

PRACE NAUKOWE

Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu

RESEARCH PAPERS

of Wrocław University of Economics

270

Zamówienia publiczne – stan obecny i perspektywy



Redaktorzy naukowi

Tadeusz Kocowski

Janusz Kaspryszyn



Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu
Wrocław 2012

Redaktor Wydawnictwa: Barbara Majewska
Redakcja techniczna i korekta: Barbara Łopusiewicz
Łamanie: Małgorzata Czupryńska
Projekt okładki: Beata Dębska

Publikacja jest dostępna w Internecie na stronach:
www.ibuk.pl, www.ebscohost.com,
The Central and Eastern European Online Library www.ceeol.com,
a także w adnotowanej bibliografii zagadnień ekonomicznych BazEkon
http://kangur.uek.krakow.pl/bazy_ae/bazekon/nowy/index.php

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 by Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
Wrocław 2012

ISSN 1899-3192
ISBN 978-83-7695-286-4

Wersja pierwotna: publikacja drukowana

Druk: Drukarnia TOTEM

Spis treści

Wstęp	7
Maciej Guziński , Uczelnia publiczna jako podmiot zamówień publicznych (wybrane zagadnienia).....	9
Krzysztof Horubski , Zmiany składu konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie wykonywania zamówienia	24
Karol Kiczka , Uznanie administracyjne w Prawie zamówień publicznych....	38
Leon Kieres , Prawo zamówień publicznych – dziedzina prawa europejskiego, odrębny system regulacji oraz swoiste ujęcie problemów regulowanych..	54
Tadeusz Kocowski , Wspólni zamawiający oraz wspólni wykonawcy w systemie zamówień publicznych	74
Natalia Milostan , Zielone zamówienia publiczne jako polityka stosowana przy wyborze oferty	91
Piotr Schmidt , Błędna stawka podatku VAT jako błąd w obliczeniu ceny i powod odrzucenia oferty	105
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Podstawy udzielenia zamówienia publicznego z wolnej ręki w świetle art. 67 ust. 1 pkt 3 – Prawo zamówień publicznych.....	121
Piotr Soroka , Zamówienia publiczne a wolność gospodarcza	131
Małgorzata Stręciwilk , Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a w świetle orzecznictwa	145
Mateusz Winiarz , Definicja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a zakres odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przedmiocie zamówień publicznych	160

Summaries

Maciej Guziński , Public university as a subject of public procurement (selected problems).....	23
Krzysztof Horubski , Changes of the composition of a consortium in tender procedures and at the initial stage of contract performance	36
Karol Kiczka , Administrative discretion in the public procurement law	53
Leon Kieres , Public procurement law – the area of European law, the separate system of regulation and the specific approach to adjustable problems.....	73
Tadeusz Kocowski , Joint orderers and joint contractors in the system of public procurement	90

Natalia Miłostan , Green public procurement as the policy used in selecting an offer.....	104
Piotr Schmidt , Wrong tax rate as an error in the calculation of prices and the reason of tender rejection.....	120
Martyna Sługocka-Kolpaczyńska , Fundamentals of negotiated public procurement in the light of Art. 67 paragraph 1 point 3 – public procurement law.....	130
Piotr Soroka , Public procurement and economic freedom.....	144
Małgorzata Stręciwilk , Retainment of the tender deposit tender based on Article 46 paragraph 4a in the light of jurisprudence.....	159
Mateusz Winiarz , The definition of the procedure for awarding a public contract and the scope of liability for the breach of public finance discipline in the area of public procurement.....	173

Krzysztof Horubski

Uniwersytet Wrocławski

ZMIANY SKŁADU KONSORCJUM W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA ORAZ NA ETAPIE WYKONYWANIA ZAMÓWIENIA

Streszczenie: Kwestia dopuszczalności zmian i przekształceń podmiotowych w składzie konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie realizacji zamówienia ze względu na brak jej regulacji prawnej jest źródłem szczególnych wątpliwości interpretacyjnych. Wobec tego w doktrynie i orzecznictwie wypracowano reguły dotyczące zgodności takich zmian z zasadami równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji. Dopuszczalność zmian podmiotowych na etapie postępowania ma charakter wyjątkowy, będąc limitowana obowiązkiem spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Odrębnym zagadnieniem są skutki przekształcenia na zasadzie sukcesji generalnej uczestnika konsorcjum w postępowaniu lub na etapie realizacji zamówienia. Na tym etapie z kolei za niedopuszczalne należy uznać zmiany polegające na przejęciu długu konsorcjum z umowy o zamówienie. Wobec licznych wątpliwości związanych z tą problematyką zasadne jest objęcie jej skonkretyzowaną regulacją prawną.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, konsorcjum, zmiany składu konsorcjum.

1. Wstęp

Prawnie zagwarantowana możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, a także jego późniejszej wspólnej realizacji stanowi niewątpliwie jeden z instrumentów wsparcia funkcjonowania małych i średnich przedsiębiorców na rynku zamówień publicznych¹. Specyficzna sytuacja występowania w postępowania-

¹ Zob. *Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa i zrównoważony rozwój. Dokument przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r.*, Warszawa 2008, s. 25. Niewątpliwie w obecnym stanie prawnym wobec określonej w art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej w skrócie jako Pzp) możliwości korzystania przez wykonawcę z potencjału udostępnianego przez inne podmioty, prawo do wspólnego ubiegania się o zamówienie nie odgrywa już tak znaczącej, jak uprzednio, roli w otwieraniu dostępu do rynku zamówień publicznych przedsiębiorcom sektora MŚP. Dalsze współistnienie obu tych rozwiązań w systemie prawnym zamówień publicznych wskaże, które z nich uzyska większe znaczenie, będąc częściej wykorzystywane przez wykonawców.

niu o udzielenie zamówienia dwóch lub większej liczby podmiotów składających wspólną ofertę bądź wspólny wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poddana jest wyjątkowo lakonicznej regulacji prawnej. Jej istotę stanowi określony w art. 23 ust. 3 Pzp nakaz odpowiedniego stosowania do grupy wykonawców przepisów o wykonawcy pojedynczym. Rodzi to szereg problemów praktycznych w sferze funkcjonowania grup wykonawców (konsorcjów) w reżimie prawnym zamówień publicznych. Liczne wątpliwości dotyczą m.in. kwestii zmian podmiotowych w składzie konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie realizacji zamówienia. Wobec braku precyzyjnej regulacji prawnej tego zagadnienia konieczne stało się wypracowanie w doktrynie oraz w orzecznictwie zasad dopuszczalności takich zmian podmiotowych, tak aby z jednej strony nie tworzyć niepotrzebnych barier w dostępie do zamówień publicznych, a z drugiej, by zachować konieczne gwarancje przestrzegania zasad równego traktowania i ochrony konkurencji. W dalszych rozważaniach zostanie więc podjęta kwestia dopuszczalności zmian w składzie podmiotowym konsorcjum na etapie ubiegania się o zamówienie oraz w trakcie realizacji zamówienia, zmian polegających zarówno na rozszerzeniu, zawężeniu lub zamianie uczestników w składzie konsorcjum, jak i na przekształceniach sytuacji prawnej podmiotu uczestniczącego w konsorcjum.

2. Rozszerzenie, zawężenie lub zamiana w składzie konsorcjum ubiegającego się o zamówienie

Ani przepis art. 4 ust. 2 dyrektywy 2004/18/WE, którego odpowiednikiem w dyrektywie 2004/17/WE jest art. 11 ust. 2 dotyczący grup wykonawców, ani art. 23 Pzp stanowiący podstawową regulację wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne w prawie polskim nie normują kwestii zmian podmiotowych w składzie konsorcjum na etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Rozstrzygając problemy prawne z tego zakresu z pewnością więc należy odwoływać się do wiążących instytucje zamawiające fundamentalnych zasad całego reżimu zamówień publicznych, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady ochrony konkurencji (art. 7 ust. 1 Pzp).

Pogląd ten znajduje potwierdzenie w wyroku Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej w skrócie TS lub Trybunał) w sprawie C-57/01². W sprawie tej ocenie TS poddano następujący stan faktyczny. *Makedoniko Metro* było konsorcjum ubiegającym się o udzielenie zamówienia w trybie wieloetapowym, zbliżonym do określonego obecnie w Pzp modelu negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego, w zamówieniu na projekt, budowę i obsługę metra w Salonikach. W dokumentacji

² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 stycznia 2003 r. w sprawie C-57/01 *Makedoniko Metro* i *Michaniki AE* przeciwko *Elliniko Dimosio*, Zbiory Orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2003, s. I-01091; dalej w skrócie jako wyrok w sprawie C-57/01 lub wyrok w sprawie *Makedoniko Metro*.

postępowania zawarto postanowienie o niemożności zmiany składu konsorcjum na etapie po terminie składania ofert. Skład wskazanego konsorcjum uległ jednak zmianie po tym terminie, polegającej zarówno na odejściu z niego niektórych uczestników dotychczasowych, którzy wcześniej uczestniczyli w negocjacjach, jak i na wejściu do konsorcjum zupełnie nowych podmiotów³, w związku z czym zamawiający odrzucił wspólną ofertę konsorcjum⁴. Stało się to podstawą skierowania przez konsorcjum sprawy do właściwego krajowego organu odwoławczego, który zwrócił się do Trybunału z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym możliwości wprowadzania do specyfikacji ograniczeń odnoszących się do zmiany składu konsorcjum na danym etapie postępowania. W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Makedoniko Metro* stwierdzono, że w związku z brakiem wyraźnej regulacji kwestii takich zmian podmiotowych unormowanie tego zagadnienia jest objęte kompetencją państw członkowskich⁵. W konsekwencji uznano dopuszczalność przyjmowania przez państwa członkowskie przepisów zakazujących zmian w składzie konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia po terminie składania ofert⁶. Jednocześnie podkreślono, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy zawsze kierować się zasadami równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji, a w szczególności gdy dana sytuacja nie jest wyraźnie uregulowana przepisami szczególnymi⁷.

Wobec faktu, że również polski ustawodawca nie ustanowił precyzyjnych norm odnoszących się do kwestii zmian w składzie konsorcjum w toku postępowania, konieczne jest oparcie dalszych rozważań na poglądach doktryny prawa zamówień publicznych oraz na analizie orzecznictwa. Wśród przedstawicieli doktryny dominuje stanowisko o generalnym zakazie tego typu zmian w postępowaniu. G. Wicik i P. Wiśniewski twierdzą, że zmiany podmiotowe w składzie konsorcjum mogą mieć miejsce tylko przed etapem oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu⁸. Analogiczne zdanie wypowiada M. Stachowiak⁹. Autorka ta, formułując swój pogląd w odniesieniu do postępowań dwuetapowych (przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny) i zmian składu konsorcjum po ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, stwierdza niedopuszczalność takich zmian na dalszych etapach postępowania. Dopuszcza je w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia, gdzie weryfikacja spełniania warunków udziału następuje po zaproszeniu do składania ofert i przekazaniu specyfikacji, a po zakończeniu negocjacji z wcześniej zaproszonymi podmiotami (art. 64 Pzp).

³ Pkt 25-27 wyroku w sprawie C-57/01.

⁴ Pkt 22-25 wyroku w sprawie C-57/01.

⁵ Pkt 60 wyroku w sprawie C-57/01.

⁶ Pkt 63 wyroku w sprawie C-57/01.

⁷ Pkt 69 wyroku w sprawie C-57/01.

⁸ G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 175.

⁹ M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 165. Tak również J. Baehr – zob. J. Baehr [w:] T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 130.

Niemniej jednak w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (dalej w skrócie KIO) pojawiło się również stanowisko o wyjątkowej dopuszczalności zmian podmiotowych polegających na zawężeniu składu konsorcjum w postępowaniu nawet po etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wypowiedziano je w wyroku KIO w sprawie KIO/UZP 1638/09¹⁰, wyrażając jednocześnie bardziej ogólne stanowisko dotyczące dopuszczalności analizowanych zmian. W stanie faktycznym, będącym przedmiotem rozstrzygnięcia, *Konsorcjum Wasko* składające się z pięciu wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie w trybie dialogu konkurencyjnego złożyło wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Następnie przed otrzymaniem informacji o wyniku oceny wniosków zgłosiło zamawiającemu zmianę składu konsorcjum polegającą na wystąpieniu z niego jednego z uczestników. Zamawiający dokonał oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do czterech członków konsorcjum, mimo że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został podpisany w imieniu pięciu wykonawców. Wyrokując w tej sprawie KIO stwierdziła, że „bezsprzecznie przepisy art. 22 ani art. 24 Pzp nie wskazują na obowiązek wykluczenia takiego wykonawcy. Również przepis art. 60d ust. 2-4 Pzp mówiący o zaproszeniu do dialogu konkurencyjnego pomija tę kwestię, podobnie jak przepisy dotyczące pozostałych postępowań dwuetapowych”. W przedstawionej sytuacji nie znajdował zastosowania także przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Unormowanie to dotyczy bowiem sytuacji złożenia oferty przez wykonawcę do tego niezaproszonego, podczas gdy w tym przypadku rozważaną kwestią było istnienie po stronie zamawiającego samego obowiązku zaproszenia do złożenia oferty konsorcjum w zmienionym (zawężonym) składzie. W dalszych rozważaniach KIO wskazała na konieczność analizy tej kwestii w oparciu o ogólnę zasadę prowadzenia postępowania, wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp, a także o nakaz dopuszczenia do udziału w postępowaniu tylko podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia. W konsekwencji jako na niedopuszczalną zmianę Izba wskazała „zezwolenie na udział grupie wykonawców, która po zmianie składu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu”. W sytuacji, która była przedmiotem rozstrzygnięcia, należy także wskazać na ewentualność sprzeczności takich zmian podmiotowych z treścią art. 60d ust. 2-4 Pzp. Za niedopuszczalną KIO uznała również zgodę na udział w postępowaniu podmiotu, który nie występował w chwili złożenia wniosku o dopuszczenie w ramach grupy wykonawców.

Dokonując analizy ustaleń przedstawianego wyroku, można z nich wyprowadzić ogólny wniosek o zakazie dopuszczenia do udziału w dalszej części postępowania konsorcjum w zmienionym składzie podmiotowym w razie niespełniania przez nie pozytywnych warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp) lub podlegania przez jego nowych członków wykluczeniu na podstawie art. 24 Pzp, przy czym całość takiej sytuacji winna podlegać ocenie w świetle zasad równego traktowania wy-

¹⁰ Wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2010 r. w sprawie KIO/UZP 1638/09, dostępny na stronie [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/); dalej jako wyrok w sprawie KIO/UZP 1638/09.

konawców i ochrony konkurencji. Jednocześnie w dalszych rozważaniach sformułowano pogląd o zakazie rozszerzania konsorcjum o nowych członków już po złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W końcu opowiedziano się za możliwością dokonywania takich zmian w składzie podmiotowym konsorcjum, które polegałyby na jego ograniczeniu ilościowym (zawężeniu), a więc wycofaniu się z grupy wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie jednego lub większej liczby dotychczasowych konsorcjantów. Możliwość ta jest warunkowana faktem dalszego spełniania przez pozostałych konsorcjantów pozytywnych warunków udziału w postępowaniu (art. 22 Pzp), przy czym stwierdzenie tego faktu nie musi wymagać dokonywania kolejnej oceny spełniania warunków udziału. Powinno wystarczyć odwołanie się do oceny poprzedniej w celu ustalenia, czy absencja jednego lub większej liczby członków konsorcjum powoduje stan niespełniania warunków udziału w zakresie uprawnień, potencjału technicznego lub osobowego czy sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Będzie tak wówczas, gdy obecność w konsorcjum wychodzącego z niego podmiotu przekładała się na spełnienie przez całość wykonawców w dotychczasowym składzie wskazanych wymogów, np. wartość polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej wykonawcy występującego podlegała sumowaniu z wartościami polis innych wykonawców, tak by uzyskać sumę ubezpieczenia wymaganą przez zamawiającego w specyfikacji.

Przyjmując założenia wyroku w sprawie KIO/UZP 1638/09, należy stwierdzić, że dopuszczalność zmian konsorcjum polegających na jego rozszerzeniu, ograniczeniu lub zamianie w jego składzie ma charakter wyjątkowy. Oceniając konkretne zmiany tego rodzaju trzeba mieć na uwadze ich zgodność z podstawowymi zasadami prawnego reżimu zamówień publicznych – nakazami równego traktowania wykonawców oraz ochrony konkurencji. Niezgodne z tymi zasadami będą z pewnością zmiany, w wyniku których grupa wykonawców wcześniej niespełniających pozytywnych warunków udziału w postępowaniu, wskutek rozszerzenia składu konsorcjantów lub wejścia nowego podmiotu na miejsce jednego z uczestników dotychczasowych takie warunki zaczęłyby spełniać. Wejście do składu konsorcjum nowego podmiotu, czy to na zasadzie zamiany z członkiem wychodzącym, czy rozszerzenia składu konsorcjum, mające miejsce po etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu jest także sprzeczne z założeniem, że ocena taka jest przeprowadzana na dzień terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie wobec grupy wykonawców na ten moment wspólnie ubiegających się o zamówienie (art. 26 ust. 2a Pzp). Założeniu temu nie przeczy natomiast możliwość ograniczenia składu konsorcjum już po dokonanej ocenie spełniania warunków udziału. Nie wiąże się ona bowiem z koniecznością dokonywania weryfikacji wymogów, o których mowa w art. 22 oraz 24 Pzp wobec jakiegoś nowego wykonawcy, lecz jedynie ustalenia przez zamawiającego, czy dokonana wcześniej pozytywna ocena spełniania warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp, nie zdezaktualizowała się wskutek uszczuplenia składu uczestników porozumienia konsorcjalnego. W konsekwencji wobec wskazanych w tej części rozważań rodzajów zmian należy opowiedzieć się jedynie za dopusz-

czalnością ograniczania składu konsorcjum na dalszych etapach postępowania pod warunkiem dalszego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

3. Przekształcenia podmiotowe wykonawców wchodzących w skład konsorcjum

Problem poruszany w poprzedniej części rozważań był zagadnieniem wyłaniającym się wyłącznie na tle specyfiki wspólnego ubiegania się o zamówienie dwóch lub większej liczby podmiotów, natomiast kwestia znaczenia przekształceń podmiotowych wykonawcy dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia dotyczy zarówno wykonawców pojedynczych, jak i będących członkami konsorcjum. Stąd też w jej rozważaniu zasadne jest sięganie po orzecznictwo odnoszące się do wykonawców pojedynczych. Przekształcenia, o których mowa, polegają na wejściu nowego podmiotu w całość sytuacji cywilnoprawnej podmiotu dotychczasowego na zasadzie sukcesji generalnej.

Problem skutków takiej sukcesji dla postępowania o udzielenie zamówienia był analizowany w wyroku KIO w sprawie KIO/UZP 526/10¹¹. Judykat ten dotyczył stanu faktycznego, w ramach którego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego na etapie po ocenie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca *Budimex-Dromex S.A.* został przejęty przez spółkę akcyjną *Budimex* na zasadzie art. 494 ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych¹². Oferta złożona przez spółkę przejmującą została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp jako złożona przez podmiot niezaproszony do składania ofert, gdyż wcześniej zaproszenie zostało przekazane uprzednio uczestniczącemu w postępowaniu wykonawcy – spółce *Budimex-Dromex*. Na gruncie tego stanu rzeczy Izba uznała, że następcą prawny podmiotu, który złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu „ma uprawnienia do złożenia oferty w przetargu, gdy jego poprzednik prawny zakwalifikował się do złożenia oferty, zaś następcą prawny [...] nie podlega wykluczeniu z postępowania”. Zdaniem KIO „skuteczne złożenie przez poprzednika prawnego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na etapie złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie ulega zniweczeniu z uwagi na sukcesję generalną, albowiem następuje przejście przez następcę prawnego prawa poprzednika do złożenia oferty. Niedopuszczalne jest w takim stanie faktycznym [...] odrzucenie oferty sukcesora generalnego pomimo spełniania warunków udziału w postępowaniu przez jego poprzednika prawnego, którego prawa i obowiązki przejął w całości”. W dalszej części rozważań Izba podkreśliła, że „oświadczenia i dokumenty podmiotowe wykonawcy

¹¹ Wyrok z dnia 20 kwietnia 2010 r. w sprawie KIO/UZP 526/10, dostępny na stronie [ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/](http://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/).

¹² Ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.; dalej w skrócie Ksh.

zgodnie z art. 50 ust. 1 Pzp składane są wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w przetargu, a nie w dacie składania oferty, w konsekwencji [...] wobec zakończenia I etapu przetargu ograniczonego i uznania poprzednika prawnego sukcesora generalnego za spełniającego warunki udziału w postępowaniu, sukcesja generalna nie może skutkować negatywnie wobec następcy prawnego, który przejął Wykonawcę zaproszonego do II etapu przetargu ograniczonego. [...] Tego rodzaju zmiany podmiotowej Izba nie traktuje jako naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. [...] Omawiana regulacja nie dotyczy dokonywanych w trakcie trwania przetargu przekształceń podmiotowych dotyczących oferentów”.

W przedstawionym wyroku przyjęto więc, że sukcesja generalna (w tym na podstawie art. 494 § 1 Ksh) powodująca przekształcenie uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia, w tym uczestnika konsorcjum, w trakcie trwania postępowania obejmuje swym zakresem prawo do złożenia oferty w drugim etapie postępowania dwuetapowego, choćby wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu weryfikowano wobec poprzednika prawnego składającego ofertę. Należy założyć, że tak będzie też ze stanem związania złożoną ofertą, gdyby do przekształcenia doszło po złożeniu oferty. Założenie to rodzi jednak pytanie o konieczność weryfikowania w odniesieniu do następcy prawnego braku podstaw wykluczenia określonych w art. 24 ust. 1 Pzp? Kwestię tę należy rozważyć w świetle charakteru prawnego kryteriów oceny wiarygodności wykonawcy, wyznaczanych przez wskazany wyżej przepis. Kryteria te, określane także jako negatywne warunki udziału w postępowaniu¹³, dotyczą szeroko ujmowanej rzetelności w prowadzeniu działalności gospodarczej, w tym w wywiązywaniu się z obowiązków publicznoprawnych, mają charakter ściśle osobisty i nie są związane z konkretnym postępowaniem o udzielenie zamówienia. Biorąc więc pod uwagę ich ściśle personalny wymiar, należy wyłączyć je z obowiązywania zasady wejścia przez sukcesora w całość sytuacji prawnej następcy, w tym w zakresie spełniania na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie warunków udziału w postępowaniu. Zasada ta rozciąga się więc na fakt spełnienia przez poprzednika pozytywnych warunków udziału w postępowaniu (art. 22 ust. 1 Pzp). Przy założeniu, że sukcesja generalna nie powinna niweczyć skutków pozytywnej weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu wobec poprzednika i w ogóle faktu zakwalifikowania go do kolejnego etapu postępowania, konieczne staje się uznanie obowiązku weryfikacji przez zamawiającego braku podstaw do wykluczenia następcy prawnego z art. 24 ust. 1 Pzp bez względu na etap postępowania, w którym nastąpi sukcesja, aż do momentu kończącego postępowanie, czyli zawarcia umowy finalnej.

¹³ Zob. M. Guziński, *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] A. Borkowski i in., *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008, s. 97-98.

4. Zmiany w składzie konsorcjum na etapie realizacji zamówienia publicznego

Specyficzną konstelację problemów tworzy zagadnienie zmian składu podmiotowego konsorcjum na etapie realizacji zamówienia, czyli wykonywania umowy finalnej w sprawie zamówienia. Pojawiają się tu niewystępujące wcześniej kwestie dopuszczalności przejęcia wspólnego długu konsorcjantów przez inny podmiot lub grupę podmiotów oraz kumulatywnego przystąpienia nowego podmiotu do długu podmiotów wspólnie wykonujących zamówienie.

Podstawową regulację prawną tych kwestii stanowi art. 7 ust. 3 Pzp. Przepis ten nakazuje udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi wybranemu zgodnie z ustawą. Wprawdzie w literalnym brzmieniu unormowanie to odnosi się do czynności udzielenia zamówienia, a więc do zawarcia umowy w sprawie zamówienia, jednak nie budzi wątpliwości jego obowiązywanie także w odniesieniu do ewentualnych późniejszych przekształceń podmiotowych umowy po stronie wykonawcy (wykonawców). Rozciągnięcie zastosowania przepisu art. 7 ust. 3 Pzp na obszar podmiotowych zmian umowy o zamówienie wynika z konieczności zapobiegania obchodzeniu wyniku postępowania. Brak ograniczeń publicznoprawnych w tym zakresie praktycznie pozbawiałby skuteczności ten przepis, umożliwiając dowolne zmiany po stronie faktycznych wykonawców zamówień już od momentu zawarcia umowy. Jednocześnie należy podkreślić, że do kwestii zmian podmiotowych po stronie wykonawcy realizującego zamówienie publiczne nie odnosi się przepis art. 144 ust. 1 Pzp, który stanowi o przesłankach istotnych zmian umowy w sprawie zamówienia w stosunku do treści, na podstawie której nastąpił wybór wykonawcy¹⁴. Przepis ten dotyczy więc zmian o charakterze przedmiotowym.

Wśród wskazanych powyżej zmian podmiotowych w pierwszej kolejności należy rozważyć dopuszczalność zmiany najdalej idącej, a więc przejęcia wspólnego długu konsorcjantów z umowy w sprawie zamówienia przez inny podmiot lub grupę podmiotów, co oznacza zwolnienie z długu dotychczasowych dłużników, przy utrzymaniu tożsamości zobowiązania (art. 519 Kc). Problem zgodności czynności przejęcia długu z zasadą udzielania zamówień podmiotom wybranym zgodnie z ustawą Pzp był rozważany w orzecznictwie Sądu Najwyższego (dalej w skrócie jako SN). W wyroku w sprawie V CK 97/03¹⁵ SN wprawdzie potwierdził możliwość wejścia nowego podmiotu na miejsce strony umowy wzajemnej, w zakresie praw i obowiązków tej strony ze stosunku zobowiązaniowego, niemniej jednak wskazał na „niedopuszczalność sukcesji praw i obowiązków wynikających z umowy zawartej

¹⁴ Tak: J. Jerzykowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 619; R. Szostak, *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umową o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych”/2008, nr 4, s. 244.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2004 r., V CK 97/03, LexPolonica 367556; dalej jako wyrok w sprawie V CK 97/03.

w wyniku przetargu, gdyż sprzeciwia się ona ustawie”. Jednocześnie podkreślono, że przepis art. 7 ust. 3 Pzp¹⁶ ma charakter bezwzględnie obowiązujący, nie może być zatem korygowany wolą stron. Z racji faktu, że zawarte w art. 146 Pzp przesłanki unieważnienia umowy o zamówienie nie obejmują swym zakresem sytuacji zawarcia umowy o przejęcie długu wykonawców wspólnie realizujących zamówienie, należy wskazać na konieczność oceny takiej sytuacji w świetle art. 58 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny¹⁷ z mocy odesłania zawartego w art. 14 Pzp. Art. 58 § 1 Kc sankcjonuje nieważnością czynności prawne mające na celu obejście prawa (czynności *in fraudem legis*), a więc i czynność zawarcia umowy o przejęcie długu wykonawcy (wykonawców) z umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako służącą wypaczeniu wyniku postępowania, chronionego unormowaniem art. 7 ust. 3 Pzp¹⁸. Warto także podkreślić, że umowa taka byłaby sprzeczna nie tylko z tym przepisem, ale także z art. 141 Pzp, ustanawiającym *ex lege* solidarność bierną wykonawców wspólnie realizujących zamówienie. Zwolnienie z długu dotychczasowych współdłużników (konsorcjantów) byłoby więc sprzeczne z zasadą ich odpowiedzialności solidarnej, która utrzymuje się aż do zupełnego zaspokojenia wierzyciela-zamawiającego (art. 366 § 2 Kc w zw. z art. 141 oraz art. 14 Pzp).

Inaczej przedstawia się kwestia kumulatywnego przystąpienia do długu po stronie podmiotów wspólnie realizujących zamówienie. Polega ono na tym, że na podstawie umowy¹⁹ do dotychczasowego dłużnika (dłużników) w stosunku zobowiązaniowym przystępuje nowy podmiot w charakterze współdłużnika solidarnego. Wierzyciel uzyskuje w ten sposób nowego dłużnika obok, a nie zamiast dłużnika dotychczasowego²⁰. Taki stan rzeczy jest niewątpliwie zgodny z zasadą solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy wykonawców, którzy wspólnie ubiegali się i następnie zawarli umowę o zamówienie publiczne (art. 141 Pzp). Również w orzecznictwie TS pojawiło się stanowisko, które może być zinterpretowane jako dopuszczające charakteryzowaną zmianę podmiotową. W wyroku w sprawie

¹⁶ Wyrok w sprawie V CK 97/03 został wprawdzie wydany na podstawie stanu prawnego z ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tj. Dz.U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664 z późn. zm.; dalej w skrócie Uzp), jednak wobec treści art. 12a, zawierającego nakaz udzielania zamówień wyłącznie wykonawcy lub dostawcy wybranemu na zasadach określonych w Uzp, tożsamej z treścią art. 7 ust. 3 Pzp, wyrok ten zachowuje aktualność na gruncie obecnego stanu prawnego.

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.; dalej w skrócie jako Kc.

¹⁸ Zob. R. Szostak, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dn. 13 stycznia 2004 r. (V CK-97/03)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 22, s. 88-90.

¹⁹ Umowa kumulatywnego przystąpienia do długu należy w prawie polskim do kategorii umów nienazwanych, zawieranych w ramach ogólnej swobody umów zobowiązaniowych (art. 353¹ Kc). W doktrynie wskazuje się, że może być ona zawarta pomiędzy dotychczasowym a nowym dłużnikiem lub wierzycielem a przystępującym dłużnikiem, lub też pomiędzy wszystkimi wskazanymi podmiotami – zob. J. Baehr w: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 420; M. Kalina-Nowaczyk, *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne*, Legalis.

²⁰ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007, s. 406-407.

C-454/06²¹ Trybunał ocenił zgodność z ogólnymi zasadami unijnego prawa zamówień publicznych (zasadami równego traktowania, ochrony konkurencji oraz przejrzystości) zmiany podmiotowej umowy o zamówienie, polegającej na powierzeniu wykonywania zamówienia na pozyskiwanie informacji prasowych i publikowanie komunikatów prasowych przez pierwotnego wykonawcę, spółdzielnię APA, własnej spółce-córce APA-OTS (spółka z ograniczoną odpowiedzialnością). APA posiadała w swojej spółce-córce całość udziałów i miała prawo wydawać jej zarządowi wiążące polecenia. Jednocześnie spółdzielnia, przekazując realizację zamówienia spółce-córce, przyjęła na siebie odpowiedzialność solidarną za wykonanie zamówienia²². Trybunał z jednej strony ocenił taką zmianę jako „wewnętrzzną reorganizację” wykonawcy, z drugiej zaś uznał, że nie jest udzieleniem nowego zamówienia, a więc niedopuszczalną zmianą umowy o zamówienie sytuacja, gdy „usługi świadczone na rzecz instytucji zamawiającej przez pierwotnego usługodawcę zostają przeniesione na innego usługodawcę działającego w formie spółki kapitałowej, w której pierwotny usługodawca jest jedynym udziałowcem, posiadającym kontrolę nad nowym usługodawcą i udzielającym mu poleceń, jeżeli pierwotny usługodawca w dalszym ciągu przyjmuje odpowiedzialność za poszanowanie zobowiązań umownych”²³. W konsekwencji należy uznać, że TS zaakceptował zmianę podmiotową polegającą na przystąpieniu do wykonania zamówienia po stronie wykonawcy pierwotnego, nowego podmiotu, faktycznie realizującego zamówienie na zasadzie współdłużnika solidarnego, a więc przy utrzymaniu pełnej odpowiedzialności wykonawcy pierwotnego za wykonanie zamówienia. Wymogi te spełnia niewątpliwie konstrukcja kumulatywnego przystąpienia do długu. Choć w wyniku takiego przystąpienia wśród konsorcjantów pojawi się podmiot, który wcześniej nie brał udziału w postępowaniu, lub nawet brał w nim udział, ale został wykluczony bądź odrzucono jego ofertę albo nie uznano jej za najkorzystniejszą, to fakt utrzymania po stronie konsorcjum wykonawców pierwotnych dalszej solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy przesądza o dopuszczalności tego typu zmian.

Należy jednak podkreślić, że kumulatywne przystąpienie do długu po stronie wykonawców wspólnie realizujących zamówienie nie może być sposobem na zmianę wyniku postępowania, polegającym na „podstawieniu” nowego wykonawcy (wykonawców) w miejsce dotychczasowych. Modyfikacje podmiotowe związane z przystąpieniem kumulatywnym nie mogą być następnie łączone z czynnościami takimi, jak zwolnienie przez zamawiającego z długu (art. 373 Kc), któregoś, kilku lub wszystkich wykonawców, którzy zawarli z nim umowę o zamówienie, czy odnowienie zobowiązania między zamawiającym a jednym z wykonawców, zwalnianym z odpowiedzialności wykonawców pierwotnych (art. 374 § 1 Kc). Niedo-

²¹ Wyrok TS z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 Presstetext Nachrichtenagentur GmbH przeciwko Republice Austrii i in., Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego 2008, s. I-04401; dalej jako wyrok w sprawie C-454/06.

²² Pkt 15 wyroku w sprawie C-454/06.

²³ Pkt 54 wyroku w sprawie C-454/06.

puszczalne będzie również zrzeczenie się przez zamawiającego solidarności wobec któregokolwiek z wykonawców pierwotnych (art. 373 Kc). Czynności takie dokonane po kumulatywnym przystąpieniu do długu doprowadzą w praktyce do obejścia przepisu art. 7 ust. 3 Pzp, a tym samym, analogicznie do przejęcia długu konsorcjan-tów, będą dotknięte sankcją nieważności z mocy art. 58 § 1 Kc w zw. z art. 14 Pzp.

Tak jak kumulatywne przystąpienie do długu powinna być traktowana zmiana w składzie spółki cywilnej wykonującej zamówienie publiczne. Spółka cywilna jest postrzegana w poglądach doktryny²⁴ oraz w orzecznictwie²⁵, na gruncie przepisów o postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako konsorcjum wykonawców (wspólników) ubiegających się o zamówienie. Na etapie realizacji zamówienia publicznego konsorcjum wspólników spółki cywilnej jest objęte zasadą solidarnej odpowiedzialności z art. 141 Pzp. W przypadku spółki cywilnej taka odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki znajduje swoją szczególną podstawę również w art. 864 Kc, rozciągając się także na wspólników przystępujących do spółki. Odpowiedzialność wspólników przystępujących dotyczy również zobowiązań powstałych przed dniem przystąpienia²⁶. Wobec powstania odpowiedzialności solidarnej nowego wspólnika także za istniejące w dniu przystąpienia zobowiązanie z umowy o zamówienie jego wejście w skład konsorcjum w formie spółki cywilnej w czasie wykonywania zamówienia należy uznać za dopuszczalne.

Rozważając z kolei kwestię przekształceń podmiotowych w ramach konsorcjum wykonującego zamówienie, opartych na zasadzie sukcesji generalnej, należy stwierdzić, że ustalenia poczynione powyżej co do takich zmian na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zachowują swoją aktualność także w fazie realizacji zamówienia. Wynikające z zasady sukcesji generalnej wejście sukcesora w ogół praw i obowiązków cywilnoprawnych poprzednika prawnego rozciąga się również na sytuację prawną uczestnika konsorcjum wykonującego zamówienie. Taka sukcesja nie

²⁴ Tak: M. Stachowiak [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 162; W. Stodolak [w:] M. Winiarz (red.), *Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006, s. 141; G. Wicik, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...* s. 169. Na temat możliwości postrzegania spółki cywilnej na gruncie przepisów normujących postępowanie o udzielenie zamówienia jako wykonawcy pojedynczego zob. K. Horubski, T. Kocowski, *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I*, Warszawa 2011, s. 50-52; J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4, s. 98-99.

²⁵ Tak: wyrok KIO z dnia 6 lipca 2011, KIO 1313/11, dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/KIO/Wyroki/>; wyrok Zespołu Arbitrów (dalej w skrócie ZA) z dnia 11 marca 2005 r., UZP/ZO/0-415/05, dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/ZA/>. Odmienne: wyrok ZA z dnia 4 lipca 2007 r., UZP/ZO/0-352/07, dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/ZA/>; wyrok ZA z dnia 29 lipca 2004 r., UZP/ZO/0-1161/04, dostępny na stronie: <ftp://ftp.uzp.gov.pl/ZA/>.

²⁶ Wyrok SN z dnia 28 października 2003 r., I CK 201/02, LexPolonica nr 405081.

może być wobec tego utożsamiana z zakazaną przez art. 7 ust. 3 Pzp zmianą wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

5. Zakończenie

Kwestia dopuszczalności zmian i przekształceń podmiotowych w składzie konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na etapie realizacji zamówienia wobec braku konkretnej regulacji prawnej, zarówno w prawie UE, jak i w prawie polskim, jest źródłem szczególnych wątpliwości interpretacyjnych. Znaczenie tej problematyki dla udzielania i wykonywania zamówień wynika z konieczności godzenia z jednej strony wymogów respektowania podstawowych zasad udzielania zamówień, takich jak zasady: równego traktowania, ochrony konkurencji oraz przejrzystości (jawności), z drugiej zaś realiów funkcjonowania przedsiębiorców i ich grup we współczesnej gospodarce, którym nieobce są przekształcenia podmiotowe na zasadzie sukcesji generalnej czy też dynamiczne zmiany w gronie kooperantów rynkowych. Wypracowane w doktrynie i orzecznictwie reguły dokonywania zmian w składzie konsorcjum, a także ustalenia dotyczące skutków przekształceń na zasadzie sukcesji generalnej dla postępowania o udzielenie zamówienia i realizacji zamówienia z pewnością nie powinny kreować nieuzasadnionych barier w dostępie do zamówienia i jego realizacji niewynikających z obowiązku przestrzegania wyżej wskazanych zasad prawa zamówień publicznych.

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego problem ten odgrywa szczególną rolę w postępowaniach dwuetapowych, takich jak: przetarg ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem i dialog konkurencyjny. Dopuszczalność zmian podmiotowych jest w tym zakresie zjawiskiem wyjątkowym, podlegając w szczególności limitowaniu obowiązkiem spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie i jego oceną w odniesieniu do podmiotów wspólnie składających ofertę lub wniosków o dopuszczenie, co przekłada się na niemożność późniejszego rozszerzenia składu konsorcjum czy zamiany uczestników w jego składzie. Późniejszej odrębnej oceny nie będzie wymagała natomiast sytuacja zawężenia (ograniczenia) składu konsorcjum, po której ustalenie, czy konsorcjum w okrojonym składzie nadal spełnia warunki udziału w postępowaniu, będzie wymagało jedynie odniesienia do poprzednio dokonanej oceny. Sytuacja przekształcenia na zasadzie sukcesji generalnej uczestnika konsorcjum w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy na etapie realizacji zamówienia powinna być oceniana z perspektywy skutków takiej sukcesji w zakresie całości praw i obowiązków o charakterze cywilnoprawnym. Fakt sukcesji nie powinien niweczyć dokonanej już pozytywnej kwalifikacji poprzednika sukcesora generalnego w postępowaniu, brakuje również uzasadnienia dla podważania jego skuteczności w fazie wykonywania umowy o zamówienie.

Na etapie realizacji zamówienia za niedopuszczalne należy uznać z pewnością zmiany podmiotowe polegające na przejęciu długu konsorcjum z umowy o zamówienie.

wienie. Przekształcenia tego rodzaju prowadziłyby bowiem do wypaczenia wyniku postępowania, zagrażając przestrzeganiu zasady solidarnej odpowiedzialności konsorcjantów za wykonanie zamówienia, aż do momentu całkowitego zaspokojenia wierzyciela-zamawiającego. Natomiast wobec faktu utrzymania odpowiedzialności za solidarne wykonanie zamówienia przez wykonawców dotychczasowych dopuszczalne są zmiany polegające na kumulatywnym przystąpieniu nowych podmiotów do ich wspólnego długu. Wobec licznych wątpliwości związanych z przedstawianą problematyką zasadne jest postawienie wniosku o objęcie jej skonkretyzowaną regulacją prawną.

Literatura

- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2007.
- Czajkowski T. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Guziński M., *Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego*, [w:] A. Borkowski, M. Guziński, K. Horubski, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, W. Miemieć, M. Szydło, *Prawo zamówień publicznych*, Wrocław 2008.
- Horubski K., Kocowski T., *Konsorcjum jako instrument wsparcia małych i średnich przedsiębiorców w systemie zamówień publicznych*, [w:] J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek (red.), *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększenia innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne. Część I*, Warszawa 2011
- Kalina-Nowaczyk M., *Granice wyjątkowych zmian podmiotowych w umowach o zamówienie publiczne*, Legalis.
- Lic J., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.
- Szostak R., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dn. 13 stycznia 2004 r. (V CK-97/03)*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, nr 2, poz. 22.
- Szostak R., *O dopuszczalnych modyfikacjach zobowiązań z umów o zamówienia publiczne*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 4.
- Wicik G., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2007.
- Winiarz M. (red.), *Zamówienia publiczne po nowelizacji 2006*, Wrocław 2006.

CHANGES OF THE COMPOSITION OF A CONSORTIUM IN TENDER PROCEDURES AND AT THE INITIAL STAGE OF CONTRACT PERFORMANCE

Summary: The issue of admissibility of changes and transformations within the composition of the consortium (agreements of entities which jointly apply for a contract) in tender procedures and at the stage of performance of a contract in the face of lack of legal regulations, both in the EU and Poland, is the source of considerable interpretation doubts. Therefore, the doctrine and judicature have worked out a number of regulations concerning the compli-

ance of such changes and transformations with the rule of equal treatment of contractors and protection of competition. Admissibility of a party change at the stage of tender proceedings is exceptional and is subject to fulfillment of a condition requiring that the party concerned participate in the proceedings as at the day of submission of bids or applications. In result, extending the composition of a consortium at a later stage or changing its composition is not possible. The situation of transformation by general succession of a member of a consortium in proceedings or at the stage of contract performance should be assessed from the perspective of the entirety of rights and obligations of civil law nature. The fact of succession should not, as a rule, blight the result of a positive qualification in the proceedings of the predecessor of the general successor or shatter the status of a contractor. At the stage of contract performance changes resulting in the acquisition of a consortium's debt under a public procurement contract shall be deemed inadmissible. This type of transformations may result in the distortion of the results of the proceedings. However, as regards maintaining accountability for joint performance of a contract by current contractors, it is possible for new parties to assume a joint debt cumulatively. In the face of numerous doubts related to the issue it is justified to apply for enactment of a specific legal regulation in this respect.

Keywords: public procurement, consortium, changes of the composition of a consortium.