom, na mocy art. 647¹ §5 k.c.** Warto podkreślić, że przepis art. 647¹ k.c. jest krytykowany przez przedstawicieli doktryny i postuluje się jego uchylenie¹³.

3. Przystąpienie do długu jako źródło odpowiedzialności solidarnej

Ponieważ przyjmuje się istnienie niewyrażonego *expressis verbis* zakazu zmian podmiotowych po stronie wykonawców¹⁴, należy rozważyć dopuszczalność zawarcia umowy o kumulatywne przystąpienie do długu na gruncie p.z.p. Polega to na tym, że „do dotychczasowego stosunku prawnego przystępuje osoba trzecia, która solidarnie z dłużnikiem pierwotnym odpowiada za dług”¹⁵. Strony mogą zawrzeć umowę na zasadzie swobody umów wynikającej z art. 353¹ k.c. Solidarna odpowiedzialność wykonawców – pierwotnego i przystępującego – jest pierwszą cechą przesądzającą o tym, że ani treść, ani cel przystąpienia nie sprzeciwiają się istocie stosunku, którego przedmiotem jest zamówienie publiczne, ani ustawie, ani zasadom współżycia społecznego, zwłaszcza nie są sprzeczne z art. 7 ust. 3 oraz art. 144 ust. 1 p.z.p.

spółki cywilnej w prezentowanym zakresie będzie bardziej zbliżona do umowy o przystąpienie do długu niż do umów spółek prawa handlowego. Szerzej na temat zawarcia albo przystąpienia do umowy spółki cywilnej po udzieleniu zamówienia publicznego: M. Kalina-Nowaczyk, *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 63-64.

¹¹ Przepis obejmuje nakaz udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy. Przeważnie źródła zakazu upatruje się w art. 7 ust. 3 p.z.p. (J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz i akty wykonawcze*, Warszawa 2005, s. 49; wyrok KIO z 21 lutego 2008 r., KIO/UZP 97/08, www.uzp.gov.pl; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, „Orzecznictwo Sądu Najwyższego – Izba Cywilna” 2005, nr 2, poz. 34, odnoszący się do art. 12a uchylonej ustawy o zamówieniach publicznych – nadal aktualny: treść przepisu 12a z nieznacznymi zmianami przeniesiona do obecnego art. 7 ust. 3 p.z.p.; zob.: R. Szostak, *Glosa do wyroku SN z dn. 13.01.2004*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 22); niekiedy też (niesłusznie) – w art. 144 p.z.p. (J. Baehr, wyd. cyt., s. 330).

¹² Gdy część robót budowlanych przekazano do wykonania dalszym podwykonawcom.

¹³ R. Szostak, *O potrzebie uchylenia art. 647¹ k.c.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6, s. 12 i n.; A. Brzozowski, *Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w świetle art. 647¹ k.c.*, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004, s. 309 i n.; tenże, *Komentarz do art. 647¹ k.c.*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*, t. II, Warszawa 2005, s. 374 i n.

¹⁴ Zob. przypis 10.

¹⁵ J. Baehr, wyd. cyt., s. 330.

W wyniku umowy o przystąpienie do długu nie w miejsce, lecz obok dotychczasowego wykonawcy pojawia się nowy dłużnik. Nie narusza to art. 7 ust. 3 p.z.p., ponieważ stosunek prawny pomiędzy wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami p.z.p. a zamawiającym nie ulega zmianie w tym sensie, że zamawiający nadal może żądać od niego wykonania zamówienia. Jednakże, dzięki powstałej solidarności, może żądać tego również od przystępującego do długu. Na skutek umowy o przystąpienie do długu „zamawiający uzyskuje dodatkowe gwarancje właściwego wykonania zobowiązania. Z punktu widzenia należytej realizacji umów o zamówienie publiczne, kumulatywne przystąpienie do długu jest jak najbardziej celowe i uzasadnione, gdyż stanowi dodatkową gwarancję wykonania zobowiązania”¹⁶.

Umowa o przystąpienie do długu nie powinna podlegać ocenie na podstawie art. 144 p.z.p.¹⁷ **Modyfikuje wprawdzie stosunek łączący zamawiającego z kontrahentem, lecz nie zmienia umowy o zamówienie publiczne.** Natomiast przywołany przepis odnosi się wyłącznie do zmian umów zawartych na podstawie p.z.p. Tymczasem przystąpienie do długu nie następuje w ramach postępowania o zamówienie publiczne, może zostać dokonane niezależnie od woli zamawiającego – na podstawie umowy między dotychczasowym i przystępującym dłużnikiem. Jednak zbyt daleko idąca jest teza, iż „przystąpienie do długu wynikającego z umowy o zamówienie publiczne może nastąpić wyłącznie poprzez zawarcie umowy pomiędzy dotychczasowym wykonawcą a osobą trzecią”, ponieważ „nie będzie uzależniona od zgody zamawiającego”¹⁸. Nie ma podstaw, by ograniczać dopuszczalność zawierania umów innych niż wynikające z p.z.p. do przypadków, gdy do ich skuteczności nie jest konieczne oświadczenie woli zamawiającego, jeśli nie będą podlegały ocenie na gruncie art. 144 p.z.p. O możliwości przystąpienia do długu przesądza art. 353¹ k.c., a skuteczność umowy – także w dziedzinie zamówień publicznych – bada się w oparciu o art. 58 k.c.

Ponadto brak konieczności oświadczenia woli zamawiającego (w tym zgody na zmiany z art. 144 p.z.p.) oraz niepodleganie przepisom p.z.p. nie stanowią ani wystarczającego, ani koniecznego warunku ważności zawieranej umowy, również pod względem zgodności z p.z.p. Mimo że kryteria te zostają spełnione np. w wyniku zmiany wykonawcy w drodze cesji (obydwa wymienione kryteria) czy zwolnienia z długu (drugie kryterium), to przecież zostaną uznane za nieważne na podstawie art. 58 ust. 1 k.c.

Tym, co rozstrzyga o dopuszczalności umowy o przystąpieniu do długu na gruncie zamówień publicznych, jest istotny element tej czynności prawnej, czyli postanowienie o powstaniu odpowiedzialności solidarnej dotychczasowego i przystępującego dłużnika (zob. wyżej).

¹⁶ Tamże, s. 331.

¹⁷ Tamże, s. 330.

¹⁸ Tamże, s. 330 i 331.

Podsumowując, prawnie skuteczna będzie zmiana po stronie wykonawców przez przystąpienie do długu osoby trzeciej, i to w którejkolwiek z trzech możliwych¹⁹ postaci:

- 1) umowy pomiędzy dotychczasowym a nowym dłużnikiem,
- 2) umowy pomiędzy wierzycielem i przystępującym dłużnikiem,
- 3) umowy pomiędzy wierzycielem a dotychczasowym i przystępującym dłużnikiem.

Należy podkreślić, że w przypadku pierwszej postaci przystąpienia do długu należy zawiadomić o zawarciu umowy zamawiającego²⁰. Można wskazać silniejsze uzasadnienie dla tej powinności niż „zasada lojalności w obrocie prawnym”, mianowicie wymóg zgodności z naturą zobowiązania (art. 353¹ k.c.). Niezawiadomienie, zważywszy na istotę odpowiedzialności solidarnej (by zamawiający mógł żądać spełnienia świadczenia od któregośkolwiek dłużnika albo od obu/wszystkich, powinien wiedzieć, że obok dotychczasowego „pojawił się” nowy dłużnik), byłoby sprzeczne z właściwością umowy kreującej tę solidarność.

4. Solidarna odpowiedzialność wykonawcy i podwykonawców?

4.1. Definicja podwykonawcy

Art. 36 ust. 4 i 5 p.z.p. wskazują możliwość realizacji (części) zamówienia przez podwykonawców, a nie we własnym zakresie (własnymi środkami) wykonawcy. P.z.p. nie zawiera jednak definicji „podwykonawstwa”, można więc na potrzeby zamówień publicznych zaproponować następujące rozumienie pojęcia „podwykonawca”:

- osoba trzecia, której wykonawca zamierza powierzyć (powierza) wykonanie części zamówienia; nie jest uczestnikiem ani stroną umowy o zamówienie publiczne;
- jego potencjał i możliwości, w danym momencie, pozostają do dyspozycji wykonawcy w takim zakresie, w jakim są niezbędne do prawidłowej realizacji zamówienia, niezależnie od typu więzi łączącej te podmioty²¹.

¹⁹ Rozróżnienia dokonano na podstawie kryterium podmiotowego, odwołując się (*per analogiam*) do kodeksowych przepisów o zmianie dłużnika (art. 519 k.c.) oraz do istniejącej w tym zakresie praktyki kontraktowej.

²⁰ Można (nie trzeba) przesłać umowę o przystąpieniu do długu albo umowę o współpracy (w której odpowiedzialność solidarna za wykonanie zamówienia publicznego jest jednym z elementów). Jednak nie jest to przypadek z art. 23 ust. 4 p.z.p., więc zamawiający teoretycznie nie może skutecznie żądać doręczenia umowy łączącej współdłużników.

²¹ Takie stanowisko zajęł Europejski Trybunał Sprawiedliwości (dalej: ETS); zob. wyrok z dnia 18 marca 2004 r., C-314/01, w sprawie Siemens AG Österreich, ARGE Telekom&Partner..., orzeczenie ETS z dnia 2 grudnia 1999 r., C-176/98, w sprawie Holst Italia; por. art. 48 2b Dyrektywy 2004/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty

4.2. Solidarna odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia

Kwestia odpowiedzialności podwykonawcy wespół z wykonawcą za wykonanie zamówienia publicznego była m.in. przedmiotem interpelacji poselskiej z 27 lutego 2008 r. oraz odpowiedzi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (z upoważnienia Rady Ministrów)²², a wcześniej – przedmiotem rozważań autorów komentarza wydanego przez UZP. Wydaje się, że ma ona znaczenie raczej teoretyczne niż praktyczne.

Ustawa p.z.p. nie kreuje solidarności wykonawców i podwykonawców w zakresie odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Jednak ten typ odpowiedzialności może wynikać także z umowy (art. 369 k.c.). Na tym tle pojawia się problem dopuszczalności i ważności umów o solidarnym poniesieniu odpowiedzialności względem zamawiającego (za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy o zamówienie publiczne). Ewentualną praktykę zawierania umów tej treści organy publiczne oceniają negatywnie²³, można nawet spotkać się ze stanowiskiem, że należy ją uznać za niedopuszczalną²⁴.

Podwykonawców nie łączy z zamawiającym żaden stosunek prawny (z wyjątkiem wynikającego z art. 647¹ §5 k.c.²⁵); wykonawca odpowiada za ich działania lub zaniechania względem zamawiającego na podstawie art. 474 k.c.²⁶ Zazwyczaj podwykonawcy odpowiadają względem wykonawcy wyłącznie za prawidłowe wykonanie zleconej mu części zamówienia. Rozciągnięcie – w drodze czynności prawnej – odpowiedzialności solidarnej na podwykonawców skutkowałoby tym, że np.:

- za realizację dużej inwestycji budowlanej ponosiłyby odpowiedzialność, „obok wykonawców będących dużymi firmami budowlanymi, mali i średni przedsiębiorcy będący podwykonawcami tych inwestycji”²⁷ (np. malarze);

budowlane, dostawy i usługi (tzw. dyrektywy klasycznej), Dz. U. UE (L) z 30 kwietnia 2004, nr 134, s. 114, oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

²² Interpelacja nr 1572 z dnia 27 lutego 2008, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/50B696BB>; odpowiedź Prezesa UZP z dnia 27 marca 2008 r. na interpelację nr 1572, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/1C728A82>.

²³ Odpowiedź Prezesa UZP na interpelację nr 1572... (zob. przyp. 22); J. Baehr, wyd. cyt., s. 326, pkt 4.

²⁴ J. Baehr, wyd. cyt.

²⁵ To znaczy solidarnego zobowiązania zamawiającego-inwestora i wykonawcy do zapłaty podwykonawcy wynagrodzenia za roboty budowlane.

²⁶ Por. J. Strzępka, *Umowa o roboty budowlane*, [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego*, t. VII, *Prawo zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 2004, s. 399: „Między zamawiającym a podwykonawcami nie powstaje żaden stosunek prawny. Z punktu widzenia prawa cywilnego są oni pomocnikami, za których działania lub zaniechania odpowiada generalny wykonawca wobec inwestora na podstawie art. 474 k.c.”; J. Baehr, wyd. cyt., s. 326.

²⁷ Odpowiedź Prezesa UZP na interpelację nr 1572... (zob. przyp. 22), pkt 3.

- za dostawę samochodów, obok wykonawcy zamówienia, odpowiadałby podwykonawca zobowiązany do usług serwisowych²⁸.

Z powyższych względów postanowienia kreujące odpowiedzialność solidarną wykonawcy i podwykonawcy za całość zamówienia publicznego należy ocenić jako **niedopuszczalne w świetle art. 353¹ k.c.**, ponieważ ich treść i cel kłóć się z właściwością stosunku prawnego łączącego strony, wynikającego z umowy o podwykonawstwo. W konsekwencji zostaną uznane za **nieważne na podstawie art. 58 §1 k.c.** jako sprzeczne z ustawą (tj. art. 353¹ k.c.). Ponadto, gdyby podwykonawcy mieli odpowiadać solidarnie z wykonawcami za realizację zamówienia publicznego, powinni podlegać takim samym rygorom jak wykonawcy. Należałoby do nich stosować reguły o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i możliwości wykluczenia z postępowania. Przyczyniłoby się to także do większego sformalizowania i wydłużenia procedury o zamówienie publiczne. Konsekwencje niewykonania lub nienależytego wykonania umowy ponosiłby odpowiadający solidarnie podwykonawca, nawet gdyby właściwie wykonał „swoją” część robót (tak jak w przypadku odpowiedzialności wykonawców działających wspólnie). Przy czym współodpowiedzialność podwykonawcy względem zamawiającego za wykonanie zamówienia stawiałaby pod znakiem zapytania niekwestionowaną obecnie możliwość „występowania” jako podwykonawca w jednej, a wykonawca lub współwykonawca w innej ofercie. Jego sytuacja – w zakresie odpowiedzialności – nie różniłaby się od sytuacji wykonawcy, który jedną ofertę składa samodzielnie, a drugą – jako wspólnik spółki cywilnej lub uczestnik konsorcjum, co jest uznawane za podstawę odrzucenia obu ofert, narusza bowiem zakaz składania więcej niż jednej oferty (art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 82 p.z.p.)²⁹.

Jednak badanie spełniania warunków udziału w postępowaniu ustawa p.z.p. odnosi wyłącznie do wykonawców, co jest korzystne dla podwykonawców (i dla zamawiających). „Ratio legis tej regulacji wynika z faktu, iż gwarantem prawidłowej realizacji zamówienia publicznego jest wykonawca (wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne), którego właściwości podmiotowe (uprawnienia, potencjał techniczny, doświadczenie, kondycja finansowa itp.) są skrupulatnie badane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”³⁰.

4.3. Oświadczenie o solidarnej odpowiedzialności w prawie austriackim i polskim

1. Specyficznie idea odpowiedzialności podwykonawców i wykonawców względem zamawiającego uregulowana jest w austriackiej ustawie o zamówieniach

²⁸ J. Baehr, wyd. cyt., s. 326.

²⁹ J. Pieróg, wyd. cyt., s. 308; W. Dzierżanowski, *Komentarz do art. 82 p.z.p.*, [w:] T. Czajkowski (red.), wyd. cyt., s. 219-220. Por. J. Baehr, wyd. cyt., s. 99; autor upatruje w takiej sytuacji naruszenia zasad uczciwej konkurencji i art. 7 ust. 1 p.z.p.

³⁰ Odpowiedź Prezesa UZP na interpelację nr 1572... (zob. przyp. 22), pkt 2.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (dalej: BVergG)³¹ (§74 ust. 1 pkt 4 BVergG 2006). Uprawnia ona zamawiających do żądania m.in. „oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podwykonawców względem zamawiającego” w celu wykazania dysponowania przez wykonawcę potencjałem ekonomicznym i finansowym. Dotyczy to wyłącznie przypadków, gdy wykonawca powołuje się na sytuację ekonomiczną i finansową podwykonawców. Najpewniej austriacki ustawodawca skorzystał z „furtki”, wskazanej przez art. 47 ust. 2 (zob. także ust. 3) tzw. dyrektywy klasycznej: „Wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów”. Można rozważać, czy w świetle treści i celu przepisów³² dyrektywy klasycznej zobowiązanie do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności podwykonawców nie jest zbyt daleko idące, jeśli wystarczy jakiegokolwiek „stosowne zobowiązanie” potwierdzające dysponowanie zasobami innego podmiotu³³.

Nasuwa się pytanie, czy norma z §74 ust. 1 pkt 4 BVergG 2006 spełnia cele dyrektywy klasycznej, a zwłaszcza czy służy „zachęceniu małych i średnich przedsiębiorstw do udziału w rynku zamówień publicznych” jako podwykonawcy (pkt 32 preambuły).

2. Przepis §1 ust. 3 rozporządzenia z dnia 19 maja 2006 r.³⁴ (uszczegóławiającego art. 25 ust. 1 p.z.p.) zawiera zamknięty katalog dokumentów, których zamawiający może zażądać od wykonawcy na potwierdzenie spełnienia warunku sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Jednak, odmiennie³⁵ niż §74 ust. 1 BVergG, nie wymienia oświadczenia o zobowiązaniu podwykonawców do ponoszenia solidarnej odpowiedzialności wraz z wykonawcą względem zamawiającego.

Zatem, na gruncie polskiego prawa, przedstawiony w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wymóg złożenia oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawców musiałby zostać uznany za niedozwolony – jako tzw. warunek udziału w postępowaniu mogący utrudniać uczciwą konkurencję (art. 22 ust. 2 p.z.p.). Mogłoby to prowadzić do unieważnienia postępowania (art. 93

³¹ Bundesgesetzblatt (BGBl.) I nr 17/2006.

³² Art. 47 ust.1-4, art. 25 zd. 2 (zdanie 1 dotyczy sformułowanego przez zamawiającego żądania od oferenta „wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza on zlecić stronom trzecim w ramach podwykonawstwa, a także do podania wszystkich proponowanych podwykonawców”; zdanie 2: „Wskazanie takie pozostaje bez uszczerbku dla kwestii odpowiedzialności głównego wykonawcy”) i pkt 32 preambuły dyrektywy klasycznej.

³³ W kwestii „dysponowania” zob. pkt 4.1 niniejszego opracowania.

³⁴ Rozporządzenie w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, Dz. U. 2006, nr 87, poz. 605.

³⁵ W świetle wcześniejszych uwag zasługuje to na aprobatę.

ust. 1 pkt 7 p.z.p.) bądź umowy (art. 146 ust. 1 pkt 5 lub 6, art. 146 ust. 2 pkt 1 p.z.p.), nawet gdyby celem uzyskania oświadczenia o odpowiedzialności solidarnej także podwykonawców było udowodnienie zdolności ekonomicznej i finansowej wykonawcy, ponieważ ani p.z.p., ani powyższe rozporządzenie nie przewiduje takiego sposobu potwierdzenia sytuacji wykonawcy³⁶. Ponadto niezłożenie oświadczenia, mimo żądania zamawiającego, nie mogłoby stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p.³⁷.

5. Uwagi końcowe

Podstawowym przepisem regulującym odpowiedzialność solidarną wykonawców za wykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego jest art. 141 p.z.p. Prócz tego znajdują zastosowanie przepisy art. 366 i nast. k.c., z wyjątkiem art. 373 i 374 §1 k.c., ponieważ umowy o zwolnieniu z długu oraz odnowieniu między zamawiającym a jednym ze współwykonawców odpowiedzialnych solidarnie byłyby nieważne na mocy art. 58 k.c. jako prowadzące do obejścia p.z.p. (tj. art. 141 p.z.p.).

W literaturze przedmiotu nie wskazuje się innych podstaw odpowiedzialności solidarnej niż norma z art. 141 p.z.p. Jednak art. 141 p.z.p. odnosi się wyłącznie do podmiotów wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne (art. 23 ust. 1 p.z.p.), a w zamówieniach publicznych odpowiedzialność na zasadach określonych w art. 366 k.c. powstaje także w innych sytuacjach. Jako inne źródła odpowiedzialności solidarnej w związku z wykonywaniem zamówienia publicznego można wymienić:

a) umowę nienazwaną przystąpienia do długu (odpowiedzialność pierwotnego i przystępującego wykonawcy-dłużnika),

b) art. 864 k.c. (odpowiedzialność współników spółki cywilnej³⁸),

c) art. 647¹§5 k.c. (odpowiedzialność zamawiającego, wykonawcy, a niekiedy także podwykonawcy, w zakresie zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom).

Problem zmian po stronie wykonawców stosunkowo często pojawia się w praktyce zamówień publicznych. W niniejszym opracowaniu podjęto próbę wskazania dwóch sytuacji nie naruszających przepisów prawa. Możliwość żądania wykonania zamówienia

³⁶ Z drugiej strony, w p.z.p. i w rozporządzeniu brak przepisów „inspirowanych” cytowanym wyżej art. 47 ust. 2 tzw. dyrektywy klasycznej. Czy powinno to prowadzić do wniosku, że wykonawca nie może powoływać się na sytuację finansową i ekonomiczną podwykonawców w celu wykazania swej zdolności do wykonania zamówienia? Jak się wydaje, można i należałoby stosować w tej mierze wykładnię zgodną z prawem europejskim. Interpretacja taka (uwzględniająca art. 47 ust. 3 dyrektywy klasycznej) dokonywana jest w zakresie zdolności wszystkich (lub niektórych) wykonawców działających wspólnie.

³⁷ Przepis przewiduje wykluczenie z powodu niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne.

³⁸ Oczywiście, odnosi się to do przypadku, gdy o udzielenie zamówienia ubiegał się wykonawca, który dopiero po udzieleniu mu zamówienia (dojściu do skutku umowy o zamówienie publiczne) zawarł umowę spółki cywilnej. Jeśli od początku postępowania wspólnicy spółki cywilnej ubiegali się o zamówienie, należy stosować do nich art. 141 p.z.p. (w zw. z art. 23 p.z.p.).

wienia – na zasadach określonych w art. 366 §1 k.c. – od podmiotów będących stronami umów o przystąpienie do długu albo spółki cywilnej jest dopuszczalna w świetle prawa polskiego, w szczególności nie stanowi naruszenia „zakazu zmian podmiotowych” (zob. omówienie w pkt. 2.2 i 3). Natomiast – w obowiązującym stanie prawnym – nie jest dopuszczalna umowa o solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podwykonawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia publicznego; zostałaby ona uznana za nieważną na podstawie art. 58 ust.1 k.c. (zob. omówienie w pkt. 4.2)

Innym aspektem tego zagadnienia jest możliwość żądania przez zamawiającego oświadczenia o solidarnej odpowiedzialności podwykonawców i wykonawcy, gdy wykonawca chce uwzględnić ich potencjał ekonomiczny i finansowy w celu wykazania własnej zdolności ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia. W polskim prawie nie ma podstaw do zgłaszania tego rodzaju żądania, natomiast uprawnienie tej treści wynika z §74 BVergG. Powstają jednak uzasadnione celem i treścią przepisów dyrektywy klasycznej wątpliwości, czy jej założenia prawidłowo realizuje wskazany przepis ustawy austriackiej (zob. omówienie w pkt. 4.3).

Literatura

- J. Baehr, *Komentarz do art.23, 141 i 144 p.z.p.*, [w:] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006
- Brzozowski A., *Komentarz do art. 647¹ k.c.*, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 450-1088*, t. II, Warszawa 2005.
- Brzozowski A., *Solidarna odpowiedzialność inwestora i wykonawcy (generalnego wykonawcy) za zapłatę wynagrodzenia należnego podwykonawcom w świetle art. 647¹ k.c.*, [w:] M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Odpowiedzialność cywilna. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Adama Szpunara*, Kraków 2004.
- Czajkowski T. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Dzierżanowski W., *Komentarz do art. 82 p.z.p.*, [w:] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006
- Kalina-Nowaczyk M., *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz i akty wykonawcze*, Warszawa 2005.
- Strzępka J., *Umowa o roboty budowlane*, [w:] J. Rajski (red.), *System prawa prywatnego*, t. VII, *Prawo zobowiązań. Część szczegółowa*, Warszawa 2004.
- Szostak R., *Glosa do wyroku SN z dn. 13.01.2004*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2.
- Szostak R., *O potrzebie uchylecia art. 647¹ k.c.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2008, nr 6.

JOINT LIABILITY OF ECONOMIC OPERATORS WITH REGARD TO THE NON PERFORMANCE OR IMPROPER PERFORMANCE OF THE CONTRACT ON PUBLIC PROCUREMENT

Summary: The purpose of this article is to determine the situations in which there can be joint liability of economic operators on public procurement. The author describes practical consequences of joint liability in the following cases: one tender submitted by some tenderers (Art. 141 with Art. 23 Polish Public Procurement Act), in nominate contract of the accession to a debt (freedom of contract principle – Art. 353¹ Civil Code), civil law partnership (Art. 864 Civil Code), public works contract for building works with regard to the payment to subcontractors (Art. 647¹ §5 Civil Code). The author reveals questions connected with joint liability of an economic operator and subcontractors in Polish and Austrian Law. In the light of Polish provisions in force this liability is impermissible, and §74.1.4 BVergG 2006 (Austrian Public Procurement Act) is not compliant with Directive 2004/18/EC.

Key words: public order, solidary liability, civil liability.