

EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH

Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji



kwartalnik

Warszawa – nr 2/2025 (74)

**EUROPEJSKI PRZEGLĄD PRAWA I STOSUNKÓW MIĘDZYNARODOWYCH /
EUROPEAN REVIEW OF LAW & INTERNATIONAL RELATIONS**

Nr [No] 2/2025/74

**Kwartalnik / Academic quarterly
Ukazuje się od 2004 roku / Published since 2004**

WYDAWCA / PUBLISHER

**Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie, ul. Okopowa 59 /
European University of Law and Administration in Warsaw, 59 Okopowa St.**

ISSN 2081-0903 e-ISSN 2957-0980

KOLEGIUM REDAKCYJNE / EDITORIAL BOARD

Redaktor naczelny / Editor-in-chief

Prof. Jerzy J. Wiatr

Zastępca redaktora naczelnego / Deputy editor-in-chief

Prof. Barbara Bajor

Członkowie / Members

Prof. Artur Kotowski

Dr Magdalena Dziedzic

Członkowie zagraniczni / Foreign members

Dr Tamar Gegelia (Tbilisi, GE)

Prof. Laura Miraut Martín (Las Palmas, ES)

Prof. Aleksander Waszkiewicz / Alexander Vashkevich (Wilno / Vilnius, LT)

Sekretarz redakcji / Editorial secretary – Tadeusz T. Nowacki

Zastępca sekretarza redakcji / Deputy editorial secretary – Daria Pajek

Redaktor graficzny / Graphic editor – Małgorzata Głuszcak-Draczk

Projekt okładki / Cover design – Stefan Sobczak & Tomasz Czajka

RADA PROGRAMOWA / PROGRAM BOARD

Przewodniczący / Chairman

Prof. Tomasz Szanciło (Warszawa / Warsaw, PL)

Wiceprzewodniczący / Vice-chairman

Prof. Roman Wieruszewski (Warszawa / Warsaw, PL)

Członkowie / Members

Prof. Liliya Acziłowa / Liliya Achilova

(Taszkent / Tashkent, UZ)

Prof. Richard Albert (Austin, US)

Prof. Ignacio Ara Pinilla (San Cristóbal de La Laguna, ES)

Prof. Anton Bebler (Lublana / Ljubljana, SI)

Prof. Trinidad Bergamasco (Córdoba, AR)

Prof. Dominik Bierecki (Ślupsk, PL)

Prof. Sławka Dimitrowa / Slavka Dimitrova (Burgas, BG)

Prof. Giorgi / George Goradze (Tbilisi, GE)

Prof. Antonios Karaikos (Kioto / Kyoto, JP)

Prof. Michał Kowalski (Warszawa / Warsaw, PL)

Prof. Roman Kuźniar (Warszawa / Warsaw, PL)

Dr Khushboo Malik (Delhi, IN)

Prof. Felipe de la Mata Pizaña (Meksyk / Mexico City, MX)

Prof. Rubén Miranda Gonçalves (Las Palmas, ES)

Prof. Wataru Miyasaka (Tsukuba, JP)

Prof. Giacomo Oberto (Bologna / Bologna, IT)

Prof. Adeola Olufunke Kehinde (Lagos, NG)

Dr Mohammad Owais Faruki / Farooqui

(Szardża / Sharjah, AE)

Prof. Seweryn / Sev Ozdowski (Sydney, AU)

Prof. Krzysztof Pałeczki (Kraków, PL)

Prof. Jeffrey Pojanowski (Notre Dame, US)

Dr Andra Nicoleta Puran

(Bukareszt / Bucharest, RO)

Prof. Carlos Jorge Quete (Luanda, AO)

Dr Fábio da Silva Veiga (Porto, PT)

Prof. Jacek Sobczak (Warszawa / Warsaw, PL)

Prof. Antonio Sorela Castillo (Logroño, ES)

Prof. Beata Stępień-Załućka (Rzeszów, PL)

Prof. Emőd Veress (Miskolc / Miskolc, HU)

Prof. Anna Zalcewicz (Warszawa / Warsaw, PL)

Prof. Igor Zgoliński (Bydgoszcz, PL)

Prof. Luigi Zingone (Trydent / Trento, IT)

ADRES / ADDRESS

01-043 Warszawa ul. Okopowa 59 / 01-043 Warsaw 59 Okopowa St., PL

tel. +48 22 18 24 942

epism.ewspa.edu.pl

Drugi w tym roku numer naszego kwartalnika ma charakter tematyczny. Publikujemy w nim referaty wygłoszone na międzynarodowej konferencji „Roboty budowlane i konsorcja a zamówienia publiczne – czy elektroniczna stanowi faktyczną przyszłość?” Prezentację i omówienie tych tekstów zawiera wstęp autorstwa redaktora naukowego numeru, prof. Tomasza Szanciło.

Uczelnia nasza stawia sobie za cel m.in. podejmowanie na konferencjach naukowych ważnych problemów, z którymi mierzy się prawodawstwo oraz praktyka prawnicza. Takim właśnie problemem jest sposób regulacji zamówień publicznych, kluczowy z punktu widzenia rozwoju gospodarczego współczesnego państwa. Międzynarodowy wymiar tej konferencji pozwolił na poszerzenie perspektywy badawczej i analitycznej.

Teksty publikujemy w wersji językowej, w jakiej zostały wygłoszone na konferencji.

Prof. zw. dr hab. Roman Wieruszewski,
rektor EWSPA

The second issue of our quarterly this year is thematic in nature. It features papers presented at the international conference 'Construction Works and Consortia in Public Procurement: Is digitisation really the future?' These texts are presented and discussed in the introduction by the scientific editor of this issue, Prof. Tomasz Szanciło.

One of the goals of our university is to address important issues facing legislation and legal practice at scientific conferences. One such issue is the regulation of public procurement, which is crucial for the economic development of a modern state. The international dimension of this conference allowed for a broader research and analytical perspective.

The texts are published in the language in which they were presented at the conference.

Prof.Tit. Roman Wieruszewski, DSc,
Rector of EULA

Spis treści / Table of contents

2/2025/74

Od redaktora naukowego numeru (Tomasz Szanciło).....	5
From the Scientific Editor of the Issue (Tomasz Szanciło).....	10
Tomasz Demendecki , Elektroniczacja postępowania w sprawach zamówień publicznych (zagrożenia i zalety). Zarys problematyki [Electronicization of Public Procurement Procedures (Risks and Advantages): Outline of the problem]	15
Magdalena Dziedzic , Selected Aspects of Electronicization of the Construction Process [Wybrane aspekty elektroniczacji procesu budowlanego] ..	27
Łukasz Węgrzynowski , Orzecznictwo TSUE dotyczące dyrektywy 2014/24 [The CJEU Case Law on Directive 2014/24]	43
Tomasz Szczurowski , Konsorcjum a spółka prawa cywilnego [Consortium vs. Civil Partnership]	61
Katarzyna Krziskowska , Uprawnienia konsorcjanta do samodzielnego dochodzenia roszczeń [Entitlement of a Consortium Member to Claim Independently for Works Carried Out As Part of a Consortium]	78
Tomasz Szanciło , Kary umowne w zamówieniach publicznych [Contractual Penalties in Public Procurement]	97
Igor Zgoliński , Nodal Issues of Criminal Liability on the Level of Public Procurement [Kluczowe kwestie odpowiedzialności karnej w zakresie zamówień publicznych]	112
Daniela Iancu , Conflict of Interests in Public Procurement Procedures – Romanian Law [Konflikt interesów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – prawo rumuńskie]	123
Andreea Drăghici , European Single Procurement Document (ESPD): Romanian regulation [Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) – uregulowania rumuńskie]	135

Amelia Gheoculescu , The Legal Regime of Associations Concluded to Bid for a Public Procurement Contract in Romanian Law [Reżim prawny stowarzyszeń, które złożyły ofertę o udzielenie zamówienia publicznego, w Rumunii]	168
Andreea Tabacu , Procedures and Appeals Regarding the Public Procurement Contracts – Romanian Law [Procedury i środki odwoławcze dotyczące zamówień publicznych – prawo rumuńskie]	182
Simoni Takashvili, Giorgi Mtchedlishvili , The Scope of Contractor's (Employee's) Liability for Breach of Construction Contract Under Georgian Law [Zakres odpowiedzialności wykonawcy (pracownika) za naruszenie umowy o roboty budowlane w prawie gruzińskim]	201
Informacje dla Autorów	215
Information for Authors	218

Od redaktora naukowego numeru

7-8 listopada 2024 roku odbyła się Międzynarodowa Konferencja Naukowa „Roboty budowlane i konsorcja a zamówienia publiczne – czy elektronizacja stanowi faktycznie przyszłość?” (ang. ‘Public Works and Consortia in Public Procurement: Is electronicisation really the future?’), zorganizowana przez Europejską Wyższą Szkołę Prawa i Administracji w Warszawie we współpracy z Uniwersytetem Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie oraz Akademią Kujawsko-Pomorską w Bydgoszczy. Ten numer „Europejskiego Przeglądu Prawa i Stosunków Międzynarodowych” jest numerem tematycznym, dotyczącym zamówień publicznych i ich elektronizacji – nie tylko w Polsce, ale również za granicą – i stanowi zwieńczenie konferencji. Zawiera rozszerzone wersje większości wygłoszonych referatów, które powinny stanowić przyczynek do dyskusji.

Tematyka konferencji jest nader istotna, gdyż zamówienia publiczne stanowią jeden z najważniejszych aspektów właściwego funkcjonowania państwa, jeśli ma się na uwadze rozwój gospodarczy i ekonomiczny. W trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych są bowiem zawierane umowy, dzięki którym realizuje się niezwykle ważne inwestycje angażujące środki publiczne. W szczególności chodzi o różnego rodzaju inwestycje kluczowe dla gospodarki, jak inwestycje budowlane (np. drogowe, kolejowe). Nie można jednak zapominać o postępowaniach prowadzonych w trybie zamówień publicznych o niższych wartościach kwotowych.

Konferencja miała charakter międzynarodowy i trwała dwa dni. Pierwszy dzień został poświęcony polskim rozwiązaniom prawnym („Zamówienia publiczne i konsorcjum w Polsce”). W trzech panelach zaprezentowano zagadnienia związane z:

- 1) elektronizacją postępowania w sprawach zamówień publicznych,
- 2) wybranymi aspektami zamówień publicznych,
- 3) konsorcjum jako uczestnikiem zamówień publicznych.

W ramach tych paneli przedstawiciele nauki i praktyki z różnych ośrodków naukowych (z Warszawy, Lublina, Katowic, Bydgoszczy i Słupska), jak również przedstawiciele praktyki – w tym prezes Krajowej Izby Odwoławczej – wygłosili referaty, w których omówiono szczegółowe kwestie dotyczące elektronizacji postępowań w ramach zamówień publicznych, karnych i cywilnych aspektów tych postępowań oraz jednej z najczęstszych form ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, czyli konsorcjum. Są to niezwykle problematyczne kwestie – zwłaszcza te dotyczące konsorcjum – co znalazło wyraz w rozbieżnych stanowi-

skach prelegentów odnośnie do poszczególnych zagadnień związanych z tą formą kooperacji przedsiębiorców.

Dwa pierwsze artykuły dotyczą elektroniczacji postępowania w sprawach zamówień publicznych, zagrożeń i zalet z tym związanych oraz elektroniczacji samego procesu budowlanego. Zwrócono uwagę, że elektroniczacja zamówień publicznych w polskim systemie prawnym polega na wdrożeniu trzech podstawowych postulatów: 1) publikacji ogłoszeń elektronicznych, czego efektem jest wdrożenie sprawnie działającego portalu zamówień publicznych, za pośrednictwem którego wszyscy zamawiający publikują ogłoszenia o zamówieniach w biuletynie elektronicznym; 2) zapewnienia dostępności dokumentów zamówienia (sporządzonych przez zamawiającego) w formie elektronicznej, co umożliwia wykonawcom zapoznanie się z opisem przedmiotu zamówienia lub warunkami zamówienia; 3) zapewnienia w pełni elektronicznej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami na każdym etapie postępowania – co wydaje się najtrudniejsze do realizacji. Przedstawiono również najważniejsze platformy cyfrowe wykorzystywane w procesie inwestycyjno-budowlanym. To o tyle istotne, że cyfryzacja procesu budowlanego jest koniecznością, a wprowadzane zmiany stanowią odpowiedź na zapotrzebowanie zarówno obywateli, jak i uczestników zamówień publicznych.

W kolejnych artykułach omówiono aspekty karne i europejskie. Prawo karne jest z założenia prawem ostatniej instancji: znajduje zastosowanie, gdy stosunki prawne powstałe na podstawie przepisów obowiązujących w innych gałęziach prawa nie są wystarczające. Jednym z obszarów chronionych przez prawo karne są zamówienia publiczne. Ochrona ta ma charakter kompleksowy, podobnie jak kompleksowo uregulowano tzw. przestępstwa gospodarcze. Zakres ochrony prawnokarnej obecnie się poszerzył, gdyż nałożyły się na nią również przepisy unijne. Nie ulega bowiem wątpliwości, że jednym z najbardziej zauważalnych zjawisk w obecnej rzeczywistości prawnej jest coraz intensywniejsze oddziaływanie prawa europejskiego na porządki krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej, a jednym z kluczowych elementów tego oddziaływania jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W związku z tym omówiono trybunalską wykładnię dyrektywy 2014/24.

Trzeci panel dotyczył konsorcjum jako uczestnika postępowań w trybie zamówień publicznych. Omówiono tu zarówno materialnoprawne, jak i procesowe aspekty tej formy zrzeszenia przedsiębiorców mającego na celu uzyskanie zamówienia publicznego (w praktyce – wygranie przetargu). Jest to niezwykle istotne, gdyż z uwagi na nienazwany charakter umowy konsorcjum w polskim prawie jej istota – w świetle przepisów prawa materialnego i procesowego – budzi poważne wątpliwości. Kwalifikacja tej umowy, także jako umowy spółki cywilnej, wymaga każdorazowo analizy jej istoty. Zgodzić się przy

tym należy ze stwierdzeniem, że w choć praktyce możliwe jest ukształtowanie stosunku konsorcjum jako spółki cywilnej, jest to raczej wyjątkowa sytuacja. Zwykle wykonawcy, którzy ubiegają się wspólnie o uzyskanie zamówienia publicznego, zawierają umowę współpracy o luźniejszym charakterze – co wywołuje jednak szereg wątpliwości prawnych, nie tylko w zakresie prawa materialnego. Z kwalifikacją umowy konsorcjum jest bowiem nierozzerwalnie związana problematyka samodzielnego dochodzenia przez konsorcjantów roszczeń wynikających z umowy o roboty budowlane zawieranej w ramach zamówień publicznych: zaliczek na wynagrodzenie, wynagrodzenia za wykonanie umowy i innych wierzytelności, powstałych np. w związku z odstąpieniem od umowy, w tym roszczeń odszkodowawczych lub z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia itd. Możliwość samodzielnego dochodzenia roszczeń ma ścisły związek z prawnym charakterem umowy konsorcjum (czy jest to umowa spółki cywilnej) oraz treścią umowy inwestycyjnej. W rzeczywistości to kwestie materialnoprawne przesądzają o przysługiwaniu konsorcjantom legitymacji procesowej czynnej do wystąpienia z żądaniami wobec zamawiającego, przy czym – jak podkreślono w artykule – współuczestnictwo materialne konieczne występuje wyjątkowo, gdy konsorcjum jest zarazem spółką cywilną lub co do roszczeń dotyczących świadczeń niepodzielnych, przy sprzeciwie któregośkolwiek z pozostałych konsorcjantów.

Uzupełnieniem powyższych rozważań jest problematyka stosowania kar umownych w umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych. Szczególne wątpliwości budzi prawny charakter kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty podwykonawcy, którą Sąd Najwyższy zakwalifikował jako karę umowną z tytułu niewykonania zobowiązania pieniężnego, a więc jako odstępstwo od zasady wynikającej z art. 483 § 1 k.c. W opracowaniu podkreślono jednak, że taki pogląd nie ma uzasadnienia, kara ta jest bowiem ważna w świetle wskazanego przepisu bez konieczności przeprowadzenia wyводу, że chodzi o wyjątek od przepisu o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Jednocześnie zwrócono uwagę na wprowadzenie obowiązku określenia w umowie zawieranej w trybie zamówień publicznych górnego limitu kar umownych, czego nie przewidziano w ogólnych przepisach regulujących instytucję kary umownej.

Drugi dzień konferencji został poświęcony rozwiązaniom prawnym funkcjonującym w innych, wybranych państwach („Zamówienia publiczne i konsorcjum w wybranych krajach”). Przedstawiciele nauki i praktyki omówili charakterystyczne elementy postępowań w ramach zamówień publicznych w tych krajach. W niniejszym numerze znalazły się opracowania dotyczące Gruzji i Rumunii, a więc prawodawstw tych państw, co do których wiedza w Polsce jest niewielka. Niewątpliwie warto się więc z tymi opracowaniami zapoznać.

Jeśli chodzi o prawne regulacje w Gruzji, to kwestie prawne związane z procesem wykonywania robót budowlanych i odpowiedzialnością wykonawcy są uregulowane przede wszystkim w gruzińskim kodeksie cywilnym, który określa prawa i obowiązki zamawiającego i wykonawcy. Dotyczą one prywatnych i publicznych stosunków prawnych w prawie budowlanym. Na szczególną uwagę zasługuje kwestia odszkodowania w przypadku, gdy wykonawca nie wywiązuje się ze swoich zobowiązań w trakcie procesu budowlanego. Niedopełnienie obowiązków daje zamawiającemu prawo do żądania odszkodowania i zadośćuczynienia, aczkolwiek kwestia ta jest szczególnie problematyczna i niespójna w gruzińskiej praktyce sądowej. Zgodnie z najnowszym orzecnictwem rekompensacie podlegają szkody, które były możliwe do przewidzenia przez dłużnika i są bezpośrednim skutkiem działania powodującego szkodę. Odszkodowaniu podlega m.in. utracony zysk (*lucrum cessans*), który jest dochodem szacunkowym. W zamówieniach publicznych wskazano kilka problematycznych kwestii, które powinny zostać rozwiązane w sposób prowadzący do wyrównania praw między stronami. W szczególności gdy proces budowlany jest zawieszony z powodu wad w projekcie, ten dodatkowy okres powinien być uwzględniony w samej umowie, a poniesione szkody powinny być rekompensowane za każdy dzień tego opóźnienia. Zwrócono również uwagę, że chociaż tradycyjną metodą rozstrzygania sporów budowlanych jest postępowanie sądowe, to w ostatnich projektach budowlanych w Gruzji popularny stał się arbitraż.

Gdy chodzi o prawne regulacje w Rumunii, zwrócono uwagę przede wszystkim na European Single Procurement Document, skonfigurowany jako narzędzie usprawniające procedurę udzielania zamówień przez uproszczenie zadań administracyjnych zarówno dla wykonawców, jak i dla instytucji zamawiającej. Narzędzie to podlega orzecznictwu sądów rumuńskich, w świetle którego badane są możliwe sposoby interpretacji krajowych norm prawnych w kontekście stosowania i opracowywania dodatkowych instrumentów harmonizacji procedury udzielania zamówień. Bardzo ciekawe są rozważania dotyczące konfliktu interesów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Rumunii, co ma istotny wpływ na przejrzystość i uczciwość procesu udzielania zamówień publicznych. Rumunia ma ramy prawne regulujące konflikt interesów w zamówieniach publicznych, a głównym aktem normatywnym jest ustawa nr 98/2016 o zamówieniach publicznych. W jej świetle konfliktem interesów jest każda sytuacja, gdy członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie zamówień publicznych działający w imieniu instytucji zamawiającej, którzy są zaangażowani w przeprowadzenie procedury udzielania zamówienia lub mogą wpłynąć na jej wynik, mają – bezpośrednio lub pośrednio – interes finansowy, gospodarczy lub inny interes osobisty, a interes ten może być postrzegany jako element zagrażający ich bezstronności lub niezależności w kontekście procedury udzielania zamówienia. W związku z tym

niezwykle ważne jest przeanalizowanie środków przewidzianych w celu stwierdzenia konfliktu interesów w powyższym rozumieniu, a także zapobiegania lub zaradzenia mu. W tej samej ustawie uregulowano reżim prawny stowarzyszeń zawieranych w celu ubiegania się o zamówienie publiczne w Rumunii. Te związki są zwykle tworzone – jak w polskim prawie – jako konsorcjum, ale również jako stowarzyszenia tymczasowe. Można tu doszukać się cech wspólnych z pozanormatywnymi rozwiązaniami wypracowanymi przez orzecznictwo polskich sądów i polską doktrynę. W przeciwieństwie jednak do Polski – w Rumunii przystąpienie do stowarzyszenia, które daje wykonawcom możliwość współpracy i wykorzystania swoich zasobów i wiedzy specjalistycznej w celu ubiegania się o zamówienie publiczne, podlega ścisłemu reżimowi prawnemu, mającemu na celu ochronę interesu publicznego i zapewnienie właściwej realizacji zamówienia.

Zamówienia publiczne, jako motor rozwijającego się społeczeństwa, wymagają szeregu procedur jurysdykcyjnych, które mają praktyczne implikacje, gwarantując zgodność z zasadami i regułami prowadzenia procedur administracyjnych udzielania zamówień i ich rozwój zgodnie z przepisami prawa. Tej problematyki dotyczy ostatni artykuł, którego osią jest transpozycja do prawa rumuńskiego dyrektywy 665/89. Wprowadzono rozróżnienie między procedurami jurysdykcyjnymi, w których dokumenty sporządzane są na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, bezpośrednio związanymi z administracyjną procedurą udzielania zamówień, a procedurami mającymi na celu wykonanie umów, ich unieważnienie czy rozwiązanie, które mogą zostać zakończone po zakończeniu procedury udzielania zamówień w trakcie trwania umowy. W prawie rumuńskim przewidziano konkretne rozwiązania mające na celu realizację zasady szybkości, np. krótkie terminy przeprowadzenia procedury, sformułowania niektórych dokumentów, zaskarżenia decyzji itd.

Referaty przedstawione podczas konferencji dały asumpt do wniosku, że regulacje prawne związane z zamówieniami publicznymi w poszczególnych krajach mają wspólne płaszczyzny, choć widoczne są również różnice. W szczególności warto zwrócić uwagę na te rozwiązania, które przybrały formę zinstytucjonalizowaną, tj. w ramach uregulowań prawnych.

Dr hab. Tomasz Szanciło,
Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie
sędzia Izby Cywilnej Sądu Najwyższego

From the Scientific Editor of the Issue

On 7–8 November 2024, the International Scientific Conference ‘Public Works and Consortia in Public Procurement: Is electronicisation really the future?’ organised by the European University of Law and Administration in Warsaw in cooperation with the Maria Curie-Skłodowska University in Lublin and the Kujawy and Pomorze University in Bydgoszcz. This issue of the ‘European Review of Law and International Relations’ is a thematic issue on public procurement and its electronicisation – not only in Poland but also abroad – and represents the culmination of the conference. It contains extended versions of most of the papers delivered, which should contribute to the discussion.

The subject of the conference is extremely important, as public procurement is one of the most important aspects of the proper functioning of the state, when it comes to both economic and business development. This is because, under the Public Procurement Law, contracts are concluded thanks to which extremely important investments involving public funds are made. This particularly concerns various types of investments of key importance for the economy, such as construction investments (e.g. roads, railways). However, one should not forget about the proceedings conducted under public procurement procedures with lower amounts.

The conference had an international character and lasted two days. The first day was devoted to Polish legal solutions (‘Public Procurement and Consortium in Poland’). Three panels presented issues related to:

- 1) the electronicisation of public procurement proceedings,
- 2) selected aspects of public procurement,
- 3) consortium as a participant in public procurement.

Within the framework of these panels, representatives of science and practice from various research centres (from Warsaw, Lublin, Katowice, Bydgoszcz and Słupsk) as well as representatives of practice – including the president of the National Chamber of Appeal – delivered papers in which detailed issues concerning the electronicisation of public procurement proceedings, criminal and civil aspects of these proceedings and one of the most common forms of competing for the award of a public contract, i.e. a consortium, were discussed. These are extremely problematic issues – especially those concerning consortia – which was reflected in the divergent positions of the speakers on particular issues related to this form of business cooperation.

The first two articles deal with the electronicisation of public procurement proceedings, the risks and advantages associated with this, and the electronicisation of

the construction process itself. It was pointed out that the electronicisation of public procurement in the Polish legal system consists in the implementation of three basic postulates: (1) the publication of electronic notices, resulting in the implementation of a well-functioning public procurement portal through which all contracting authorities publish procurement notices in an electronic bulletin; (2) ensuring the availability of procurement documents (prepared by the contracting authority) in electronic form, which allows contractors to familiarise themselves with the description of the subject of the contract or the terms and conditions of the contract; (3) ensuring fully electronic communication between the contracting authority and contractors at each stage of the procedure – which seems to be the most difficult to implement. The most important digital platforms used in the investment and construction process are also presented. This is all the more important as the digitisation of the construction process is a necessity, and the changes introduced are a response to the demand of both citizens and participants in public procurement.

The following articles discuss criminal and European aspects. Criminal law is, by definition, the law of last resort: it is applied when legal relationships created under the rules of other branches of law are not sufficient. One of the areas protected by criminal law is public procurement. This protection is comprehensive, just as the so-called economic crimes are comprehensively regulated. The scope of criminal law protection has now widened, as it has also been overlaid by EU rules. There is no doubt that one of the most noticeable phenomena in the current legal reality is the increasingly intensive impact of European law on the national orders of EU Member States, and one of the key elements of this impact is the case law of the Court of Justice of the European Union. In this connection, the Tribunal's interpretation of Directive 2014/24 was discussed.

The third panel concerned the consortium as a participant in public procurement procedures. Both the substantive and procedural aspects of this form of business association aimed at obtaining a public contract (in practice – winning a tender) were discussed here. This is extremely important, because due to the unnamed nature of a consortium agreement in Polish law, its essence – in light of substantive and procedural law – raises serious doubts. The qualification of this agreement, also as a civil partnership agreement, requires each time an analysis of its essence. At the same time one has to agree that although in practice it is possible to form a consortium relationship as a civil partnership, this is rather an exceptional situation. Usually contractors who apply jointly for a public procurement contract conclude a cooperation agreement of a looser nature – which, however, raises a number of legal questions,

not only in terms of substantive law. The qualification of a consortium agreement is in fact inextricably linked with the issue of the consortium members' independent assertion of claims arising from a public procurement contract: advance payments for remuneration, remuneration for performance of the contract and other claims arising, for example, in connection with withdrawal from the contract, including claims for damages or unjust enrichment, etc.

The possibility of asserting claims independently is closely related to the legal nature of the consortium agreement (whether it is a civil partnership agreement) and the content of the investment agreement. In fact, it is the material and legal issues that determine the right of the consortium members to assert claims against the ordering party, whereas – as emphasised in the article – necessary co-participation occurs exceptionally, when the consortium is at the same time a civil partnership or as regards claims concerning indivisible benefits, with the objection of any of the other consortium members.

The above considerations are supplemented by the issue of the application of contractual penalties in contracts concluded under public procurement procedures. Particular doubts are raised as to the legal nature of the contractual penalty for non-payment or untimely payment to a subcontractor, which the Supreme Court qualified as a contractual penalty for non-performance of a monetary obligation, and thus as a derogation from the principle arising from Article 483 § 1 of the Civil Code. However, the study emphasises that such a view is not justified, as the penalty is valid in the light of the indicated provision without the need for an argument that it is an exception to a mandatory provision. At the same time, attention was drawn to the introduction of an obligation to specify in a contract concluded under a public procurement procedure the upper limit of contractual penalties, which is not provided for in the general provisions regulating the institution of contractual penalty.

The second day of the conference was devoted to the legal solutions operating in other selected countries ('Public Procurement and Consortium in Selected Countries'). Representatives of science and practice discussed the characteristic elements of public procurement procedures in these countries. This issue includes studies on Georgia and Romania, i.e. on the legislation of these countries, of which there is little knowledge in Poland. It is therefore undoubtedly worthwhile to familiarise oneself with these studies.

As far as the legal regulations in Georgia are concerned, the legal issues related to the process of performing construction works and the contractor's liability are regulated primarily in the Georgian Civil Code, which defines the rights and obligations of the

ordering party and the contractor. They concern private and public legal relations in construction law. Particularly noteworthy is the issue of compensation in the event that the contractor fails to fulfil its obligations during the construction process. Failure to fulfil obligations gives the contracting authority the right to claim damages and compensation, although this issue is particularly problematic and inconsistent in Georgian judicial practice. According to recent case law, damages that were foreseeable by the debtor and are a direct consequence of the action causing the damage are compensable. Compensation is subject to, *inter alia*, lost profit (*lucrum cessans*), which is estimated income. Several problematic issues have been identified in public procurement which should be resolved in a way that leads to an equalisation of rights between the parties. In particular, when the construction process is suspended due to defects in the design, this additional period should be included in the contract itself and the damages incurred should be compensated for each day of this delay. It was also noted that, although the traditional method of resolving construction disputes is through litigation, arbitration has become popular in recent construction projects in Georgia.

In terms of legal regulation in Romania, attention was drawn primarily to the European Single Procurement Document, configured as a tool to streamline the procurement procedure by simplifying administrative tasks for both contractors and the contracting authority. This tool is subject to the jurisprudence of the Romanian courts, in the light of which possible ways of interpreting national legal norms in the context of the application and development of additional instruments for the harmonisation of the procurement procedure are examined. It is very interesting to consider conflict of interest in public procurement procedures in Romania, which has an important impact on the transparency and fairness of the public procurement process. Romania has a legal framework regulating conflict of interest in public procurement, the main normative act being Law No. 98/2016 on Public Procurement. According to it, a conflict of interest is any situation where members of the contracting authority's staff or procurement service providers acting on behalf of the contracting authority, who are involved in the conduct of the procurement procedure or who are in a position to influence its outcome, have – directly or indirectly – a financial, economic or other personal interest, and this interest may be perceived as an element jeopardising their impartiality or independence in the context of the procurement procedure. It is therefore of utmost importance to analyse the measures envisaged to identify, prevent or remedy conflicts of interest in the above sense. The same law regulates the legal regime of associations concluded for the purpose of bidding for public contracts in Romania. These associations are usually formed – as in Polish law – as a consortium,

but also as temporary associations. Here, common features can be found with the extra-normative solutions developed by the jurisprudence of Polish courts and Polish doctrine. Unlike in Poland, however – in Romania, joining an association that gives contractors the opportunity to cooperate and use their resources and expertise to bid for a public contract is subject to a strict legal regime aimed at protecting the public interest and ensuring proper contract performance.

Public procurement, as the engine of a developing society, requires a series of jurisdictional procedures that have practical implications, guaranteeing compliance with the principles and rules for the conduct of administrative procurement procedures and their development in accordance with the law. This is the subject of the last article, the axis of which is the transposition into Romanian law of Directive 665/89. A distinction has been made between jurisdictional procedures, in which documents are drawn up at the pre-contractual stage, directly related to the administrative procurement procedure, and procedures aimed at the execution of contracts, their cancellation or termination, which can be completed after the conclusion of the procurement procedure during the life of the contract. Romanian law provides for specific solutions to implement the principle of speed, such as short deadlines for the procedure, the formulation of certain documents, appeals against decisions, etc.

The papers presented during the conference gave rise to the conclusion that the legal regulations related to public procurement in the various countries have common ground, although differences are also apparent. In particular, it is worth paying attention to those solutions which have taken an institutionalised form, i.e. within the framework of legal regulations.

*Tomasz Szanciłło, DSc
European University of Law and Administration in Warsaw
Justice of the Civil Chamber of the Supreme Court of Poland*



Tomasz Demendecki*

Elektronizacja postępowania w sprawach zamówień publicznych (zagrożenia i zalety). Zarys problematyki

[Electronicization of Public Procurement Procedures (Risks and Advantages): Outline of the problem]

Abstract

This study indicates the basic advantages and threats related to the progressive electronicization of the national public procurement process. Historically, the electronicization of public procurement in the Polish legal system consisted in implementing three basic postulates in entities obliged to apply the Public Procurement Law.

The first postulate concerned the publication of electronic notices. The effect of its implementation is a properly functioning public procurement portal, through which all ordering parties publish notices about orders in an electronic bulletin. The second postulate concerning the electronicization of public procurement proceedings concerned ensuring the availability of order documents (produced by the ordering party) in electronic form; these documents allow contractors to familiarize themselves with the description of the subject of the order or the terms of the order. As many years of practice show, these documents are generally correctly always placed on the ordering party's website. The third postulate still seems to be the most difficult to fully implement. It concerns ensuring fully electronic communication between the ordering party and contractors, at every stage of the procedure.

The general idea of electronicization, and consequently: streamlining and accelerating public procurement proceedings, guided by the national legislator, undoubtedly deserves full approval. The new Public Procurement Law of 2019 is a response to the noticeable needs of economic participants and the requirements of EU law.

Keywords: public procurement law, public procurement procedure, electronicization, electronic means of communication, electronic signature.

* **Tomasz Demendecki** – dr hab. nauk prawnych, profesor uczelni, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie (afiliacja); <https://orcid.org/0000-0001-6150-6337>; tomasz.demendecki@mail.umcs.pl / DSc in Law, Associate Professor, Maria Curie-Skłodowska University in Lublin (affiliation).

Wprowadzenie

Upowszechnianie się współcześnie – w sposób bardzo dynamiczny – coraz bardziej zaawansowanych technologii rozciąga się także na interpretację procesów informatycznych stanowienia, stosowania i wykonywania prawa. Związane jest to z informatyzacją prawa i elektronizacją obrotu prawnego, przy czym – jak podkreśla się w piśmiennictwie – informatyzacja traktowana jest jako ta powstała wcześniej, która doprowadziła do elektronizacji¹. W szerszym sensie informatyzacja odnosi się do czynności realizowanych na podstawie, w ramach i ma potrzeby prawa, a elektronizacja jest ich efektem. W węższym sensie informatyzacja odnosi się do działania instytucji prawnych, a elektronizacja dotyczy procedur prawnych². Rozwój technologiczny wpływa na usprawnienie oraz udoskonalenie większości reakcji podejmowanych przez jednostkę. Najdonioślejszą rolę w tym względzie odgrywa rozwój tzw. technologii informacyjnej, definiowanej jako połączenie zastosowania rozwiązań informatycznych – w szczególności sprzętu komputerowego oraz oprogramowania – z technologicznymi rozwiązaniami komunikacyjnymi w celu dostarczenia nowoczesnych mechanizmów, umożliwiających dokonywanie działań związanych z przetwarzaniem danych. Rozwojowi technologii informacyjnej towarzyszą przede wszystkim dwa podstawowe procesy: elektronizacja (komputeryzacja) oraz informatyzacja. Internet i zaawansowanie technologiczne w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych znacznie zmieniły sposób prowadzenia działalności i doprowadziły nie tylko do coraz powszechniejszego korzystania z elektronicznych środków komunikacji, ale i przechowywania danych w formie elektronicznej zamiast papierowej. Ekspansja ta objęła też różne dziedziny prawa, w tym w szczególności prawo zamówień publicznych. Niewątpliwie istotny wpływ na to zjawisko miały zachodzące w ostatniej dekadzie zmiany w regulacjach europejskich, jak również podobne procesy oddolne w prawie krajowym.

¹ Zob. m.in. A. Arkuszewska, *Informatyzacja postępowania arbitrażowego*, Warszawa 2019, s. 22. W literaturze można jednak odnotować także odmienny pogląd na tę kwestię. Jakub Kosowski przyjmuje, opierając się na egzegezie pojęć z języka potocznego: „informatyzacja” i „elektronizacja”, że to pojęcie elektronizacji ma charakter pierwotny, zaś informatyzacji – wtórny. Słownik języka polskiego definiuje informatyzację jako wykorzystywanie nowoczesnych metod przetwarzania informacji w postępowaniu (<https://sjp.pwn.pl/szukaj/informatyzacja/.html>). Elektronizacja to natomiast wprowadzanie urządzeń elektronicznych do postępowania (<https://sjp.pwn.pl/szukaj/elektronizacja.html>). Zdaniem przywołanego autora to właśnie wprowadzenie urządzeń elektronicznych do postępowania otwiera drogę do informatyzacji, czyli wykorzystywania nowoczesnych metod przetwarzania informacji. Jak trafnie podkreśla autor, elektronizacja nie zawsze zakłada wykorzystanie nowoczesnych metod przetwarzania informacji – czasem jest to jedynie najprostsze wykorzystanie sprzętu, m.in. przy wideokonferencji, złożeniu podpisu elektronicznego, przeprowadzaniu e-dowodu. Szerzej zob. J. Kosowski, *Kierunki skutecznej elektronizacji procesu karnego*, „Biuletyn Stowarzyszenia Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2022, tom XVII, 19, 1, s. 152.

² J. Janowski, *Informatyka prawa*, Lublin 2011, s. 154.

Definicja pojęcia elektronizacji zamówień publicznych

Elektronizacja zamówień publicznych w ścisłym znaczeniu jest w piśmiennictwie powszechnie utożsamiana z wprowadzaniem i wykorzystywaniem w omawianej procedurze nowych kanałów komunikacji elektronicznej³. Była ona postulowana od wielu lat; jednakże szczególne obostrzenia stawiane przez ustawę z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych⁴, a zwłaszcza konieczność uniemożliwienia zapoznania się z ofertą przed terminem otwarcia – utrudniały stworzenie platformy służącej elektronizacji zamówień publicznych. Sytuacja zmieniła się wraz z wejściem w życie dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE⁵. Od 1 stycznia 2021 r. wszyscy uczestnicy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych na podstawie regulacji zawartej w ustawie Prawo zamówień publicznych i wszczętych po tej dacie są zobowiązani do stosowania elektronicznych środków komunikacji⁶. W założeniu pełna elektronizacja zamówień publicznych nie tylko miała ułatwić składanie ofert oraz uzupełnianie dokumentów, ale też zapewnić możliwość prześledzenia czasu wpłynięcia poszczególnych dokumentów składanych w postępowaniu.

Elektronizacja w sprawach zamówień publicznych wykazuje niewątpliwie szereg zalet, ale wiąże się z nią również wiele zagrożeń.

Metodologia badawcza

Próba wykazania zaprezentowanych tez badawczych jest możliwa dzięki wykorzystaniu podstawowego instrumentarium metodologiczno-badawczego (z wykorzystaniem metody dogmatycznoprawnej, prawnoporównawczej, a uzupełniając także historycznej oraz analizy orzecznictwa).

³ M. Stompel, Elektronizacja zamówień publicznych, e-Lex 2017. Zob. także J. Andała-Sępkowska, M. Falkowska, B. Kardas, M. Stompel, Elektronizacja zamówień publicznych 2018. Praktyczny komentarz. Pytania i odpowiedzi. Tekst ustawy. Warszawa 2018, s. 11.

⁴ Ustawa z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320 ze zm.; dalej jako: p.z.p.

⁵ Dz. Urz. UE z 2014 r., L 94, s. 65 ze zm. Zob. także uchyloną dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz. Urz. UE z 2004 r., L 134, s. 114 ze zm.

⁶ Podstawowy zakres obowiązkowej elektronizacji w sferze zamówień publicznych ustawodawca krajowy wprowadził już z dniem 18 października 2018 r.

Realizacja podstawowych postulatów w procesie elektronizacji zamówień publicznych

Elektronizacja jako taka w prawie krajowym⁷ stanowi sposób i formę implementacji ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁸ na poszczególnych polach jej realizacji. Rozumiana jest jako dopuszczenie wykorzystywania w postępowaniu teleinformatycznych systemów i środków gromadzenia oraz przekazywania informacji, a także możliwości tworzenia i posługiwania się informacją w postaci elektronicznej. Elektronizacja otwiera pole do dyskusji nad kwestiami dopuszczalności i skuteczności elektronicznych czynności, jak również zachowaniem standardów rzetelnego postępowania, aby nie doprowadzić do wykluczenia cyfrowego i nie pozbawić jednocześnie zainteresowanych podmiotów dostępu do skutecznej i efektywnej ochrony prawnej. W praktyce zaś elektronizacja postępowań wymaga nieustannego rozwoju technologicznego⁹. Należy zauważyć, że pierwsze inicjatywy w obszarze informatyzacji sektora publicznego w Polsce pojawiły się wraz z ukierunkowaniem działań legislacyjnych na dostosowanie regulacji prawnych w zakresie wykorzystania technologii informacyjno-komunikacyjnych w administracji i usługach publicznych¹⁰. W 2000 r. w postępowaniu cywilnym wprowadzono regulację dopuszczającą składanie pism procesowych na elektronicznych nośnikach danych¹¹. W 2001 r. wdrożono informatyzację postępowania wieczystoksięgowego¹², a w 2005 r. interaktywne formularze na gruncie postępowania administracyjnego¹³.

Zgodnie z brzmieniem art. 7 pkt 18 p.z.p. – zawierającym definicję ustawy pojęcia „postępowania o udzielenie zamówienia” [publicznego] – oznacza ono postępowanie wszczynane przez przekazanie albo zamieszczenie ogło-

⁷ Pojęcie to zostało do naszego prawodawstwa wprowadzone ustawą z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1114. K. Flaga-Gieruszyńska, *Nowe oblicze prawa i informacji o prawie w dobie informatyzacji* [w:] K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (red.), *Informatyzacja postępowania cywilnego: teoria i praktyka*, Warszawa 2016, s. 2 i nn.

⁸ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1557 ze zm.

⁹ A. Łazarska, *Wpływ nowoczesnych technologii na metodykę pracy sędziego w postępowaniu cywilnym* [w:] R.A. Stefański (red.), *Srebrna księga jubileuszowa upamiętniająca XXV-lecie Wydziału Prawa i Administracji*, Warszawa 2023, s. 233.

¹⁰ Szerzej na ten temat: T. Demendecki, *Sztuczna inteligencja a postępowania sądowe – procedury prawne*, Warszawa 2021, *passim*.

¹¹ Ustawa z 24 maja 2000 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy o komornikach sądowych i egzekucji, Dz.U. nr 48, poz. 554 ze zm.

¹² Ustawa z 11 maja 2001 r. o zmianie ustawy o księgach wieczystych i hipotece, ustawy – Kodeks postępowania cywilnego, ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz ustawy – Prawo o notariacie, Dz.U. nr 63, poz. 635.

¹³ Ustawa z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, tekst jedn. Dz.U. z 2021 r., poz. 2070 ze zm.

szenia, przekazanie zaproszenia do negocjacji albo zaproszenia do składania ofert, prowadzone jako uporządkowany ciąg czynności, których podstawą są warunki zamówienia ustalone przez zamawiającego, prowadzące do wyboru najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowania postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, kończące się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego albo jego unieważnieniem, z tym że zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego nie stanowi czynności w tym postępowaniu. Stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia; kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu¹⁴.

Obecnie w świetle – obowiązującego od 1 stycznia 2021 r. – art. 61 ust. 1 p.z.p. każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest obowiązkowo prowadzone z wykorzystaniem środków komunikacji elektronicznej (wyjątki są określone ustawowo). Niewątpliwie wskazana regulacja stanowi następny efekt implementacji przez ustawodawcę krajowego wcześniej przyjętych rozwiązań na gruncie prawa unijnego, a zarazem naturalne przejście od przestarzałych przepisów prawnych zawartych w poprzednio obowiązującej pod tym samym tytułem ustawie z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych¹⁵. Należy przy tym podkreślić, że w uprzednio obowiązującym stanie prawnym ustawodawca przewidywał pełną elektroniczną proces zakupowy wyłącznie dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, podczas gdy zamówienia udzielane według przepisów krajowych mogły być prowadzone wyłącznie w formie pisemnej. Przepisy przejściowe pozwalały na prowadzenie postępowań o mniejszej wartości z użyciem środków komunikacji elektronicznej i umożliwiały wyrażenie zgody przez zamawiającego na składanie ofert, wniosków o dopuszczenie oraz oświadczeń wstępnych w formie elektronicznej, jednakże zamawiający nie miał możliwości wyłączenia formy pisemnej w takim postępowaniu, co skutkowało koniecznością prowadzenia w takim wypadku postępowań o charakterze hybrydowym, gdzie dopuszczane były obie formy. Stąd też taki stan rzeczy dość powszechnie w piśmiennictwie uważano za nieprawidłowy, wprowadzenie zaś nowej regulacji przyjęto z wyraźną aprobatą¹⁶.

¹⁴ Tak A. Gawrońska-Baran, Komentarz do art. 7 p.z.p. [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, e-LEX 2024.

¹⁵ Tekst jedn. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm. Jak podkreślali sami projektodawcy, nowa ustawa z 2019 r. miała lepiej odpowiadać potrzebom obecnego rynku zamówień publicznych i stanowić narzędzie realizacji polityki gospodarczej państwa. Umieszczenie zaś nowych rozwiązań w samodzielnej ustawie miało zapewnić zachowanie przejrzystości nowego prawa zamówień publicznych i zarazem ograniczyć nadmierne rozbudowanie ustawy.

¹⁶ A. Wiktorowski, Komentarz do art. 61 p.z.p. [w:] A. Gawrońska-Baran, A. Wiktorowski, E. Wiktorowska, P. Wójcik, Prawo..., e-LEX 2024.

Historycznie patrząc, elektronizacja zamówień publicznych w polskim systemie prawnym polegała na wdrożeniu wobec podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych trzech podstawowych postulatów. Zostały one zaprezentowane w treści 52 motywu do preambuły do dyrektywy 2004/18/WE.

Pierwszy postulat dotyczył publikacji elektronicznych ogłoszeń. Efektem jego wdrożenia jest poprawnie funkcjonujący portal zamówień publicznych, za pośrednictwem którego wszyscy zamawiający zamieszczają w elektronicznym biuletynie ogłoszenia o zamówieniach. Odpowiednio na gruncie prawa unijnego takim publikatorem jest SIMAP¹⁷. Za pomocą tej strony przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zamawiający zamieszcza bezpośrednio ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Drugi postulat dotyczący elektronizacji postępowania w sprawie zamówień publicznych dotyczył zapewnienia dostępności dokumentów zamówienia (wytwarzanych przez zamawiającego) w formie elektronicznej; dokumenty te pozwalają wykonawcom zapoznać się z opisem przedmiotu zamówienia czy z warunkami zamówienia. Jak wskazuje wieloletnia praktyka, dokumenty te są w sposób zasadniczo poprawny umieszczane zawsze na stronie internetowej zamawiającego.

Trzeci postulat nadal wydaje się najtrudniejszy do pełnego wdrożenia. Dotyczy on zapewnienia w pełni elektronicznej komunikacji między zamawiającym a wykonawcami, na każdym etapie postępowania, łącznie ze składaniem elektronicznych ofert i wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Zgodnie z obecnie obowiązującym art. 61 ust. 1 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wymiana informacji oraz przekazywanie dokumentów lub oświadczeń między zamawiającym a wykonawcą, z uwzględnieniem wyjątków określonych w ustawie (por. art. 65 p.z.p.), odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Każda czynność – dokonywana czy to przez wykonawców, czy to przez zamawiającego – musi zostać przekazana drugiej stronie za pomocą wskazanych przez zamawiającego środków komunikacji elektronicznej, bez względu na to, czy odnosić się to będzie do procesu wyjaśniania treści dokumentów zamówienia, składania ofert, wniosków o dopuszczenie, prac konkursowych, czy też składania przez wykonawców dokumentów lub wyjaśnień na wezwanie zamawiającego. Wymóg prowadzenia korespondencji wyłącznie przez wskazane przez zamawiającego środki komunikacji elektronicznej obwarowano rygorem nieważności.

¹⁷ Strona prowadzona przez Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, zawierająca informacje o europejskich zamówieniach publicznych.

Środki komunikacji elektronicznej w postępowaniu w sprawie zamówień publicznych

Środkiem komunikacji elektronicznej nie jest każdy sposób komunikacji z zastosowaniem narzędzi elektronicznych, jednakże katalog ten jest dość szeroki. Zgodnie z definicją ustawową zawartą w art. 7 pkt 23 p.z.p. przez pojęcie „środków komunikacji elektronicznej” należy rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu ustawy z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹⁸. Zalicza się do nich rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności pocztę elektroniczną (art. 2 pkt 5 u.ś.u.d.e.). Polski ustawodawca zrezygnował przy tym z kazuistycznego zdefiniowania tego pojęcia – zakładając, że szybkość rozwoju technicznego w tej dziedzinie szybko mogłaby spowodować konieczność nowelizacji stosownej regulacji prawnej¹⁹. Pojęcie środka komunikacji elektronicznej zazwyczaj ujmuje się w piśmiennictwie w znaczeniu funkcjonalnym, zaliczając do tej kategorii pocztę elektroniczną oraz zbliżone technologie²⁰. O ile – przynajmniej teoretycznie – komunikacja taka mogłaby się więc odbywać za pomocą poczty elektronicznej, co nie wymaga wykorzystywania jakichkolwiek złożonych elektronicznych systemów wspomagających, o tyle w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, wniosek, o którym mowa w art. 371 ust. 3 p.z.p., oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., składa się – pod rygorem nieważności – w formie elektronicznej (art. 63 ust. 1 p.z.p.). Muszą być bowiem podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym²¹, a sposób ich przekazywania powinien spełniać dodatkowe wymagania określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków

¹⁸ Ustawa z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1513 ze zm.; dalej jako: u.ś.u.d.e.

¹⁹ Zob. D. Lubasz, W. Chomiczewski, Komentarz do art. 2 u.ś.u.d.e. – D. Lubasz, M. Namysłowska (red.), Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną [w:] Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw, Warszawa 2011, e-LEX.

²⁰ Zob. M. Gumularz, Komentarz do art. 2 u.ś.u.d.e. [w:] Świadczenie usług drogą elektroniczną. Komentarz, Warszawa 2019, e-LEX. Por. jednakże wyrok WSA w Warszawie z 5 grudnia 2006 r., III SA/Wa 1836/06, LEX nr 295045.

²¹ R. Szostak, Nowe prawo zamówień publicznych – niektóre dylematy wdrożeniowe, cz. 1, Zam. Pub. Dor. 2021, 1, s. 22; K. Tomaszewska, Zagadnienie pełnej elektronizacji zamówień publicznych – wybrane aspekty, PUG 2022, 1, s. 40; W. Dzierżanowski, Elektronizacja zamówień publicznych. „Radca Prawny” 2019, 1, ss. 24 i 25.

komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie²² – które umożliwiają w szczególności: identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące, zachowanie poufności i integralności danych w ramach wymiany i przechowywania tych dokumentów, ochronę przed nieautoryzowanym dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia, możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów wyłącznie osobom uprawnionym, możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w dokumentach – podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu²³. Zob. § 11 ust. 1 r.w.ś.k.e. Wykorzystywane środki komunikacji elektronicznej muszą zapewniać zachowanie integralności, autentyczności, nienaruszalności danych i ich poufności w ramach wymiany i przechowywania informacji, w tym zapewniających możliwość zapoznania się z ich treścią wyłącznie po upływie terminu na ich składanie.

Użycie środków komunikacji elektronicznej służących do odbioru dokumentów elektronicznych zawierających wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 p.z.p., oferty oraz prace konkursowe – wymagają udostępnienia przez zamawiającego zainteresowanym wykonawcom informacji na temat specyfikacji połączenia, formatu przesyłanych danych oraz szyfrowania i oznaczania czasu przekazania i odbioru danych oraz jest uzależnione od podania danych umożliwiających jednoznaczną identyfikację użytkownika, a także akceptacji zasad korzystania ze środków komunikacji elektronicznej udostępnianych przez zamawiającego, o ile zostały one określone (§ 11 ust. 2 i 3 r.w.ś.k.e.).

Środki komunikacji elektronicznej w postępowaniu lub konkursie służące do odbioru dokumentów elektronicznych zawierających oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p., podmiotowe środki dowodowe, w tym oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 p.z.p., oraz zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, przedmiotowe środki dowodowe, pełnomocnictwo, dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 p.z.p., oraz informacje, oświadczenia lub dokumenty, inne niż dokumenty elektroniczne zawierające wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub konkursie, wnioski, o których mowa w art. 371 ust. 3 p.z.p., oferty oraz prace konkursowe – muszą umożliwiać identyfikację podmiotów przekazujących te dokumenty elektroniczne oraz ustalenie dokładnego czasu i daty ich odbioru (§ 12 r.w.ś.k.e.).

²² Dz.U. z 2020 r., poz. 2452. Dalej jako: r.w.ś.k.e.

²³ Por. J.E. Nowicki, *Komentarz do art. 68 p.z.p.* [w:] J.E. Nowicki, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych*, Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2023, e-LEX.

Na marginesie należy zauważyć, że typowe problemy związane z korzystaniem z poczty elektronicznej (m.in. automatyczne usuwanie załączników z wiadomości, blokowanie podejrzanych wiadomości, umieszczanie wiadomości w spamie, blokowanie wiadomości ze zbyt obszernymi załącznikami) mogłyby w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skończyć się jego unieważnieniem – ze wszystkimi dodatkowymi konsekwencjami.

Ponadto zarządzanie tylko kilkoma postępowaniami rocznie za pomocą poczty elektronicznej byłoby zapewne wykonalne; większa liczba postępowań tak obsługiwanych mogłaby natomiast doprowadzić do chaosu organizacyjnego.

Wartość zamówienia determinuje formę komunikacji uczestników postępowania w przedmiocie zamówień publicznych. Zgodnie z intencją ustawodawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne ofertę czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Natomiast w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę czy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Wykonawca musi znać zasady komunikacji z zamawiającym. Aby nie doszło do dyskryminacji wykonawców, zamawiający ma obowiązek określenia na początku postępowania sposobu, w jaki będzie komunikował się z wykonawcami. W tym celu zamawiający zamieszcza w ogłoszeniu wszczynającym postępowanie lub w dokumencie zamówienia wszczynającym postępowanie informacje o środkach komunikacji elektronicznej, z użyciem których będzie się komunikował z wykonawcami, oraz informacje o wymaganiach technicznych i organizacyjnych sporządzania, wysyłania i odbierania korespondencji elektronicznej.

Wyzwania i zagrożenia związane z elektroniczną postępowaniem w sprawie zamówień publicznych

Elektronizacja postępowań unijnych ukazała najbardziej problematyczne kwestie tego procesu, których – jak można przypuszczać – należy spodziewać się także w postępowaniach krajowych. Przykładami takich problemów są:

- ◆ dopuszczalność złożenia skanu oferty;
- ◆ właściwa forma pełnomocnictwa w postępowaniu elektronicznym;
- ◆ określenie poprawnego formatu plików dopuszczalnego dla przesyłanych ofert;
- ◆ definiowanie certyfikatu kwalifikowanego.

W związku z pełną elektronizacją zamawiający musi mieć dostęp do platformy zakupowej. Koszty prowadzenia postępowań po stronie zamawiającego w związku z cyfryzacją zamówień nie wzrosły, jeśli zamawiający zdecydował się skorzystać przy prowadzeniu procedury z ogólnodostępnej i bezpłatnej platformy e-Zamówienia. Elektronizacja zamówień publicznych pozwala także na generowanie oszczędności po stronie zamawiających – w związku z brakiem konieczności wytwarzania w formie tradycyjnej (papierowej) wielu dokumentów i następnie ich archiwizowania. Rzecz jasna koszty udziału w postępowaniu po stronie wykonawców wzrosły natomiast wówczas, gdy wykonawca nie dysponował dotychczas podpisem elektronicznym i musiał na potrzeby postępowań w sprawie zamówień publicznych go uzyskać.

Podsumowanie

Na pełną aprobatę bez wątpienia zasługuje generalna idea elektronizacji – a co za tym idzie usprawnienia i przyspieszenia postępowań w sprawach z zakresu zamówień publicznych – przyświecająca krajowemu prawodawcy w jego działalności legislacyjnej, której rezultatem są nowe regulacje prawne. Oczywiście nie można zarazem wprost stawiać znaku równości między postępowaniem przeprowadzonym sprawnie a przeprowadzonym prawidłowo, lecz należy raczej – w ramach poszukiwania złotego środka – ustalić właściwy balans pomiędzy tymi założeniami. Niemniej wspomniane zamierzenie prawodawcy winno respektować uniwersalne standardy ochrony praw podmiotowych uczestników obrotu gospodarczego, wyznaczone przepisami Konstytucji RP, prawa unijnego i krajowego.

Abstrakt

W opracowaniu wskazano podstawowe korzyści i zagrożenia związane z postępującą elektronizacją krajowego procesu zamówień publicznych. Historycznie elektronizacja zamówień publicznych w polskim systemie prawnym polegała na wdrożeniu trzech podstawowych postulatów w kwestii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pierwszy postulat dotyczył publikacji ogłoszeń elektronicznych. Efektem jego wdrożenia jest sprawnie działający portal zamówień publicznych, za pośrednictwem którego wszyscy zamawiający publikują ogłoszenia o zamówieniach w biuletynie elektronicznym.

Drugi postulat dotyczący elektronizacji postępowania o zamówienie publiczne dotyczył zapewnienia dostępności dokumentów zamówienia (sporządzonych przez zamawiającego) w formie elektronicznej; dokumenty te umożliwiają wykonawcom zapoznanie się

z opisem przedmiotu zamówienia lub warunkami zamówienia. Jak pokazuje wieloletnia praktyka, dokumenty te generalnie są zawsze prawidłowo zamieszczane na stronie internetowej zamawiającego.

Trzeci postulat nadal wydaje się najtrudniejszy do pełnej realizacji. Dotyczy on zapewnienia w pełni elektronicznej komunikacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami – na każdym etapie postępowania.

Ogólna idea elektronizacji – a co za tym idzie usprawnienia i przyspieszenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego – przyświecająca ustawodawcy krajowemu niewątpliwie zasługuje na pełną aprobatę. Nowe prawo zamówień publicznych z 2019 r. jest odpowiedzią na zauważalne potrzeby uczestników gospodarki i wymogi prawa UE.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, postępowanie w sprawie zamówień publicznych, elektronizacja, środki komunikacji elektronicznej, podpis elektroniczny.

BIBLIOGRAFIA

Andała-Sępkowska J., Falkowska M., Kardas B., Stompel M., Elektronizacja zamówień publicznych 2018. Praktyczny komentarz. Pytania i odpowiedzi. Tekst ustawy. Warszawa 2018.

Arkuszevska A., Informatyzacja postępowania arbitrażowego, Warszawa 2019.

Demendecki T., Sztuczna inteligencja a postępowania sądowe – procedury prawne, Warszawa, 2021.

Dzierżanowski W., Elektronizacja zamówień publicznych, „Radca Prawny” 2019, 1.

Flaga-Gieruszyńska K., Gołaczyński J., Szostek D. (red.), Informatyzacja postępowania cywilnego: teoria i praktyka, Warszawa 2016.

Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, e-LEX 2024.

Gumularz M., Świadczenie usług drogą elektroniczną Komentarz, Warszawa 2019, e-LEX.

Janowski J., Informatyka prawa. Zadania i znaczenie w związku z kształtowaniem się elektronicznego obrotu prawnego, Lublin 2011.

Kosowski J., Kierunki skutecznej elektronizacji procesu karnego, „Biuletyn Stowarzyszenia Absolwentów i Przyjaciół Wydziału Prawa KUL” 2022, tom XVII, 19, 1.

Lubasz D., Namysłowska M. (red.), Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną [w:] Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw, Warszawa 2011, e-LEX.

Nowicki J.E., Wiśniewski P., Prawo zamówień publicznych, Komentarz, wyd. 5, Warszawa 2023, e-LEX.

Stefański R.A. (red.), Srebrna księga jubileuszowa upamiętniająca XXV-lecie Wydziału Prawa i Administracji, Warszawa 2023.

Stompel M., Elektronizacja zamówień publicznych, e-LEX 2017.

Szostak R., Nowe prawo zamówień publicznych – niektóre dylematy wdrożeniowe, cz. 1, „Zamówienia Publiczne Doradca” 2021, 1.

Tomaszewska K., Zagadnienie pełnej elektronizacji zamówień publicznych – wybrane aspekty, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2022, 1.



Magdalena Dziedzic*

Selected Aspects of Electronicization of the Construction Process

[Wybrane aspekty elektronizacji procesu budowlanego]

Abstract

The trend towards the increasingly widespread use of new digital technologies is becoming clear in all areas of the economy. The ability to quickly adapt and respond to the dynamics of changes is the basis for gaining a competitive advantage. To a large extent, this trend has clearly accelerated during the global pandemic. A similar situation occurs in the investment and construction process. In February 2021, the first stage of digitization of the investment and construction process took place, allowing for the submission of certain applications, notifications and declarations in electronic form via the e-Construction portal run by the General Office of Building Supervision. From 1 August 2022, the regulations regarding the Central Register of Persons with Construction Licenses (e-CRUB system) have been in force, and from 1 and 27 January 2023, respectively, regulations introducing the Digital Construction Object Book (c-KOB system) and the Electronic Construction Journal system (EDB system) came into force, replacing these documents in paper form. The Ministry of Development and Technology is working intensively on another major amendment to the construction law, which, according to the draft published on November 16, 2022, provides for, among other things, acceleration of the current changes and complete digitization of the investment and construction process. For this purpose, the Construction Project Database and the System for Handling Administrative Proceedings in Construction will be created. The digitization of the construction process is a necessity, and the changes introduced are a response to the needs of both citizens and participants of the investment and construction sector. The paper presents and analyzes the most important digital platforms used in the investment and construction process.

Keywords: electronicization, digitalization, construction law, new technologies, construction process.

* **Magdalena Dziedzic** – PhD in Law, Assistant Professor, European University of Law and Administration in Warsaw (affiliation); <https://orcid.org/0000-0003-0649-1763>; mdziedzic@ewspa.edu.pl / dr nauk prawnych, adiunkt, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie (afiliacja).

Introductory Notes

The trend towards the increasingly widespread use of new digital technologies is becoming visible in all areas of the economy. The ability to quickly adapt and respond to the dynamics of changes and investments in technological development are the foundations of gaining a competitive advantage. To a large extent, this trend has clearly accelerated during the global pandemic. A similar situation occurs in the investment and construction process. In recent years, a number of initiatives have been undertaken as part of the digitization of the investment and construction process, and in the near future we can expect a further use of new digital technologies in this field. As a result, we are currently dealing with the gradual digitization of the investment and construction process, which in practice comes down to, among other things, replacing paper forms of documentation with their electronic equivalent and introducing various types of electronic registers.

The digitization of the construction process is a necessity, and at the same time it creates many opportunities to streamline all stages of the investment and unify the interpretation of regulations. It allows, among other things, to reduce the costs and space required for maintaining documentation archives. Digitization affects the way of work and communication between designers, investors and contractors. The basic assumption of digitization is to streamline the management of the investment and construction process by its participants. The main postulates of digitization in construction are transparency, compliance with generally applicable legal regulations, as well as saving time and reducing the costs of handling matters. The changes introduced in construction regulations are a response to the needs of citizens and participants of the investor sector.¹

In order to discuss the electronicization of construction law, it is worth referring to the computerization and informatization process that took place earlier. Computerization, as indicated, consists in the introduction of computers and computer methods of information processing,² thus replacing manually completed forms with electronic forms, paper archives with databases and introducing e-mail or internet communicators as the proper communication system. Computerization, i.e. the use of computer tools instead of the previous paper methods of operation, aims to implement unrelated

¹ Full digitalization in construction is not a revolution, but a need and expectation of citizens and the industry | General Office of Building Supervision (gunb.gov.pl); according to the Chief Inspector of Building Supervision "A change in approach to the investment process, which introduces full digitalization of the construction process, is not only a pro-ecological alternative or a sudden revolution, but a solution awaited for years by many parties to the process. Elimination of dualisms and simplification of regulations is a natural evolution that organizes the already functioning tools and procedures", <https://e-budownictwo.gunb.gov.pl/> [accessed: 20.01.2025].

² Słownik języka polskiego PWN [accessed: 25.03.2025].

computer tools that improve the performance of employees' official duties or ensure their better quality. The basis for computerization of proceedings in the field of construction law is the assumption that the use of modern information technologies will increase efficiency and streamline the relevant procedures. This seems to be a correct assumption.

Informatization, on the other hand, as a process following computerization, consists in the rational use of previously entered data into computer systems to the greatest possible extent allowed by other computer systems. Informatization is an integral element of shaping the information society. The information society is characterized by the preparation and ability to use information systems, it is computerized and uses telecommunications services to transmit and remotely process information.³ The basic requirement that must be met for a society to be considered an information society is an extensive, modern telecommunications infrastructure, which covers all citizens and broad information resources available to everyone. The development of the information society inevitably requires state bodies to create effective access to appropriate information resources, as well as to propose an appropriate range of public services provided in the telecommunications system.⁴

Information technology is a natural tool for streamlining the activities of state bodies on a previously unimaginable scale – both in terms of the speed of proceedings and their quality. The only question is at what pace and with what technical, organizational and mental obstacles it will be possible to implement solutions using the enormous resources of possibilities inherent in the computerization process as widely as possible.⁵

Electronicization, on the other hand, means introducing electronic devices into law. The process of electronicization in law covers more and more areas and fields, the most important of which certainly seem to be the digitization of documents and handling official matters online. Electronic document circulation (e.g. within an office) offers many other benefits, such as increased data security. In many areas, we are observing further processes of electronicization (i.e. taking place exclusively or mainly digitally), this applies in particular to construction law, public procurement processes, insolvency law and civil procedure.

The electronicization of processes in various fields has intensified during the COVID-19 pandemic. Of course, the first solutions transferring traditional procedures to a digital framework appeared much earlier. However, the fact is that the situation at the beginning of 2020 required the quick and efficient

³ I Kongres Informatyki Polskiej, Poznań 1994, after: J. S. Nowak, *Spółeczeństwo informacyjne – geneza i definicje*, Katowice 2008, p. 1 [accessed: 20.03.2025].

⁴ K. Flaga-Gieruszyńska, *Nowe oblicze prawa i informacji o prawie w dobie informatyzacji* [in:] *Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka*, K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (eds), Warszawa 2016, p. 1.

⁵ *Ibid.*, p. 2.

introduction of appropriate tools and measures. In practice, a number of benefits resulting from the electronicization of processes and the digitalisation of documentation are indicated, including the acceleration and facilitation of the work of offices, lower costs of running the office, including energy savings, easier access to information, pro-ecological action in the form of eliminating paper, and increased security of the organisation and data collection. Unfortunately, like any new technology, in addition to benefits, it also carries risks. The biggest challenge for the process of informatization of different proceedings is to build security measures that will protect the parties to the proceedings against the leakage of their personal data, case data to the wrong people, but also to integrate the systems already in operation to make the whole thing even faster and more transparent.

It is worth mentioning several legal acts that played an important role in the government project of digitizing the investment and construction process.⁶ On 10.08.2022, the Act of 7.07.2022 amending the Building Law Act and certain other acts, aimed at digitizing the investment and construction process, entered into force. Next, on 27.01.2023, the regulation of the Minister of Development and Technology of 22.12.2022 on the construction log and the Electronic Construction Log system⁷ came into force, while on 1.01.2023, the regulation of the Minister of Development and Technology of 15.12.2022 on the construction object book and the Digital Construction Object Book system came into force.⁸

The process of electronicization of the investment and construction process will continue, as the Ministry of Development and Technology has announced the creation and implementation of the Administrative Proceedings Service System in Construction, which is to become a comprehensive tool integrating access to all existing digital platforms that affect the efficient handling of cases by construction authorities.

The following digital tools will be analyzed in this study: the e-construction portal – as a gateway to the digital services of the General Office of Building Supervision; then EDB – electronic construction log and c-KOB – electronic book of a construction object; then e-CRUB – the central register of persons with construction licenses and punished for professional liability in construction, and SOPAB – the system for handling administrative proceedings in construction. The final part of the work will present the conclusions.

⁶ Ustawa z 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw (Dz.U 2022, poz. 1557).

⁷ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 22 grudnia 2022 r. w sprawie dziennika budowy oraz systemu Elektroniczny Dziennik Budowy (Dz.U. 2023, poz. 45).

⁸ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 15 grudnia 2022 r. w sprawie książki obiektu budowlanego oraz systemu Cyfrowa Książka Obiektu Budowlanego (Dz.U. 2022, poz. 2778);

E-Construction Portal: A gateway to the digital services of the General Office of Building Supervision

The General Office of Building Supervision began activities aimed at digitizing the investment and construction process in 2020. Previously, handling any official matters related to construction in general was impossible electronically. For designers and engineers, this involved many problems, which came down to the long-term issuance of building permits and authorizations.

On the one hand, the documents necessary at the construction site, for example the construction log, were in paper, not electronic, which often resulted in gaps in the documentation. On the other hand, most offices did not have the appropriate software to handle matters related to construction, and outdated equipment prevented them from working efficiently with electronic documentation. As a result, construction administration offices had a problem with an excess of documentation in paper form.

The most visible manifestation of the electronicization of the investment and construction process is the e-construction portal.⁹ This portal allows you to generate applications in the field of architectural and construction administration on digital forms, then sign them electronically and send them to the appropriate authorities using the ePUAP platform via the Internet. In this way, investors can safely and quickly carry out the investment and construction process in one place, including obtaining a building permit, submitting an application for demolition, submitting an application for a construction notification or for transferring a decision on a building permit.¹⁰

The digitalization of the process of submitting construction applications began in February 2021. The legal basis for the operation of the portal is the provisions contained in Chapter 7a of Building Law, in Articles 79a to 79k. Article 79a, paragraph 1 lists a closed catalogue of documents covering applications, notifications, declarations and notices, which can be generated via the e-construction portal. The detailed content of individual applications has been specified in implementing acts – regulations issued on the basis of individual provisions of the Building law. Currently, the e-Construction portal already contains 31 forms of construction applications, notifications and declarations, which are necessary to effectively initiate all administrative proceedings required before the commencement of the investment. Their templates are consistent with the regulations issued by the Minister responsible for construction, spatial devel-

⁹ <https://e-budownictwo.gunb.gov.pl/> [accessed: 22.01.2025].

¹⁰ E. Janiszewska-Kuropatwa, *Komentarz do art. 79a [in:] Prawo budowlane. Komentarz*, Z. Niewiadomski (ed.), Warszawa 2024.

opment and housing on the basis of statutory authorizations from the Building law¹¹ and the Act on special development plan.¹²

The portal, available on the website of the General Office of Building Supervision, contains complete sets of applicable forms, applications, notifications and building declarations in an editable version. These templates are to be helpful in creating paper versions of documents in order to send them in traditional form to the offices of the relevant building authorities. Creating such possibilities and collecting all the building form templates in one place is undoubtedly a great convenience for investors. The application can be filled in on the website, it is extensively commented on, so as to guide the investor through the given procedure.

As mentioned above, the e-Construction portal is intended to support the investor in the process of generating applications, notifications, reports and declarations required in investment procedures regulated by the provisions of Building Law, but also other acts – depending on the needs and decisions of the Chief Inspector of Building Supervision. An example is the application for issuing a decision on the conditions of development and land development, the template of which was established on the basis of the act on the spatial development plan, as an important element of the investment procedure it was placed on the e-Construction portal.

The ability to generate applications on the e-Construction portal requires the creation of an individual account, protected against access by third parties by a password or authentication using an electronic identification means issued in the electronic identification system connected to the national electronic identification node (e.g. using the ePUAP trusted profile). Individual user accounts on the e-Construction portal are used to generate and store all previously prepared construction applications. In accordance with Art. 79a sec. 3, generating a document consists of completing a form on the e-Construction portal and saving the completed form as a computer file outside the e-Construction portal or printing it out.¹³ The account user may delete the account on the e-Construction portal at any time. Regardless of this, the account is subject to automatic deletion by the portal after 2 years from the last logging in to this account, and the data collected on it will be automatically deleted.¹⁴

Ultimately, full integration of all available electronic platforms is planned, with e-Construction and ePUAP being the first priority, which will eliminate the need for additional logins and individual authorization in order to, for example, sign an electronic signature and send a document to the electronic mailbox of the relevant office.¹⁵

¹¹ Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz.U. 1994 nr 89, poz. 414), hereinafter: pr. bud.

¹² Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz.U. 2003 nr 80, poz. 717).

¹³ E. Janiszewska-Kuropatwa, *ibid.*

¹⁴ E. Janiszewska-Kuropatwa, *Komentarz do art. 79h [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.).*

¹⁵ D. Kafar, K. Szocik, *Elektronizacja procesu budowlanego [in:] Prawo budowlane 2021. Nowe zasady realizacji inwestycji*, D. Kafar, J. Kornecki (eds), Warszawa 2021, p. 196.

Electronic Construction Log (EDB)

On 10.08.2022, the Act of 7.07.2022 amending the Act – Building Law and certain other acts, aimed at digitizing the investment and construction process, entered into force.¹⁶ As part of the continuation of legislative procedures, on 27.01.2023, the Regulation of the Minister of Development and Technology of 22.12.2022 on the construction journal and the Electronic Construction Journal system came into force.¹⁷ The provisions regulating the principles of maintaining a construction journal, including an electronic construction journal, are included in Chapter 5a of the Building Law Act, in provisions from Art. 47a to 47v.

The construction journal is the most important official document in the investment and construction process, an element of construction documentation, in which the course of construction works and events and circumstances occurring during the performance of construction works, which are important for assessing the technical correctness of the performance of these works, are recorded using entries (manual or digital).¹⁸ Entries in the construction log should be made in a way that results from the order of construction works, events and circumstances indicated in the commented article (Art. 6 sec. 1).¹⁹ Entries are to be made in chronological order, in a way that prevents later additions (Art. 6 sec. 2). Entries are also to be made in a permanent and legible manner (Art. 8).²⁰ The legislator in the commented provision clearly indicates that the construction log is an official document, and therefore the entries recorded therein enjoy the presumption of truthfulness.²¹

The persons authorized to make entries in the construction log are all participants in the construction process, which, in accordance with Art. 17 of Building Law, means that these are the investor, investor's supervision inspector, designer, construction or construction works manager), as well as an authorized surveyor performing surveying activities on the construction site and authorized employees of construction supervision authorities and other authorities authorized to control compliance with the regulations on the construction site. The above-mentioned persons, in order to enable making entries in electronic form, should obtain individual, password-protected access to the EDB system.²²

¹⁶ Dz.U. 2022, poz. 1557.

¹⁷ Dz.U. 2023, poz. 45.

¹⁸ Art. 47a pr. bud.

¹⁹ Dz.U. 2023, poz. 45.

²⁰ T. Kucharski, Komentarz do art. 47a [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.).

²¹ Art. 76 § 2 k.p.a.; K. Sieklicki, Komentarz do art. 47a [in:] Prawo budowlane. Komentarz, D. Okolski (ed.), Warszawa 2024.

²² Art. 47e pr. bud.; D. Kafar, K. Szocik, Elektronizacja..., p. 197.

In the event of the obligation to appoint a construction manager for a specific construction investment, keeping a construction log becomes mandatory.²³ Consequently, the construction works manager is responsible for the veracity of entries made in the construction log, its condition and proper storage on the construction site.²⁴ The responsibility of the construction manager for maintaining the construction log is a detailed description of the obligation provided for in Art. 22 section 2 of Building Law. According to this regulation, the construction manager is obliged to maintain construction documentation. The construction log is, in the light of Art. 3 section 13 Building Law, an element of such documentation. The construction manager is liable under criminal and professional law for irregularities related to maintaining the construction log. The construction manager may also suffer consequences under civil law in connection with maintaining the construction log, in particular in the scope of liability for damages.²⁵

The construction log is kept in electronic or paper form, and in accordance with Art. 47v, the final deadline for issuing construction logs in paper form is December 31, 2029, with the exception of the construction log for construction works in closed areas established by decision of the Minister of National Defense.²⁶ In the industry, certain concerns are expressed related to the complete withdrawal of the construction log in paper form and its replacement with an electronic version in a relatively short time. However, the high cybersecurity standards applied to the EDB system fully protect the interests of those interested and the data stored in this way regarding the construction investment.²⁷

According to the amended content of Art. 47c sec. 3 Building law, the construction journal in electronic form is kept in the Electronic Construction Journal (EDB) system. The EDB system requires one of the following trust services: 1) trusted profile, 2) e-ID, 3) bank account in a bank providing the trust service.²⁸ The investor decides on the form of keeping the construction journal, provided that in the case of choosing EDB, this is the final version of the document. The established legal regulations allow for the continuation in electronic form of a construction journal established and previously kept in paper form.²⁹ In practice, however, the legislator's intention is to ultimately rely on the electronic form of the document. In fact, in the case of construction started before the date of entry into force of the regulation of the Minister of Development and Technology of 22.12.2022 on the construction journal and

²³ Art. 45 pr. bud.

²⁴ Art. 47d pr. bud.; K. Sieklicki, *Komentarz do art. 47d [in:] Prawo..., D. Okolski (ed.)*.

²⁵ K. Kucharski, *Komentarz do art. 47d [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.)*.

²⁶ Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z 18.07.2003 r. w sprawie terenów zamkniętych niezbędnych dla obronności państwa (Dz.U. nr 141, poz. 1368).

²⁷ A. Sławińska, *Elektroniczny dziennik budowy oraz cyfrowa książka obiektu budowlanego, 'Nieruchomości' 2024, 1, p. 22*.

²⁸ A. Sławińska, *Elektroniczny..., p. 23*.

²⁹ Art. 47k pr. bud.; K. Sieklicki, *Komentarz do art. 47d [in:] Prawo..., D. Okolski (ed.)*.

the Electronic Journal system, i.e. before 27.01.2023, construction journals in the traditional form remain valid and kept on the previous principles.

The application for the issuance of a construction log in electronic form is made in the EDB system. This involves the relevant authority assigning an identification number and providing the investor with access to the EDB system. The remaining persons listed above who have the right to make entries in the construction log obtain access to the EDB from the investor, as a key participant in the construction process, after previously registering individual accounts in the system, protected against access by third parties. These persons, to whom the investor has entrusted tasks, introduce in the system the acceptance of these tasks within a specified time for execution by making an appropriate entry in the EDB. In practice, this means that it is the investor who decides on access to the construction log in the EDB electronic system or on depriving such access. The situation is different for architectural and construction administration bodies, construction supervision and other public administration bodies authorized to carry out inspections during construction. In the case of these bodies, access to the EDB is provided by the Chief Inspector of Construction Supervision or an entity authorized by him.³⁰

The construction manager, as the entity responsible for keeping the construction log, upon completion of construction works independently assigns the EDB the “closed” status using the EDB system, bypassing additional formalities.³¹

The digitalization of the investment and construction process in the discussed scope contributes to the increased availability of making entries without being present at the construction site and greater transparency of the progress of works. The EDB system forces participants of the construction process to self-discipline by making current entries for individual construction works, because failure to do so constitutes a serious deviation and requires an appropriate justification registered in the EDB.³²

The construction log in a digital version increases the possibilities of carrying out inspections by the bodies authorized to do so during the realization of the investment. A positive effect of maintaining a digital construction log is the prevention of retroactive additions to entries, which was unfortunately quite a common practice. The EDB system forces participants of the investment and construction process to make systematic and timely entries. As a result, all participants of the investment, who have active access to the EDB, have guaranteed access to the construction log with entries that are current at a given moment.

³⁰ D. Kafar, K. Szocik, *Elektronizacja...*, p. 197.

³¹ Art. 471 pr. bud.; K. Kucharski, *Komentarz do art. 471 [in:] Prawo...*, Z. Niewiadomski (ed.).

³² A. Sławińska, *ibid.*

Electronic Book of a Construction Object (c-KOB)

On 1.01.2023, the regulation of the Minister of Development and Technology of 15.12.2022 on the construction object book and the Digital Construction Object Book system came into force.³³ The provisions regulating the principles of maintaining the construction object book, including the electronic construction object book, are included in Chapter 5d of Building Law, in the provisions from Art. 60a to Art. 60r.

The c-KOB system is an ICT system within the meaning of Art. 3 point 3 of the Act on the computerization of the activities of entities performing public tasks³⁴. Within the meaning of the Telecommunications Law,³⁵ an ICT system is a set of cooperating IT devices and software ensuring the processing, storage, as well as sending and receiving data via telecommunications networks using a terminal device appropriate for a given type of network within the meaning of the regulations.

Establishing and maintaining a building object book is obligatory for buildings whose architectural and construction design is subject to verification in terms of compliance with the provisions of generally applicable law, including technical and construction conditions (multi-family buildings, industrial buildings, warehouses or factory buildings). Similarly, according to the indicated criterion, a building object book is not necessary for buildings of simple and uncomplicated construction (single-family buildings, farm or storage buildings, construction objects subject to notification).³⁶

The building book contains notes and information on periodic inspections of the technical condition of the building, installations and pipes, technical inspections and expert opinions, repairs or other construction works and any circumstances affecting the manner of use of the building by the owner or manager.³⁷

The c-KOB system allows for placing notes and information regarding the building in an electronic version and managing them in an efficient and mobile manner by owners or managers of building objects. The c-KOB system is also to guarantee that only entities authorized to do so may update data or correct the entered entries and only within the scope of the entries they have made. The system contains security measures that prevent the deletion and

³³ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Technologii z 15 grudnia 2022 r. w sprawie książki obiektu budowlanego oraz systemu Cyfrowa Książka Obiektu Budowlanego (Dz.U. 2022, poz. 2778);

³⁴ Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne z 17 lutego 2005 r. (Dz.U. nr 64, poz. 565).

³⁵ Ustawa z 16.07.2004 r. Prawo telekomunikacyjne (tekst jedn. Dz.U. 2024, poz. 34 ze zm.).

³⁶ K. Niekrasz-Gierejko, *Cyfrowa książka obiektu budowlanego – analiza przepisów i wskazówki praktyczne*, 'Nieruchomości' 2024, 9, p. 5.

³⁷ K. Kucharski, *Komentarz do art. 60a [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.)*.

modification of the entered data.³⁸ Building supervision authorities and other bodies or services authorized to control compliance with regulations regarding the maintenance of building objects or to conduct rescue operations in order to obtain access to the c-KOB system from the Chief Building Inspector and other bodies are required to submit an application. The application should indicate at least: the time for which access is to be granted, the scope to which access is to be granted, the purpose justifying the granting of access. Refusal to grant access on request is made by means of a decision.³⁹

Each building book kept in electronic form is assigned an individual number in the c-KOB system. In addition, the system verifies whether there is a building book for the building with the indicated location, thus preventing data duplication. The digital form of the building book kept in the c-KOB system allows the owner or property manager to more effectively manage required technical inspections or other inspections of the building. Consequently, this increases the safety and comfort of people living in buildings covered by the c-KOB system, which serves the common good. Similarly to the EDB system platform, in the case of the digital KOB, mobile management is more effective and convenient than traditional verification of the paper building book.⁴⁰ Up-to-date technical inspections also eliminate the fear of paying administrative penalties for the improper technical condition of the building and out-of-date technical inspections.⁴¹

Central Register of Persons with Construction Licenses and Punished for Professional Liability in Construction (e-crub)

The package of amendments to the Building Law Act adopted on 7 July 2022 also included the principles of maintaining the central e-CRUB register, which is an IT system within the meaning of Art. 3 point 3 of the Act of 17 February 2005 on the computerization of the activities of entities performing public tasks. This register includes persons with construction licenses and those punished for professional liability in construction. These rules can be found in many places in the Act and partially replace the current principles of maintaining such a register. As in the case of other electronic systems implemented by the amendment to the Construction Law Act of 7 July 2022, the Chief Inspector of Building Supervision is responsible for creating and ensuring the efficient operation of e-CRUB.

³⁸ K. Sieklicki, *Komentarz do art. 60h [in:] Prawo..., D. Okolski (ed.)*.

³⁹ K. Sieklicki, *Komentarz do art. 60l [in:] Prawo..., D. Okolski (ed.)*.

⁴⁰ A. Sławińska, *Elektroniczny..., p. 24*.

⁴¹ A. Sławińska, *Elektroniczny..., p. 25*.

The Act of 7 July 2022 amending the Building Law Act added provisions to the content of the commented article, according to which copies of construction licenses and copies of decisions on penalties for professional liability in construction are documented in the e-CRUB system.⁴² These regulations state that the Chief Inspector of Building Supervision provides access to the e-CRUB system to: architectural and construction administration bodies and construction supervision bodies as well as professional self-government chambers.⁴³ Participants in the construction process, entered into the e-CRUB system, will not have to submit a paper copy of the authorisation to the architectural and construction administration bodies.

Paragraph 2 of Article 88a of Building Law specifies the scope of registration data. Information regarding the name and surname of the person holding the building permit; the province where the person holding the building permit resides; professional titles and academic degrees and titles held; the number of the decision concerning the granted building permits; the number, specialty and scope of the building permits; membership in the relevant regional chamber of professional self-government, including information on suspension of membership rights; correspondence address, telephone number, e-mail – with the consent of the person holding the building permit expressed in writing (electronically or in paper form) will be published on the webpages of the General Office of Building Supervision. This will allow all interested parties to access information on the status of a specific person executing a construction project or acting as a checking designer, construction manager or investor supervision inspector. It is not required to create a special individual account in this respect.

Applications for entry into the central register of persons punished for professional liability must include a final decision on the penalty under the professional liability procedure in construction, a completed personal form referred to in § 5 section 1 of the regulation,⁴⁴ and a completed penalty form, the template of which is specified in Annex No. 5 to the regulation on templates and the method of maintaining in electronic form central registers of persons with construction qualifications and punished for professional liability in construction. For persons subject to entry, registration files are collected, including documents constituting the basis for entry into the register. Third parties may not have access to the registration files.⁴⁵

⁴² R. Tymiec, A. Kornecka, *Komentarz do art. 88a [in:] Prawo..., D. Okolski (ed.)*.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Transportu z 20.04.2023 r. w sprawie systemu Centralny Rejestr Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane (Dz.U., poz. 746).

⁴⁵ T. Asman, E. Janiszewska-Kuropatwa, *Komentarz do art. 88a [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.)*.

System for Handling Administrative Proceedings in Construction (SOPAB)

In December 2021, the Department of Digital Services of the General Office of Building Supervision presented the initial assumptions of the System for Handling Administrative Proceedings in Construction (SOPAB), the users of which will be administrative bodies issuing decisions necessary in investment processes, and above all: architectural and construction administration and construction supervision at all levels.⁴⁶ This is another important stage towards the full digitalization of construction procedures and this entire sector of the economy.

In mid-November 2023, testing of the basic version (MVP) of the SOPAB system began in twenty architectural and construction administration offices throughout the country. The intended changes specified in the government draft act amending the Building Law Act and certain other acts (Parliamentary Printing No. 3336)⁴⁷ include the introduction after Chapter 7a of a new Chapter 7b entitled: “System for Handling Administrative Proceedings in Construction”. This system is to enable a nationwide and integrated service and conduct of administrative proceedings in the field of the construction process. This system will be a connection of all construction administration services, ensuring the coherence of digital processes in this sector. Its operation is to be consistent with the principles of the electronic document management system implemented in the entire government administration. The architectural and construction administration and construction supervision bodies will be able to process data collected in the SOPAB system in order to conduct administrative proceedings as part of the investment and construction process.

It has been proposed to introduce regulations specifying entities to which incidental or permanent access to the system will be granted by the Chief Inspector of Building Supervision, who is the administrator of data processed in the SOPAB system and is responsible for its maintenance and development. The SOPAB system is ultimately planned to be integrated with other systems, in particular with: e-Construction, e-CRUB, Electronic Construction Journal and Electronic Book of a Construction Object, the Construction Products Market Surveillance System (e-SNRWB). It is proposed to create a Construction Project Database within the SOPAB system, in which construction projects will be collected, including plot or land development projects, architectural

⁴⁶ D. Kafar, K. Szocik, *Elektronizacja...*, p. 197.

⁴⁷ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw z 1 czerwca 2023 r. (RPU IX, poz. 3336).

and construction projects and technical projects prepared in electronic form, as well as attachments to projects, applications, notifications and notices received as part of the construction process, posted by users of e-Construction accounts, as required by separate acts.⁴⁸

Conclusions

Legislative changes in the area of the investment and construction process should be considered in a dynamic and progressive aspect (not a completed one). The analyzed legal and electronic instruments have been introduced pretty recently. The phenomenon of digitization of the investment and construction process from the described perspective suggests certain conclusions and observations. Namely, the digitization of the construction sector in Poland is a natural course of events and a necessary derivative of the ubiquitous digitization in the construction area in Europe. The implementation of digital solutions and technologies has become a requirement (not a choice) in order to correspond to European standards and competition on the foreign market. The market demand for the introduction of digital technologies is dictated by the need to reduce costs and streamline the investment and construction process. The digitization of the construction process is also an opportunity to unify the interpretation of regulations and all documentation required during construction. The use of electronic tools and platforms has had a positive impact on the dynamics of construction project realization and has allowed for a reduction in the space required for maintaining documentation archives. Many activities can be completed electronically, bypassing bureaucracy and formalism, which also translates into an increase in the business initiative of entities operating in the construction segment.

The initiatives undertaken to digitize the construction process are a response to voices emerging from many sides, postulating that all procedures should be simplified decisively and as much as possible, because today the construction process and the entire construction industry constitute a great engine of the Polish economy. Finally, it should be noted that for the digitization of the construction process to work correctly, all entities involved in this process must be fully prepared for this.

The electronicization of procedures in the area of construction law brings with it not only the improvement of the proceedings and the work of the authority, but also the transparency of the case management and shortening its duration. Unfortunately, like any new technology, in addition to the expected benefits, it is exposed to threats. One of them is access to data by unauthorized

⁴⁸ E. Janiszewska-Kuropatwa, *Komentarz do art. 79k [in:] Prawo..., Z. Niewiadomski (ed.)*.

persons and the possibility of using this data, blocking the operation of systems, which may slow down the operation of the authority due to the fact that most authorities use electronic systems without using traditional methods. In addition, in integrated systems there may be a lack of current data updates, which is mainly associated for the interested party with the lack of access to current information about the case and the need to obtain it on site.

The biggest challenge for the entire computerization process is to build security measures that will protect the parties to proceedings from leaking their personal data, case data to the wrong people.

The vision of complete computerization of procedures in the area of construction law is real, but it depends on the coexistence of many factors, which were mentioned above. In addition, for the success of the entire process, it is necessary to apply appropriate technical, legal and financial measures. The last factor, which is equally important, is the time needed for the effective implementation of new solutions replacing the existing traditional methods.

Abstrakt

Tendencja do coraz szerszego stosowania nowych technologii cyfrowych staje się wyraźna we wszystkich obszarach gospodarki. Umiejętność szybkiego dostosowania się i reagowania na dynamikę dokonujących się zmian to podstawy uzyskania przewagi konkurencyjnej. W dużej mierze tendencja ta wyraźnie przyspieszyła w czasach ogólnoświatowej pandemii. Podobna sytuacja ma miejsce na gruncie procesu inwestycyjno-budowlanego. W lutym 2021 r. nastąpił pierwszy etap cyfryzacji procesu inwestycyjno-budowlanego pozwalający na składanie niektórych wniosków, zawiadomień i oświadczeń w postaci elektronicznej przez portal e-Budownictwo prowadzony przez Główny Urząd Nadzoru Budowlanego. Od 1 sierpnia 2022 r. obowiązują przepisy dotyczące Centralnego Rejestru Osób Posiadających Uprawnienia Budowlane (systemu e-CRUB), a odpowiednio 1 i 27 stycznia 2023 r. weszły w życie regulacje wprowadzające Cyfrową Książkę Obiektu Budowlanego (system c-KOB) oraz system Elektronicznego Dziennika Budowy (system EDB) – zastępujące te dokumenty w postaci papierowej. W Ministerstwie Rozwoju i Technologii trwają intensywne prace nad kolejną dużą nowelizacją prawa budowlanego, która zgodnie z projektem opublikowanym 16 listopada 2022 r. przewiduje m.in. przyspieszenie dotychczasowych zmian i całkowitą cyfryzację procesu inwestycyjno-budowlanego. W tym celu zostaną utworzone Baza Projektów Budowlanych oraz System do Obsługi Postępowań Administracyjnych w Budownictwie. Cyfryzacja procesu budowlanego jest koniecznością, a wprowadzane zmiany to odpowiedź na zapotrzebowanie zarówno obywateli, jak i uczestników sektora inwestorskiego. W pracy przedstawiono i przeanalizowano najważniejsze platformy cyfrowe wykorzystywane w procesie inwestycyjno-budowlanym.

Słowa kluczowe: elektronizacja, cyfryzacja, prawo budowlane, nowe technologie, proces inwestycyjno-budowlany.

BIBLIOGRAPHY

Informatyzacja postępowania cywilnego. Teoria i praktyka, K. Flaga-Gieruszyńska, J. Gołaczyński, D. Szostek (eds), Warszawa 2016.

Niekrasz-Gierejko K, Cyfrowa książka obiektu budowlanego – analiza przepisów i wskazówki praktyczne, 'Nieruchomości' 2024, 9.

Prawo budowlane 2021. Nowe zasady realizacji inwestycji, D. Kafar, J. Kornecki (eds), Warszawa 2021.

Prawo budowlane. Komentarz, D. Okolski (ed.), Warszawa 2024.

Prawo budowlane. Komentarz, Z. Niewiadomski (ed.), Warszawa 2024.

Sławińska A., Elektroniczny dziennik budowy oraz cyfrowa książka obiektu budowlanego, 'Nieruchomości' 2024, 1.

<https://e-budownictwo.gunb.gov.pl/> [accessed: 22.01.2025].



Łukasz Węgrzynowski*

Orzecznictwo TSUE dotyczące dyrektywy 2014/24

[The CJEU Case Law on Directive 2014/24]

Abstract

One of the most noticeable phenomena in the current legal reality is the increasing influence of European law on the national orders of EU Member States. One of the key elements of this influence is the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU). The Court formally only rules on the interpretation or validity of acts of EU law, but in practice these rulings are also very important at the level of national law. The above statements remain valid also in relation to public procurement. It is therefore worthwhile to take a closer look at the CJEU's jurisprudence on Directive 2014/24. The purpose of the publication, however, is not so much to present the individual rulings in detail as to take a closer look at the Court's workshop – i.e. the way the Court interprets. Such a view seems to have an important practical justification. An analysis of individual rulings of the Court provides, above all, *ex post* knowledge, i.e. it gives an idea of how a given issue is assessed by the Court. Meanwhile, an analysis of the CJEU's rules of interpretation also provides knowledge *pro futuro*, as it provides information as to the interpretative assumptions that may be applied by the CJEU in deciding legal issues in the future.

The analysis carried out has shown that the CJEU's jurisprudence on Directive 2014/24 is extremely complex. The Court interprets Directive 2014/24 in an autonomous manner and refers to other EU law and, in particular, to treaty regulations. The Court applies the rules of linguistic, systemic, purposive and historical interpretation – without, however, indicating a clear preference for any of these rules. The Court also very often refers to the recitals of the Directive. The key interpretative emphasis has been placed on specific interpretative principles, including in particular the principle of equal treatment of contractors (economic operators), the principle of transparency and the principle of proportionality. In contrast, the low importance of the objectives of the Directive is characteristic.

Keywords: Court of Justice of the EU, Directive 2014/24, public procurement, principle of equal treatment of contractors.

* Łukasz Węgrzynowski – dr nauk prawnych, adiunkt, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie (afiliacja), radca prawny; <https://orcid.org/0000-0002-7567-3758>; lwegrzynowski@ewspa.edu.pl / PhD in Law, Assistant Professor, European University of Law and Administration (affiliation), Attorney-at-Law.

Jednym z najbardziej zauważalnych zjawisk w obecnej rzeczywistości prawnej jest coraz intensywniejsze oddziaływanie prawa europejskiego na porządku krajowe państw członkowskich Unii Europejskiej. Jednym z kluczowych elementów tego oddziaływania jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Trybunał formalnie orzeka jedynie o wykładni lub ważności aktów prawa unijnego, jednak w praktyce orzeczenia mają bardzo istotne znaczenie również na płaszczyźnie prawa krajowego¹. Stwierdzenia te pozostają aktualne również w odniesieniu do zamówień publicznych. Warto zatem bliżej przyjrzeć się orzecznictwu TSUE dotyczącemu dyrektywy 2014/24². Chodzi jednak nie tyle o szczegółowe przedstawienie poszczególnych rozstrzygnięć, ile o bliższe przyjrzenie się warsztatowi Trybunału, a więc sposobowi dokonywania przezeń wykładni. Takie spojrzenie wydaje się mieć istotne uzasadnienie praktyczne. Analiza poszczególnych rozstrzygnięć Trybunału daje przede wszystkim wiedzę *ex post*, czyli pozwala zorientować się, jak dana kwestia jest oceniana przez Trybunał. Tymczasem analiza zasad dokonywania wykładni przez TSUE daje również wiedzę *pro futuro*, gdyż dostarcza informacji co do założeń interpretacyjnych, które mogą być stosowane przez TSUE przy rozstrzyganiu zagadnień prawnych w przyszłości.

Uwagi wstępne

Kształt polskiej ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych³ jest w istotnym stopniu determinowany treścią regulacji unijnych. Od razu trzeba jednak zauważyć, że prawo unijne przewiduje cały pakiet regulacji dotyczących zamówień publicznych, a dyrektywa 2014/24 jest tylko jedną z nich⁴. Niemniej to właśnie dyrektywa 2014/24 wydaje się centralnym elementem regulacji dotyczących zamówień publicznych – i to właśnie jej dotyczy najwięcej orzeczeń TSUE⁵. Oznacza to, że przepisy krajowe powiązane z proble-

¹ Problematyka wykładni prawa unijnego jest szeroko omówiona w doktrynie. Z najważniejszych pozycji należy wskazać następujące: A. Kalisz, Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego, Warszawa 2007, ss. 15–218, N. Półtorak, Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowaniu krajowych, Warszawa 2010, ss. 15–1548, W. Rowiński, Wykładnia prounijna w orzecznictwie naczelnych organów władzy sądowniczej, Poznań 2019, ss. 13–290, A. Sołtys, Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2015, ss. 21–724.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L 2014/94/65 z 28.03.2014), określana w tekście jako „dyrektywa 2014/24”.

³ Tekst jedn. Dz.U. z 2024, poz. 1320.

⁴ Szeroko na te temat: P. Bogdanowicz, Kilka uwag w związku z transpozycją „dyrektyw zamówieniowych” do prawa polskiego, EPS 2016, 7, ss. 13–19.

⁵ Problematyka unijnego prawa zamówień publicznych została szerzej przedstawiona w: F. Grzegorzczak, O wdrożeniu niektórych przepisów dyrektywy 2004/18/WE do ustawy Prawo zamówień publicznych z punktu wi-

matyką regulowaną w dyrektywie 2014/24 podlegają oddziaływaniu prawa europejskiego za pośrednictwem orzecznictwa TSUE. Sposób oddziaływania orzecznictwa TS na praktykę krajową jest różny w zależności od charakteru zagadnienia.

W odniesieniu do zagadnień proceduralnych obowiązuje zasada autonomii proceduralnej państwa członkowskiego. Proceduralne reguły realizacji roszczeń unijnych określa prawo procesowe państwa członkowskiego, jednak regulacja musi być zgodna z zasadą równoważności i skuteczności. Natomiast w odniesieniu do zagadnień materialnoprawnych zakres oddziaływania orzecznictwa TS jest teoretycznie szerszy, gdyż nie ma tu odpowiednika zasady autonomii proceduralnej.

Działalność orzecznicza TSUE opiera się na założeniu konieczności współpracy między Trybunałem a sądami krajowymi, stąd też stosowanie prawa unijnego w ramach porządku krajowego powinno przebiegać dwuetapowo. W pierwszym etapie Trybunał dokonuje wykładni kryteriów dotyczących kwestii prawnych związanych ze stosowaniem dyrektywy 2014/24, natomiast w drugim etapie to sąd krajowy powinien dokonać skonkretyzowanej kwalifikacji prawnej danej kwestii – na podstawie wskazanych kryteriów oraz w świetle okoliczności danej sprawy i wszelkich możliwych do zastosowania przepisów prawa krajowego. Daje to sądowi krajowemu swobodę interpretacyjną, która jednak powinna być realizowana z uwzględnieniem założeń wynikających z wykładni prounijnej.

W ramach publikacji skoncentruję się na pierwszym etapie, a więc wykładni dokonywanej przez TSUE. Przedstawię główne zasady wykładni oraz szczegółowe dyrektywy interpretacyjne stosowane przy rozstrzyganiu zagadnień prawnych dotyczących dyrektywy 2014/24. Omówię też kilka innych kwestii związanych z orzecznictwem TSUE w tym zakresie.

Dopuszczalność pytań prejudycjalnych dotyczących dyrektywy 2014/24

Na wstępie rozważań merytorycznych trzeba zauważyć, że większość spraw dotyczących dyrektywy 2014/24 jest rozstrzygana przez TSUE w trybie prejudycjalnym z art. 267 TFUE⁶, w znacznie zaś mniejszym zakresie występu-

dzenia spółek Skarbu Państwa, PZP 2008, 4, passim, E. Lotko, *Zasada efektywności a konkurencyjność polskiego rynku zamówień publicznych*, PUG 2021, 22, ss. 39–45, A. Nowak-Far, *Effet utile, obowiązek bezpośredniego stosowania dyrektyw i wykładnia zgodna – relacje i ograniczenia w kontekście unijnego prawa zamówień publicznych*, EPS 2017, 6, ss. 4–12.

⁶ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 25 marca 1957 r., w brzmieniu ustalonym Traktatem z Lizbony zmieniającym Traktat o Unii Europejskiej, oraz Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską z dniem 1 grudnia 2009 r. (Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864/2 ze zm.), określany w tekście jako „TFUE”.

ją sprawy rozpoznawane w trybie art. 258 TFUE. Regulacja art. 267 TFUE nie upoważnia Trybunału do stosowania przepisów prawa Unii do określonego przypadku, lecz wyłącznie do orzekania w kwestii wykładni traktatów oraz aktów przyjętych przez instytucje Unii Europejskiej; w dodatku w tym zakresie wprowadza również pewne ograniczenia do co dopuszczalności wystąpienia przez sąd krajowy z pytaniem prejudycjalnym. Oznacza to ograniczoną dopuszczalność pytania prejudycjalnego, które musi dotyczyć zagadnień leżących w kompetencji Trybunału. W konsekwencji Trybunał musi dokonać wstępnej oceny dopuszczalności pytania prejudycjalnego. Znaczenie będą tu miały zarówno kwestie natury ogólnoprawnej – przede wszystkim zakres temporalny dyrektywy 2014/24 – jak i przesłanki wynikające z art. 267 TFUE. Warto też podkreślić, że niektóre kwestie szczegółowe są określone w regulaminie⁷.

Największe znaczenie praktyczne mają kwestie temporalne. W tym zakresie Trybunał stosuje zwykle kryteria obiektywne. Przyjmuje, że dopuszczalne są jedynie pytania prejudycjalne dotyczące spraw powstałych po końcowej dacie implementacji dyrektywy do porządku krajowego – w każdym przypadku musi to być data przypadająca już po akcesji państwa członkowskiego do Unii. Tego zagadnienia nie należy jednak mylić z samym temporalnym oddziaływaniem dyrektywy na porządek krajowy, gdyż ta kwestia może być odmiennie uregulowana w prawie krajowym, co nie wpływa na właściwość Trybunału. W odniesieniu do problematyki zamówień publicznych kluczowe będą daty wynikające z art. 90 i 91 dyrektywy 2014/24, a więc przede wszystkim 18 kwietnia 2016 r. Co do zasady ta właśnie data będzie bowiem stanowiła kluczowe kryterium temporalne – jest zatem niezbędne, aby już po tej dacie instytucja zamawiająca wybrała tryb postępowania, który będzie stosować, i ostatecznie rozstrzygnęła kwestię, czy istnieje obowiązek ogłoszenia wcześniej przetargu w celu udzielenia zamówienia publicznego⁸. W sytuacjach granicznych szczegółowa ocena, kiedy nastąpiło wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, może napotkać duże trudności praktyczne⁹. Może się ponadto okazać, że z uwagi na zawartość pytania prejudycjalnego data wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne nie jest kluczowa. Przykładowo Trybunał przyjmuje, że jeśli pytanie dotyczy skutków wykluczenia wykonawcy, to kluczowa jest data wykluczenia¹⁰. W odniesieniu do spraw dotyczących zamówień publicznych charakterystyczne jest, że Trybunał liberalniej stosował kryterium temporalne, jeśli dane zagadnienie było uregulowane zarówno w dyrektywie

⁷ Regulamin postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości, Dz.U. L 265 z 29.09.2012, ss. 1–42, określany w tekście jako: „regulamin”.

⁸ Wyrok TSUE z 25 października 2018 r. (C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), wyrok TSUE z 3.10.2019 (C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829).

⁹ Wyrok TSUE z 3.10.2019 (C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829), wyrok TSUE z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13).

¹⁰ Wyrok TSUE z 26.01.2023 (C-682/2, ECLI:EU:C:2023:48).

2004/18, jak i dyrektywie 2014/24¹¹. Kryterium temporalne nie wpłynie na dopuszczalność pytania prejudycjalnego, jeśli sąd odsyłający błędnie określił przepisy prawa Unii znajdujące zastosowanie w sprawie¹².

Drugim obiektywnym kryterium dopuszczalności pytania prejudycjalnego jest to, czy organ pytający można uznać za „sąd krajowy” w rozumieniu art. 267 TFUE – co podlega weryfikacji przez TSUE. Trybunał ocenia podstawę prawną istnienia organu, jego stały charakter, obligatoryjność jego jurysdykcji, kontradiktoryjność postępowania, stosowanie przez organ przepisów prawa oraz jego niezawisłość (zewnętrzną i wewnętrzną), jak też charakter wykonywanych funkcji w sprawie w której zwraca się do TSUE. W sprawach dotyczących dyrektywy 2014/24 kwestia ta została szerzej omówiona w wyroku TSUE z 26.01.2023 (C-403/21)¹³.

Z art. 267 TFUE wynika, że pytanie prejudycjalne musi dotyczyć kwestii, której wyjaśnienie jest niezbędne do wydania orzeczenia. Generalnie Trybunał stosuje to kryterium liberalnie. Po pierwsze nie weryfikuje ustaleń faktycznych i ocen prawnych dokonanych przez sąd krajowy¹⁴. Po drugie przyjmuje, że to do sądu krajowego należy dokonanie zarówno oceny konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym, jak i znaczenia dla sprawy pytań zadanych Trybunałowi. Jeśli zatem postawione pytania dotyczą wykładni prawa unijnego, Trybunał jest w zasadzie zobowiązany do wydania orzeczenia¹⁵. Trybunał może odrzucić to domniemanie i przyjąć niedopuszczalność pytania prejudycjalnego tylko wówczas, gdy jest oczywiste, że wykładnia prawa wspólnotowego nie ma żadnego związku z rzeczywistością lub przedmiotem sporu przed sądem krajowym, wskazany w pytaniu problem jest natury hipotetycznej bądź w postępowaniu przed Trybunałem nie przedstawiono elementów stanu faktycznego albo prawnego, które są konieczne do udzielenia użytecznej odpowiedzi na pytanie¹⁶. Istotne znaczenie dla oceny będzie miał sposób sformułowania pytania prejudycjalnego, zwłaszcza to, czy zawiera wszystkie elementy z art. 94 regulaminu, choć Trybunał może ustalić pewne kwestie również na podstawie innych informacji zebranych

¹¹ Wyrok TSUE z 25.10.2018 (C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865).

¹² Wyrok TSUE z 10.07.2014 (C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067).

¹³ ECLI:EU:C:2023:47.

¹⁴ Wyrok TSUE z 26.01.2023 (C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47).

¹⁵ Wyroki TSUE: z 11.07.2019 (C-697/17, ECLI:EU:C:2019:599) oraz z 26.03.2020 (C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240), postanowienie TSUE z 25.05.2020 (C-643/19, ECLI:EU:C:2020:388), wyroki TSUE: z 16.06.2022 (C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472), z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970), z 21.12.2023 (C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016).

¹⁶ Wyroki TSUE: z 6.06.2019 (C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472), z 11.07.2019 (C-697/17, ECLI:EU:C:2019:599), z 26.03.2020 (C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240), postanowienie TSUE z 25.05.2020 (C-643/19, ECLI:EU:C:2020:388), wyrok TSUE z 16 czerwca 2022 r. (C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472), wyrok TSUE z 14 lipca 2022 r. (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559), wyroki TSUE: z 1.08.2022 (C-332/20, ECLI:EU:C:2022:610), z 10.11.2022 (C-631/21, ECLI:EU:C:2022:869), z 26.01.2023 (C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47), z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970), z 21.12.2023 (C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016) i z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

w toku postępowania. W sprawach dotyczących dyrektywy 2014/24 Trybunał stwierdzał niedopuszczalność pytania prejudycjalnego z uwagi na jego hipotetyczny charakter¹⁷, brak opisu stanu faktycznego i prawnego wystarczającego do tego, by umożliwić Trybunałowi udzielenie użytecznej odpowiedzi¹⁸, oraz brak wyjaśnienia powodów potrzeby wykładni prawa unijnego i związku tej wykładni ze sprawą¹⁹. Natomiast podstawą przyjęcia niedopuszczalności pytania prejudycjalnego nie jest okoliczność, że wskazana w nim kwestia prawna nie rodzi wątpliwości na poziomie wykładni prawa unijnego. Może to jednak uzasadniać w sposób uproszczony – w formie postanowienia z uzasadnieniem (art. 99 regulaminu).

Podstawowe zagadnienia dotyczące wykładni dyrektywy 2014/24

Trybunał wypracował w orzecznictwie swoiste zasady wykładni, które w jakimś stopniu odbiegają od zasad wykładni przyjętych przez sądy krajowe. Jednoznaczna ocena skali różnic nie jest jednak łatwa, gdyż TSUE nie stosuje jednolitej koncepcji wykładni. Można zaobserwować różne rozłożenie akcentów w procesie interpretacji w zależności od aktu prawnego, którego interpretacja dotyczy. Warto zatem bliżej przyjrzeć się głównym zasadom wykładni wykorzystywanym przy stosowaniu dyrektywy 2014/24.

Najbardziej swoiste kwestie dotyczące wykładni wynikają ze względów bardziej ogólnych, dotyczących charakterystyki dyrektywy 2014/24 jako aktu prawa unijnego, a więc prawa ponadpaństwowego. Po pierwsze: Trybunał dokonuje wykładni prawa unijnego, a nie prawa krajowego. W tym celu może przeprowadzić analizę problematyki z uwzględnieniem wszystkich regulacji prawa pierwotnego i pochodnego Unii, które mogą mieć znaczenie dla ocenianego zagadnienia²⁰. W tym zakresie nie jest związany treścią pytania prejudycjalnego czy skargi. Po drugie: z wykładnią prawa unijnego łączy się problematyka wykładni autonomicznej. W wielu orzeczeniach dotyczących dyrektywy 2014/24 Trybunał powtarzał, że zgodnie z wymogami zarówno jednolitego stosowania prawa unijnego, jak i zasady równości – treści przepisu prawa unijnego, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia swego znaczenia i zakresu,

¹⁷ Wyroki TSUE z 14.07.2022 (C-274/21 i C-275/21 ECLI:EU:C:2022:565) oraz z 21.12.2023 (C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016).

¹⁸ Postanowienie TSUE z 25.05.2020 (C-643/19, ECLI:EU:C:2020:388), wyroki TSUE z 14.07.2022 (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559) oraz z 26.01.2023 (C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47).

¹⁹ Wyroki TSUE: z 8.07.2021 (C-295/20, ECLI:EU:C:2021:556), z 14.07.2022 (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559) i z 1.08.2022 (C-332/20, ECLI:EU:C:2022:610).

²⁰ Wyrok TSUE z 16.06.2022 (C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472).

należy zwykle nadać w całej Unii Europejskiej autonomiczną i jednolitą wykładnię²¹.

Dla orzecznictwa TSUE dotyczącego zamówień publicznych szczególne znaczenie mają art. 49 i 56 TFUE, które sprzeciwiają się stosowaniu wszelkich krajowych środków mogących zakazywać, utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli Unii Europejskiej ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług – zagwarantowanych we wskazanych przepisach traktatu. Ścisłe powiązanie dyrektywy 2014/24 z tymi przepisami traktatowymi potwierdza już motyw 1 dyrektywy, zgodnie z którym udzielanie zamówień publicznych przez instytucje państw członkowskich lub w imieniu tych instytucji musi być zgodne z zasadami TFUE – w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług – a także z zasadami z nich się wywodzącymi, takimi jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości²². W konsekwencji TSUE przyjmuje, że przepisy krajowe, które mogą uniemożliwiać udział oferentów w zamówieniu publicznym mającym transgraniczne znaczenie, mogą stanowić ograniczenie w rozumieniu art. 49 TFUE i 56 TFUE²³. Wskazane przepisy traktatowe mogą wpływać na wykładnię przepisów dyrektywy 2014/24²⁴. Możliwy jest też wariant, że TSUE odwołuje się do „podstawowych zasad TFUE, w szczególności swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług” bez wskazania konkretnych regulacji traktatowych²⁵. Wypada też zauważyć, że powiązanie z art. 49 TFUE i 56 TFUE wykazuje również art. 18 dyrektywy 2014/24²⁶.

Dość istotne znaczenie dla wykładni dyrektywy 2014/24 może mieć Karta praw podstawowych Unii Europejskiej²⁷. W orzecznictwie TSUE dotyczącym dyrektywy 2014/24 wskazuje się, że ustanawiając zasady regulujące sądowe postępowania odwoławcze mające na celu ochronę praw przyznanych przez prawo Unii kandydatom i oferentom, których prawa zostały naruszone przez decyzje instytucji zamawiających, państwa członkowskie muszą gwarantować poszanowanie przyznanych jednostkom w prawie Unii praw, w tym w szczególności prawa do skutecznego środka prawnego i dostępu do bezstronnego sądu, ustanowionych na mocy art. 47 Karty praw podstawowych²⁸.

Wreszcie punkt odniesienia dla wykładni dyrektywy 2014/24 mogą również stanowić przepisy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady

²¹ Wyroki TSUE: z 21.03.2019 (C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234), z 4.06.2020 (C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436) i z 7.07.2022 (C-213/21 i C-214/21, ECLI:EU:C:2022:532).

²² Wyrok TSUE z 6.06.2019 (C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472).

²³ Wyrok TSUE z 10.07.2014 (C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063).

²⁴ Wyrok TSUE z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810).

²⁵ Postanowienia TSUE z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88 oraz C-89/19- C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87).

²⁶ Wyroki TSUE: z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810) oraz z 8.12.2022 (C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973).

²⁷ Dz.U. UE C 2007.303.1 z 14.12.2007.

²⁸ Wyrok TSUE z 26.03.2020 (C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240).

z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. 2004, L 134, s. 114)²⁹, dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. 2014, L 94, s. 1)³⁰, a także inne dokumenty sporządzone przez instytucje unijne³¹.

Bardzo szczególnym zagadnieniem związanym ściśle ze stosowaniem prawa unijnego będzie tzw. bezpośredni skutek dyrektywy 2014/24. Wprawdzie ogólnie przyjmuje się, że dyrektywa nie może sama z siebie tworzyć obowiązków po stronie jednostki, a zatem nie można się na nią powoływać wobec takiej osoby przed sądem krajowym; istotnym wyjątkiem jest jednak możliwość bezpośredniego powołania się na przepisy dyrektywy w odniesieniu do państwa członkowskiego. Należy bowiem unikać sytuacji, w której państwo członkowskie mogłoby odnieść korzyść z naruszenia prawa unijnego, a takim naruszeniem będzie niewątpliwie sytuacja, gdy państwo nie transponowało dyrektywy do prawa krajowego w wyznaczonym terminie lub dokonało niewłaściwej transpozycji. Mając na względzie publiczny status zamawiającego, bezpośredni skutek może mieć duże znaczenie praktyczne w sprawach związanych z zamówieniami publicznymi. W orzecznictwie TSUE przyjmuje się bowiem, że nie ma znaczenia charakter, w jakim dane państwo występuje. Możliwe jest więc powołanie się na bezpośredni skutek dyrektywy zarówno wobec państwa członkowskiego i wszystkich organów jego administracji, jak wobec instytucji lub podmiotów – nawet prywatnych – które podlegają zwierzchnictwu lub kontroli władzy publicznej lub którym państwo członkowskie powierzyło wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym i które dysponują w tym celu uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami³². Kolejnym warunkiem dopuszczalności bezpośredniego powołania się na dyrektywę jest to, że przepisy dyrektywy muszą być bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne. Przez przesłankę „bezwarunkowości” rozumie się brak warunku czy uzależnienia zastosowania konstrukcji z dyrektywy od wydania przez instytucje lub państwa członkowskie jakiegokolwiek aktu. Natomiast przez przesłankę „precyzyjności” rozumie się, że przepisy dyrektywy formułują obowiązek podjęcia określonego zachowania w sposób wyraźny. W jednym z orzeczeń Trybunał przyjął, że art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 należy interpretować w ten sposób, iż jest on bezpośrednio skuteczny. Przewiduje bowiem w sposób wystarczająco precyzyjny i bezwarunkowy, że dany wykonawca nie może zostać wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli wykaże instytucji

²⁹ Wyroki TSUE: z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214), z 17.06.2021 (C-862/19, ECLI:EU:C:2021:493) oraz z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700).

³⁰ Postanowienie TSUE z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88), wyrok TSUE z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13).

³¹ Wyrok TSUE z 17.06.2021 (C-862/19, ECLI:EU:C:2021:493).

³² Wyrok TSUE z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

zamawiającej w sposób zadowalający, iż podjęte środki naprawcze wykazują jego rzetelność pomimo istnienia podstawy wykluczenia, która go dotyczy. W konsekwencji art. 57 ust. 6 tej dyrektywy przewiduje na rzecz tego wykonawcy minimalną ochronę niezależnie od zakresu uznania pozostawionego państwom członkowskim przy określaniu warunków proceduralnych tego przepisu³³. Z podobnych względów przyjęto bezpośredni skutek art. 12 ust. 3 i 4 dyrektywy 2014/24³⁴.

Trybunał podkreśla, że część normatywna unijnego aktu prawnego jest nierozzerwalnie związana z jego uzasadnieniem i w związku z tym w razie potrzeby jego wykładni należy dokonywać z uwzględnieniem powodów, które doprowadziły do jego przyjęcia³⁵. Generalnie funkcja motywów nie jest jednolita. Motyw może być wykorzystany w ramach wykładni językowej³⁶, jednak pojawia się również przy wykładni systemowej, celowościowej, a także historycznej. Może bowiem stanowić element rekonstrukcji kontekstu związanego z ocenianym przepisem³⁷, służyć do rekonstrukcji celu przepisu³⁸ czy też pomóc w wyjaśnieniu jego genezy³⁹. Na różnice co do sposobu wykorzystania motywu dyrektywy 2014/24 w procesie jej wykładni może ponadto wpływać treść samego motywu. Warto bowiem zauważyć, że niektóre motywy ściśle łączą się z poszczególnymi przepisami dyrektywy 2014/24, a inne mają wymiar ogólny. Na wyróżnienie zasługuje tu motyw 5 dyrektywy 2014/24, zgodnie z którym „żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie”. Motyw ten stanowi ogólną wskazówkę interpretacyjną – dotyczącą różnych przepisów dyrektywy 2014/24⁴⁰. Podobną funkcję pełni również motyw 31 dyrektywy 2014/24⁴¹.

Nie rodzi natomiast istotnych odrębności sposób stosowania różnych reguł wykładni przez Trybunał w procesie stosowania przepisów dyrektywy 2014/24. Trybunał zwykle odwołuje się do reguł wykładni językowej, systemowej i celowościowej. Najczęściej stosuje te reguły kolejno, we wskazanej kolejności, jednak bez wyraźnego akcentowania, która z nich jest ważniejsza czy też jaka jest ich wzajemna relacja względem siebie. W mniejszym stopniu odwołuje się do reguł wykładni historycznej i innych instrumentów interpretacyjnych.

³³ Wyrok TSUE z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13).

³⁴ Wyrok TSUE z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

³⁵ Wyrok TSUE z 26.03.2020 (C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240).

³⁶ Wyroki TSUE: z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13), z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

³⁷ Wyroki TSUE: z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

³⁸ Wyroki TSUE: z 21.03.2019 (C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234), z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022) oraz z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48).

³⁹ Wyrok TSUE z 22.12.2022 r. (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

⁴⁰ Postanowienie TSUE z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88), wyrok TSUE z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

⁴¹ Wyrok TSUE z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

Jeśli chodzi o językowe reguły wykładni, to w zależności od problematyki Trybunał może sięgać do znaczenia poszczególnych terminów w języku ogólnym, jak też sięgać do języka prawnego i prawniczego. Przykładowo w jednej ze spraw wskazał, że pojęcie organizacji lub stowarzyszeń „o charakterze niekomercyjnym” można definiować poprzez przeciwstawienie ich podmiotom komercyjnym, utworzonym w celu osiągnięcia zysku⁴². Trybunał sięga również do specjalistycznej terminologii prawniczej. Szczególnie istotny w tym kontekście jest „słowniczek” zawarty w art. 2 ust. 1 dyrektywy 2014/24⁴³. Wykładnia językowa bardzo często polega też na szczegółowej analizie brzmienia całego przepisu i wyciąganiu z niej wniosków interpretacyjnych⁴⁴. Jak już wskazano, w ramach wykładni językowej Trybunał może także sięgnąć do motywu przepisu – zwłaszcza jeśli motyw rozwija treść przepisu dyrektywy – dzięki czemu może wprost wskazywać, czego dany przepis dotyczy⁴⁵. Zdecydowanie rzadziej Trybunał może odwołać się ponadto do treści załączników do dyrektywy 2014/24⁴⁶. Oczywiście nie można wykluczyć stosowania wszystkich wskazanych technik łącznie, jak też tylko niektórych z nich. Trzeba również powtórzyć, że wprawdzie Trybunał zwykle rozpoczyna proces interpretacji od sięgnięcia po reguły wykładni językowej, jednak nie poprzestaje na tym i wyprowadzone wnioski porównuje z pozostałymi regułami wykładni.

W drugiej kolejności Trybunał odwołuje się do kontekstu, w jakim funkcjonuje przepis analizowany w danym orzeczeniu. Polega to na omówieniu przepisu w powiązaniu z innymi przepisami i wyciąganiu wniosków z tego powiązania⁴⁷. Takie powiązanie może być również rekonstruowane na linii: analizowany przepis a motyw dyrektywy 2014/24⁴⁸.

Następnie Trybunał odwołuje się do celu przepisu i ocenia, czy przeprowadzana wykładnia pozwana na jego realizację. Cel przepisu może być rekonstruowany na podstawie jego treści⁴⁹. W jednym z orzeczeń Trybunał wskazał, że skoro w art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24 przyjęto, że każdy wykonawca musi mieć możliwość przedstawienia dowodów podjęcia środków naprawczych – znaczy to, że celem rzeczzonego przepisu jest podkreślenie wagi przywią-

⁴² Wyrok TSUE z 7.07.2022 (C-213/21 i C-214/21, ECLI:EU:C:2022:532).

⁴³ Wyroki TSUE: z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁴⁴ Wyroki TSUE: z 21.03.2019 (C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234), z 4.06.2020 (C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436), z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13), z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810), z 16.06.2022 (C-376/21, ECLI:EU:C:2022:472), z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁴⁵ Wyroki TSUE: z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁴⁶ Wyrok TSUE z 14.07.2022 (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559).

⁴⁷ Wyroki TSUE: z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13) oraz z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

⁴⁸ Postanowienie TSUE z 6.02.2020 (C-89/19 i C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87), wyroki TSUE: z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁴⁹ Wyroki TSUE: z 14.07.2022 (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

zywanej do rzetelności wykonawcy, a także zapewnienie obiektywnej oceny wykonawców i skutecznej konkurencji. Cel ten może zostać osiągnięty, jeżeli na jakimkolwiek etapie postępowania poprzedzającego wydanie decyzji o udzieleniu zamówienia zostanie przedstawiony dowód podjęcia środków naprawczych⁵⁰. W niektórych orzeczeniach podkreślono, że cel przepisu został wskazany w motywie, z którym dany przepis jest powiązany⁵¹. Przykładowo, w jednym z orzeczeń Trybunał zauważył, że w motywie 28 wskazano cel wyjątku przewidzianego w art. 10 lit. h dyrektywy 2014/24, a więc ochronę szczególnego charakteru organizacji i stowarzyszeń o charakterze niekomercyjnym poprzez odstąpienie od poddania ich określonym w tej dyrektywie procedurom⁵². Wreszcie, istotny może być również cel motywu, z którym jest powiązany dany przepis dyrektywy 2014/24⁵³.

Rzadziej Trybunał odwołuje się do wykładni historycznej, zwracając uwagę na konieczność uwzględnienia wniosków wynikających z genezy danego przepisu. Trybunał najczęściej ogólnie nawiązuje do przebiegu procesu legislacyjnego i na tej podstawie wskazuje, dlaczego dany przepis został wprowadzony do dyrektywy 2014/24⁵⁴, albo wskazuje legislacyjną historię danego zagadnienia, czyli to jak było uregulowane wcześniej, a jak jest obecnie – i z tej różnicy wyprowadza wnioski interpretacyjne⁵⁵.

Jeśli chodzi o stosowanie innych instrumentów interpretacyjnych, to Trybunał pomocniczo odwołuje się do zakazu rozszerzającej wykładni regulacji o charakterze wyjątkowym⁵⁶. Przykładowo, w jednym z orzeczeń Trybunał uznał, że skoro wszystkie instytucje zamawiające są zobowiązane do stosowania właściwych uregulowań unijnych, oznacza to, że każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej⁵⁷. Na tej podstawie Trybunał przyjął, że umowa zawarta między uniwersytetem, który jest kontrolowany przez miasto, a przedsiębiorstwem prawa cywilnego posiadanym przez państwo i jego jednostki terytorialne, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu dyrektywy 2014/24⁵⁸. Zakaz wykładni rozszerzającej może wynikać wprost z treści dyrektywy 2014/24. Jako przykład można wskazać motyw 28, w którym wyraźnie przewidziano, że „wyłączenia tego nie należy stosować szerzej, niż jest to absolutnie konieczne”⁵⁹.

⁵⁰ Wyrok TSUE z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13).

⁵¹ Wyroki TSUE: z 4.06.2020 (C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436), z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810) oraz z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48).

⁵² Wyrok TSUE z 7.07.2022 (C-213/21 i C-214/21, ECLI:EU:C:2022:532).

⁵³ Wyrok TSUE z 21.03.2019 (C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234).

⁵⁴ Wyrok TSUE z 17.06.2021 (C-862/19, ECLI:EU:C:2021:493).

⁵⁵ Wyroki TSUE: z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810) oraz z 22.12.2022 (C-383/21 i C-384/21, ECLI:EU:C:2022:1022).

⁵⁶ Wyrok TSUE z 17.06.2021 (C-862/19, ECLI:EU:C:2021:493).

⁵⁷ Wyrok TSUE z 8.05.2014 (C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303).

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Wyrok TSUE z 7.07.2022 (C-213/21 i C-214/21, ECLI:EU:C:2022:532).

Dość szczególnym argumentem pojawiającym się w toku wykładni dyrektywy 2014/24 jest przyjęcie, że w przypadku gdy przepis prawa Unii można interpretować w różny sposób, pierwszeństwo należy dać wykładni, która zagwarantuje jego skuteczność (*effet utile*)⁶⁰. Ta dyrektywa interpretacyjna jest rozumiana dość szeroko. Oznacza odrzucenie wariantu interpretacyjnego, który ułatwiałby obejście wymogów zawartych w analizowanym przepisie dyrektywy 2014/24⁶¹. Podobnie należy unikać interpretacji, która pozbawi skuteczności inny przepis dyrektywy 2014/24⁶². Nie jest również uzasadnione przyjmowanie wariantów interpretacyjnych, które godzą w istotę danej konstrukcji prawa unijnego⁶³. Wreszcie, *last but not least*, należy poszukiwać wykładni, która umożliwi realizację zasad ogólnych prawa unijnego⁶⁴.

Szczegółowe dyrektywy interpretacyjne stosowane przy wykładni dyrektywy 2014/24

Cechą charakterystyczną orzecznictwa TSUE dotyczącego dyrektywy 2014/24 jest niewielkie znaczenie interpretacyjne celu dyrektywy 2014/24. Ogólnie wskazuje się, że głównym celem dyrektywy 2014/24 w zakresie zamówień publicznych jest otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich – co obejmuje zobowiązanie wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań prawa Unii⁶⁵. Punktem wyjścia jest tu motyw 1 dyrektywy 2014/24, kluczowy jest zaś element koordynacji⁶⁶. Praktyczne znaczenie tak rozumianego celu jest jednak niewielkie, a Trybunał na tej podstawie podkreśla, że każdy wyjątek od obowiązku stosowania regulacji unijnych podlega w rezultacie wykładni zawężającej⁶⁷.

Motyw 1 dyrektywy 2014/24 ściśle łączy udzielanie zamówień publicznych z zasadami TFUE – co daje Trybunałowi punkt wyjścia do wyprowadzenia szeregu szczegółowych dyrektyw interpretacyjnych zarówno na podstawie przepisów traktatowych, jak i szczegółowych regulacji dyrektywy 2014/24, które – zgodnie z motywem 2 – mają na celu doprecyzowanie podstawowych pojęć i koncepcji w celu zapewnienia pewności prawa oraz

⁶⁰ Wyrok TSUE z 21.03.2019 (C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234).

⁶¹ Wyrok TSUE z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁶² Wyroki TSUE: z 17.06.2021 (C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490) oraz z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700).

⁶³ Wyrok TSUE z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700).

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Wyrok TSUE z 8.05.2014 (C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303).

⁶⁶ Postanowienia TSUE: z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88) oraz z 6.02.2020 (C-89/19 i C-91/19, ECLI:EU:C:2020:87).

⁶⁷ Wyrok TSUE z 8.05.2014 (C-15/13, ECLI:EU:C:2014:303).

uwzględnienia niektórych aspektów orzecznictwa Trybunału⁶⁸. Właśnie szerokie stosowanie szczegółowych dyrektyw interpretacyjnych stanowi najbardziej charakterystyczny element orzecznictwa TSUE dotyczącego dyrektywy 2014/24.

Kluczowe znaczenie ma zasada równego traktowania wykonawców. Jest ona najczęściej przywoływana w orzecznictwie TSUE spośród wszystkich szczegółowych dyrektyw interpretacyjnych stosowanych w związku z dyrektywą 2014/24. Stanowi element zasady równego traktowania (by podobne sytuacje nie były traktowane w odmienny sposób, a odmienne sytuacje nie były traktowane jednakowo, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione) – będącej ogólną zasadą prawa unijnego. W tym kontekście może stanowić podstawę oceny ważności przepisów dyrektywy 2014/24. Przykładowo: w wyroku TSUE z 6.06.2019 (C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472) przyjęto, że brak jest podstaw do podważenia ważności art. 10 lit. c i art. 10 lit. d ppkt (i), (ii) i (v) dyrektywy 2014/24 w świetle zasad równego traktowania i pomocniczości, a także art. 49 i 56 TFUE. Trybunał podkreślił, że z uwagi na obiektywne cechy usługi arbitrażowe, pojednawcze i prawne nie są porównywalne z innymi usługami objętymi zakresem stosowania dyrektywy 2014/24. Wynika stąd, że unijny prawodawca – bez naruszenia zasady równego traktowania – w ramach przysługującego mu uznania mógł wyłączyć usługi, o których mowa w art. 10 lit. c dyrektywy 2014/24 z jej zakresu stosowania. Jednocześnie na płaszczyźnie zamówień publicznych zasada równego traktowania jest skonkretyzowana w kilkunastu motywach dyrektywy 2014/24, w tym zwłaszcza w motywie 1, jak też w kilkunastu przepisach rzeczony dyrektywy, przede wszystkim zaś w jej art. 18. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców. Wszyscy oferenci powinni mieć takie same szanse przy formułowaniu swych ofert – z czego wynika wymóg, by oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym kryteriom oceny⁶⁹. Tak rozumiana zasada równego traktowania wykonawców ma wyraźny odcień prokonkurencyjny, gdyż łączy się ze wspieraniem rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne⁷⁰. Przynajmniej co do zasady oznacza to między innymi:

⁶⁸ Wyroki TSUE: z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214), z 26.09.2019 (C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787), z 22.04.2021 (C-537/19, ECLI:EU:C:2021:319) oraz z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁶⁹ Wyroki TSUE: z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214), z 2.06.2016 (C-27/15, ECLI:EU:C:2016:404), z 25.10.2018 (C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864 oraz C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), z 2.05.2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350), z 6.06.2019 (C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472), z 11.07.2019 (C-697/17, ECLI:EU:C:2019:599), postanowienie TSUE z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88), wyrok TSUE z 17.06.2021 (C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490), postanowienie TSUE z 6.10.2021 (C-316/21, ECLI:EU:C:2021:837), wyroki TSUE: z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810), z 3.02.2022 (C-461/20, ECLI:EU:C:2022:72), z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970) oraz z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

⁷⁰ Wyroki TSUE: z 3.06.2021 (C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445) i z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

- ◆ niedopuszczalność modyfikacji oferty po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani z inicjatywy oferenta⁷¹,
- ◆ zakaz zmiany zasad zamówienia po jego udzieleniu – takiej, że zamówienie charakteryzuje się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia⁷²,
- ◆ niedopuszczalność uwzględnienia wniosku wykonawcy, który złożył ofertę dotyczącą całego zamówienia, o wzięcie pod uwagę jego oferty wyłącznie do celów udzielenia niektórych części tego zamówienia⁷³ oraz
- ◆ nakaz prawnej i materialnej tożsamości wykonawców wybranych w ramach preselekcji oraz wykonawców, którzy składają oferty⁷⁴.

Co do zasady narusza zasadę równego traktowania wykonawców wyłączenie od ubiegania się o zamówienie podmiotów działających w celu zarobkowym, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi względami⁷⁵. Zasada równego traktowania może też stanowić kryterium dopuszczalności rozszerzenia zastosowania regulacji z art. 20 ust. 1 dyrektywy 2014/24 na poziomie prawa krajowego⁷⁶. Naruszenie zasady równego traktowania może uzasadniać unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia⁷⁷. Na koniec trzeba też wskazać, że zasada ta zwykle idzie w parze z zasadą przejrzystości – i nieraz nie jest łatwe ich precyzyjne rozgraniczenie.

Niemal równie istotne znaczenie dla stosowania przepisów dyrektywy 2014/24 ma zasada proporcjonalności. Podobnie jak zasada równego traktowania, zasada proporcjonalności stanowi nie tylko ogólną zasadę prawa unijnego, ale również pojawia się w kilkunastu motywach dyrektywy 2014/24, w tym zwłaszcza w motywie 1, jak też w kilkunastu przepisach dyrektywy, w tym przede wszystkim w jej art. 18. Zasada proporcjonalności ma ścisły związek z art. 49 TFUE i 56 TFUE. Z przepisów tych wynika zakaz stosowania wszelkich środków krajowych, które mogą zakazywać, utrudniać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie przez obywateli Unii Europejskiej ze swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług – zagwarantowanych wskazanymi przepisami traktatu. Zgodnie z zasadą proporcjonalności wszelkie ograniczenia nie mogą wykraczać poza to, co jest właściwe dla zagwarantowania realizacji zamierzonego celu, i poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia⁷⁸. Zasada proporcjonalności wymaga konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy da-

⁷¹ Wyroki TSUE: z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214), z 3.06.2021 (C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445) i z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

⁷² Wyrok TSUE z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁷³ Wyrok TSUE z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214).

⁷⁴ Wyrok TSUE z 11.07.2019 (C-697/17, ECLI:EU:C:2019:599).

⁷⁵ Wyrok TSUE z 14.07.2022 (C-436/20, ECLI:EU:C:2022:559).

⁷⁶ Wyrok TSUE z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810).

⁷⁷ Wyrok TSUE z 7.04.2016 (C-324/14, ECLI:EU:C:2016:214).

⁷⁸ Wyroki TSUE: z 10.07.2014 (C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063), z 2.05.2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350), z 30.01.2020 (C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58), z 6.10.2021 (C-598/19, ECLI:EU:C:2021:810), z 8.12.2022 (C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973) i z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48).

nego wykonawcy na podstawie wszystkich mających znaczenie okoliczności⁷⁹. W kontekście zamówień publicznych ma to szczególne znaczenie w odniesieniu do regulacji przewidujących wykluczenie wykonawców od uczestniczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zwłaszcza dla wykładni art. 57 w zw. z motywem 101 dyrektywy 2014/24⁸⁰. Regulacja ta przyznaje państwom członkowskim pewien margines uznania przy określaniu warunków wykonania fakultatywnych podstaw wykluczenia. W ramach oceny proporcjonalności wykluczenia Trybunał przyjmował, że owo kryterium wypełnia wykluczenie z powodu zalegania ze składkami na ubezpieczenie społeczne – gdyż świadczy o braku wiarygodności, staranności i solidności w zakresie przestrzegania obowiązków prawnych i socjalnych⁸¹. Taka regulacja nie wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia celu, jeśli próg kwotowy uzasadniający wykluczenie został określony w sposób dostatecznie precyzyjny⁸². Narusza natomiast zasadę proporcjonalności wykluczenie wykonawcy wskutek naruszenia wymogu formalnego w sytuacji, gdy procedura udzielenia zamówienia uniemożliwiała wykonawcy spełnienie tego wymogu⁸³, albo automatyczne wykluczenie wykonawcy z powodu zastrzeżeń co do któregoś z jego współwykonawców albo podwykonawców – niezależnie od okoliczności leżących u podstaw zastrzeżeń⁸⁴. Zbliżone kryteria dotyczące zasady proporcjonalności Trybunał stosuje w odniesieniu do unieważnienia przetargu⁸⁵. Trybunał przyjął również, że narusza zasadę proporcjonalności ogólny i abstrakcyjny zakaz korzystania z podwykonawstwa w zakresie przekraczającym określony procent wartości danego zamówienia publicznego, niezależnie od sektora gospodarki, charakteru robót lub tożsamości podwykonawców. Taki ogólny zakaz nie pozostawia miejsca na ocenę każdego konkretnego przypadku z osobna przez instytucję zamawiającą⁸⁶. Niekiedy dodatkowo zauważa się też dość szczególne znaczenie zasady proporcjonalności w obszarze zdrowia publicznego, co przenika na płaszczyznę zamówień publicznych⁸⁷.

Trzecią kluczową dyrektywą interpretacyjną stosowaną przez TSUE przy wykładni przepisów dyrektywy 2014/24 jest zasada przejrzystości. Odwołanie do przejrzystości pojawia się w kilkunastu motywach dyrektywy 2014/24 oraz licznych przepisach dyrektywy, w tym zwłaszcza w jej art. 18. Zasada przejrzystości oznacza, że wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie

⁷⁹ Wyroki TSUE: z 26.09.2019 (C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787), z 3.06.2021 (C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445), z 8.12.2022 (C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973) i z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48).

⁸⁰ Wyroki TSUE: z 30.01.2020 (C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58) i z 3.06.2021 (C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445).

⁸¹ Wyrok TSUE z 10.07.2014 (C-358/12, ECLI:EU:C:2014:2063).

⁸² Ibid.

⁸³ Wyrok TSUE z 2.05.2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350).

⁸⁴ Wyroki TSUE: z 30.01.2020 (C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58), z 3.06.2021 (C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445), z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700) i z 26.01.2023 (C-682/21, ECLI:EU:C:2023:48). Zob. też postanowienie TSUE z 6.10.2021 (C-316/21, ECLI:EU:C:2021:837) oraz wyrok TSUE z 26.01.2023 (C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47).

⁸⁵ Wyrok TSUE z 8.12.2022 (C-769/21, ECLI:EU:C:2022:973).

⁸⁶ Wyrok TSUE z 26.09.2019 (C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787).

⁸⁷ Wyrok TSUE z 25.10.2018 (C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865).

udzielenia zamówienia mają być określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – tak aby umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu oraz dokonanie ich wykładni w taki sam sposób oraz aby umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia. Zasada przejrzystości ma na celu wyeliminowanie ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej⁸⁸. Tak rozumiana zasada przejrzystości m. in. stoi na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy wskutek niedopełnienia przezeń obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej ustawy krajowej, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z mechanizmu uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk⁸⁹. Zasada przejrzystości sprzeciwia się również modyfikacji oferty po jej złożeniu⁹⁰, jak też zmiany zasad zamówienia po jego udzieleniu – takiej, że zamówienie charakteryzuje się cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia⁹¹.

Pozostałe szczegółowe reguły interpretacyjne pojawiają się w orzecznictwie TSUE zdecydowanie rzadziej. W tej grupie na pierwszym miejscu trzeba wymienić zasadę dobrej administracji. Jest to zasada ogólna prawa unijnego, z której wynika szereg wymagań szczegółowych dotyczących wprowadzania w życie prawa unijnego na poziomie krajowym. W odniesieniu do problematyki zamówień publicznych Trybunał przyjął, że z zasady dobrej administracji wynika m.in. obowiązek uzasadnienia decyzji organów krajowych, ponieważ umożliwia on ich adresatom obronę swych praw oraz podjęcie decyzji – z pełną znajomością rzeczy – czy wniesienie sądowego środka zaskarżenia od owych decyzji jest celowe. Spełnienie powyższego obowiązku jest również niezbędne, by umożliwić sądom sprawowanie kontroli zgodności z prawem tych decyzji⁹². W szczególności dotyczy to uzasadnienia decyzji o uznaniu niektórych danych za poufne, co powinno zostać przekazane w neutralnej formie i przy zachowaniu poufnego charakteru określonych elementów tych danych⁹³. Również decyzja instytucji zamawiającej dotycząca rzetelności wy-

⁸⁸ Wyroki TSUE: z 25.10.2018 (C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864 oraz C-413/17, ECLI:EU:C:2018:865), z 2.05. 2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350) i z 3.10.2019 (C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829), postanowienie TSUE z 6.02.2020 (C-11/19, ECLI:EU:C:2020:88), wyroki TSUE: z 14.01.2021 (C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13) i z 26.01.2023 (C-403/21, ECLI:EU:C:2023:47), postanowienie TSUE z 31.03.2023 (C-676/20, ECLI:EU:C:2023:289), a także wyroki TSUE: z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970) oraz z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

⁸⁹ Wyrok TSUE z 2.05.2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350).

⁹⁰ Wyrok TSUE z 13.06.2024 (C-737/22, ECLI:EU:C:2024:495).

⁹¹ Wyrok TSUE z 7.12.2023 (C-441/22 i C-443/22, ECLI:EU:C:2023:970).

⁹² Wyroki TSUE: z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700), z 17.11.2022 (C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888) i z 21.12.2023 (C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016).

⁹³ Wyroki TSUE: z 7.09.2021 (C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700) i z 17.11.2022 (C-54/21, ECLI:EU:C:2022:888).

konawcy – wydana w ramach podstawy wykluczenia przewidzianej w tym przepisie dyrektywy 2014/24 – musi zawierać uzasadnienie⁹⁴.

Pewne znaczenie w orzecznictwie ma również zasada pewności prawa, która wymaga, aby przepisy prawa były jasne i precyzyjne, a ich skutki przewidywalne, zwłaszcza wówczas, gdy pociągają one za sobą niekorzystne konsekwencje dla jednostek i przedsiębiorstw. Tak rozumiana zasada pewności prawa co do zasady sprzeciwia się możliwości zastosowania przepisu z mocą wsteczną. W konsekwencji Trybunał przyjął, że zasada pewności prawa sprzeciwia się wprowadzeniu nowych regulacji umożliwiających wszczęcie postępowania odwoławczego w sprawie o udzielenie zamówień publicznych, nawet jeżeli upłynął termin zawity przewidziany w poprzednich uregulowaniach⁹⁵. W niewielkim stopniu w orzecznictwie TSUE pojawia się również zasada pomocniczości⁹⁶.

Podsumowanie

Przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, że orzecznictwo TSUE dotyczące dyrektywy 2014/24 ma charakter bardzo złożony. Trybunał przeprowadza wykładnię dyrektywy 2014/24 w sposób autonomiczny, nawiązuje do innych aktów prawa unijnego, w szczególności zaś do regulacji traktatowych. Trybunał stosuje reguły wykładni: językowej, systemowej, celowościowej i historycznej – bez wskazania jednakowoż wyraźnej preferencji dla którejkolwiek z tych reguł. Nader często Trybunał sięga też do motywów dyrektywy. Szczególnie charakterystyczne jest niewielkie znaczenie celu dyrektywy wskazanego w jej motywie 1. Kluczowy nacisk interpretacyjny został położony na szczegółowe dyrektywy wykładni, w tym zwłaszcza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności.

Abstrakt

Jednym z najbardziej zauważalnych zjawisk w obecnej rzeczywistości prawnej jest coraz intensywniejsze oddziaływanie prawa europejskiego na porządku krajowe państw członkowskich UE. Jednym z kluczowych elementów tego oddziaływania jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Trybunał formalnie orzeka jedynie o wykładni lub ważności aktów prawa unijnego, jednak w praktyce orzeczenia te mają bardzo istotne znaczenie także na płaszczyźnie prawa krajowego. Powyższe stwierdzenia pozostają aktualne również w odniesieniu do zamówień publicznych. Warto zatem bliżej zapoznać się z orzecznictwem TSUE dotyczącym dyrektywy 2014/24. Celem

⁹⁴ Wyrok TSUE z 21.12.2023 (C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016).

⁹⁵ Wyrok TSUE z 26.03.2020 (C-496/18, ECLI:EU:C:2020:240); zob. też wyrok TSUE z 2.05.2019 (C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350).

⁹⁶ Wyrok TSUE z 6.06.2019 (C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472),

publikacji jest jednak nie tyle szczegółowe przedstawienie poszczególnych rozstrzygnięć, ile bliższe przyjrzenie się warsztatowi Trybunału – a więc sposobowi dokonywania przezeń wykładni. Takie spojrzenie wydaje się mieć istotne uzasadnienie praktyczne. Analiza poszczególnych rozstrzygnięć Trybunału daje przede wszystkim wiedzę *ex post*, czyli pozwala zorientować się, jak dana kwestia jest oceniana przez Trybunał. Tymczasem analiza zasad dokonywania wykładni przez TSUE daje również wiedzę *pro futuro*, gdyż dostarcza informacji co do założeń interpretacyjnych, które mogą być stosowane przez TSUE przy rozstrzyganiu zagadnień prawnych w przyszłości.

Przeprowadzona analiza pokazała, że orzecznictwo TSUE dotyczące dyrektywy 2014/24 ma charakter nader złożony. Trybunał przeprowadza wykładnię dyrektywy 2014/24 w sposób autonomiczny, nawiązuje do innych aktów prawa unijnego, a w szczególności do regulacji traktatowych. Trybunał stosuje reguły wykładni językowej, systemowej, celowościowej i historycznej – bez wskazania wszakże wyraźnej preferencji dla którejkolwiek z tych reguł. Trybunał bardzo często sięga też do motywów dyrektywy. Kluczowy nacisk interpretacyjny został położony na szczegółowe dyrektywy wykładni, w tym zwłaszcza zasadę równego traktowania wykonawców, zasadę przejrzystości i zasadę proporcjonalności. Charakterystyczne jest zaś niewielkie znaczenie celów dyrektywy.

Słowa kluczowe: Trybunał Sprawiedliwości UE, dyrektywa 2014/24, zamówienia publiczne, zasada równego traktowania wykonawców.

BIBLIOGRAFIA

Bogdanowicz P., Kilka uwag w związku z transpozycją „dyrektyw zamówieniowych” do prawa polskiego, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, 7.

Grzegorzczak F., O wdrożeniu niektórych przepisów dyrektywy 2004/18/WE do ustawy Prawo zamówień publicznych z punktu widzenia spółek Skarbu Państwa, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, 4.

Kalisz A., Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego, Warszawa 2007.

Lotko E., Zasada efektywności a konkurencyjność polskiego rynku zamówień publicznych, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2021, 12.

Nowak-Far A., Effet utile, obowiązek bezpośredniego stosowania dyrektyw i wykładnia zgodna – relacje i ograniczenia w kontekście unijnego prawa zamówień publicznych, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, 6.

Półtorak N., Ochrona uprawnień wynikających z prawa Unii Europejskiej w postępowania krajowych, Warszawa 2010.

Rowiński W., Wykładnia prounijna w orzecznictwie naczelnych organów władzy sądowniczej, Poznań 2019.

Sołtys A., Obowiązek wykładni prawa krajowego zgodnie z prawem unijnym jako instrument zapewniania efektywności prawa Unii Europejskiej, Warszawa 2015.



Tomasz Szczurowski*

Konsorcjum a spółka prawa cywilnego

[Consortium vs. Civil Partnership]

Abstract

The purpose of this article is to analyze the legal nature of a consortium. Due to the unnamed nature of this economic agreement, its essence – both in light of substantive and procedural law – is questionable. The article will cite the former jurisprudence of the Supreme Court and common courts, in which the consortium was qualified as a civil partnership. Nevertheless, this thesis will be challenged. This is because there is no basis for the conclusion that a consortium in principle constitutes a civil partnership. The final qualification of the consortium agreement requires an analysis of its essence, and while it is not excluded to consider it as a civil partnership, nevertheless it will be rather an exceptional situation.

Keywords: consortium, consortium agreement, civil partnership.

Pprzedmiotem niniejszego artykułu jest prawna kwalifikacja umowy konsorcjum budowlanego. Zasadniczym celem jest przeanalizowanie, czy umowa taka może być uznana za umowę spółki cywilnej. Problem ten jest istotnym zagadnieniem prawnym, ale również praktycznym. Odpowiedź pozytywna miałaby daleko idące konsekwencje zarówno na gruncie prawa materialnego, jak i procesowego.

* **Tomasz Szczurowski** – dr hab. nauk prawnych, adiunkt, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie, sędzia SA w Warszawie; <https://orcid.org/0000-0002-2967-0919>; t_szczurowski@uksw.edu.pl / DSc in Law, Assistant Professor, Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw, Judge at the Court of Appeal in Warsaw.

Podstawa prawna wyodrębnienia umowy konsorcjum

Umowa konsorcjum stanowi umowę dość często zawieraną pomiędzy uczestnikami życia gospodarczego. Próżno jednak szukać jej uregulowania w obowiązujących przepisach prawa. Jest to umowa stypizowana empirycznie, a więc poprzez praktykę gospodarczą. Powyższe nie oznacza oczywiście, że nie ma ona żadnego śladu w obowiązującym prawie – należy bowiem przypomnieć, że o umowie nazwanej można mówić dopiero wówczas, gdy jej *essentialia negotii* są określone w prawie powszechnie obowiązującym.

Podstawę prawną, na której były i najczęściej są zawierane umowy konsorcjum, stanowią przepisy regulujące zamówienia publiczne. Tak jak już wyżej podkreślono, nie definiują one tej umowy, niemniej do niej nawiązują. Zasadnicze znaczenie w tym zakresie miał art. 23 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843), w którym jednak sam termin ‘konsorcjum’ się nie pojawił¹. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Realizując wspólne starania o udzielenie zamówienia publicznego, wykonawcy zawierali właśnie umowę konsorcjum. Regulacja ta była jednak niezmiernie lakoniczna, a jej zasadniczym celem było przesądzenie możliwości wystąpienia wielości podmiotów po stronie wykonawcy². Trzeba jednak od razu dodać, że ustawa nie narzucała wykonawcom jakiegokolwiek formy wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne – i z tego względu konsorcjum było tylko jedną z form wspólnej realizacji celu określonego w powyższym przepisie³. Dla właściwego zrozumienia współpracy podjętej przez kilka podmiotów niezbędne jest podkreślenie, że fakt wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne nie oznacza konieczności wykonywania wszystkich czynności w toku realizacji zamówienia publicznego przez wszystkich konsorcjantów⁴. Najczęściej bowiem dlatego właśnie kilka podmiotów decyduje się wspólnie ubiegać o zamówienie publiczne, że indywidualnie nie spełniają wszystkich wymogów wyznaczonych przez zamawiającego. KIO w wyroku z 18 stycznia 2008 r., KIO/UZP 86/07, podkreśliła, że zasadą jest łączenie doświadczeń zawodowych wykonawców konsorcjalnych, co nie przysługuje wykonawcom występującym indywidualnie w postępowaniach o udzielenie zamówienia. Wniosku tego nie zmienia jednak okoliczność, że każdy z wykonawców, o których mowa

¹ Co do wcześniejszego stanu prawnego, zob. T. Niepytalski, *Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej*, Warszawa, 2011, s. 44.

² Tak K. Muchowska-Zwara, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015, s. 24.

³ Tak J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 130.

⁴ Tak E. Wiktorowska, *Komentarz do art. 58 pkt 1 [w:] A. Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX/el. 2024.

w art. 23 ust. 1, obowiązany jest wykazać, iż nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu⁵.

W obowiązującym stanie prawnym analogiczną podstawę prawną stanowi art. 58 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych⁶ – przewidujący, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Powyższe należy uzupełnić o unormowanie art. 7 pkt 30 p.z.p.; zgodnie z jego treścią przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W doktrynie wskazuje się, że celem art. 58 ust. 1 p.z.p. jest wspólne działanie ukierunkowane na wykonanie zamówienia publicznego, przy czym u podstaw owego wspólnego działania leży przede wszystkim ta okoliczność, że przedmiot zamówienia publicznego – ze względu na swój rozmiar lub specyfikę – przekracza możliwości wykonania go przez jednego wykonawcę⁷. Obecnie przepisy nie przesądzają także formy współdziałania wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia⁸. Może ona mieć charakter stały lub doraźny. Zgodnie jednak z art. 58 ust. 3 p.z.p. 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. Nie można również pominąć art. 59 p.z.p. – zgodnie z którym 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. Mimo powyższej swobody w doktrynie podkreśla się jednak, że tradycyjnie wspólnych wykonawców określa się zbiorczo jako konsorcjum⁹.

Analogiczną regulację do tej zawartej w p.z.p. przewiduje art. 132a ust. 1 ustawy z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. 2024, poz. 146) – stanowiąc, że świadczeniodawcy mogą wspólnie ubiegać się o zawarcie i wykonywanie umowy

⁵ Tak I. Granecka, *Komentarz do art. 58 nb. 3* [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024 – autorka dokonuje przeglądu orzecznictwa w tym zakresie.

⁶ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320, zwana dalej p.z.p.

⁷ Tak J.E. Nowicki [w:] J.E. Nowicki, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, komentarz do art. 58, pkt 1.

⁸ Szerzej zob. H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 245. Na swobodę wykonawców co do możliwej formy współdziałania zwraca również uwagę J. Jarnicka, *Komentarz do art. 58 pkt 2* [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2024.

⁹ Tak M. Stachowiak, *Komentarz do art. 58 pkt 2* [w:] Dzierżanowski i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021. Natomiast J. Bieluk i K.Z. Zadykowicz-Sokoł, *Komentarz do art. 58 pkt 3* [w:] *Umowa o roboty budowlane w kodeksie cywilnym i prawie zamówień publicznych. Komentarz. Linia orzecnicza. Wzory pism*, Warszawa 2024 – wskazują że umowa ta potocznie nazywana jest umową konsorcjum, umową współpracy albo umową partnerów / konsorcjantów.

o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej, której przedmiotem jest udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej w nie mniej niż dwóch zakresach, o których mowa w art. 15 ust. 2 pkt 2–8, 10–13, 15 i 16. Podobnie jak na gruncie p.z.p., tak też w oparciu o tę ostatnią ustawę – konsorcjum świadczeniodawców ma być utworzone, aby realizować cel gospodarczy, którym w tym przypadku jest udzielanie określonych świadczeń opieki zdrowotnej.

Trzeba jednak dodać, że przytoczone przepisy nie są jedynymi, na których podstawie w obrocie występują umowy konsorcjum. Poza konsorcjami budowlanymi najczęściej na rynku występują konsorcja bankowe – których funkcjonowanie jest oparte na przepisach ustawy z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. Zgodnie z jego art. 73 ust. 1 banki w celu wspólnego udzielenia kredytu mogą zawrzeć umowę o utworzeniu konsorcjum bankowego. Przepis ten jest o tyle istotny, że wyraźnie pojawia się w nim termin „konsorcjum”, który został ujęty w kontekście wspólnego udzielenia kredytu, a więc podobnie jak na gruncie p.z.p., gdzie chodzi przecież o wspólne uzyskanie zamówienia publicznego. Trzeba jednak dodać, że o ile obecna ustawa nie zawiera definicji konsorcjum bankowego, o tyle takowa występowała w art. 35 ust. 4 ustawy z 31 stycznia 1989 r. Prawo bankowe (Dz.U. nr 4, poz. 21), stanowiącym, że bank – na wniosek kredytobiorcy – może zawrzeć z innymi bankami umowę w sprawie wspólnego udzielenia kredytu (konsorcjum bankowe). Trafnie więc w literaturze wskazuje się, że art. 73 ust. 1 pr. bank. nie zawiera całościowej regulacji konsorcjum, lecz jedynie stwarza ramy legislacyjne dla umowy bankowego konsorcjum kredytowego, a ponadto podkreśla podstawową funkcję tej instytucji w postaci przełamania istniejących rygorów prawnych w zakresie tzw. koncentracji kredytów bankowych¹⁰. Art. 73 ust. 1 pr. bank. stanowi jedynie normę kompetencyjną do tworzenia konsorcjum kredytowego, jak również nawiązuje do ekonomicznego ryzyka związanego z zawieraniem tego typu umowy¹¹. Art. 73 ust. 2 tegoż prawa stanowi co prawda, że w umowie, o której mowa w ust. 1, banki ustalają warunki udzielenia kredytu i jego zabezpieczenia oraz wyznaczają bank umocowany do zawarcia umowy kredytu, niemniej nie przesądza to – podobnie jak na gruncie p.z.p. – ani charakteru tej umowy¹², ani jej konstrukcji prawnej¹³. Także w tym przypadku nie dochodzi do określenia essentialia negotii umowy konsorcjum¹⁴.

¹⁰ Tak M. Bączyk, A. Jakubiec, P. Katner, M. Romanowski [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System prawa prywatnego*, tom 9, wyd. 4, Warszawa 2023, s. 872.

¹¹ Tak Ł. Przyborowski, *Komentarz do art. 73 pkt 2 [w:] K. Osajda (red. serii), J. Dybiński (red. tomu), Prawo bankowe*, wyd. 1, Warszawa 2023.

¹² Tak B. Smykała, *Komentarz do art. 73 pkt 2 [w:] A. Mikos-Sitek, P. Zapadka, Prawo bankowe. Komentarz*, Warszawa 2022.

¹³ Tak: L. Kociucki, *Komentarz do art. 73 pkt 2 [w:] B. Bajor, L. Kosiucki, J.M. Kondak, K. Królikowska, Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnych*, Warszawa 2020.

¹⁴ Tak też A. Chrzęszcz, *Kilka uwag na temat konsorcjum bankowego*, „Zarządzanie Finansami Rachunkowość” 2015, 3, s. 104.

Kolejna podstawa prawna odnosząca się do umowy konsorcjum jest zawarta w art. 15b ustawy z 27 kwietnia 2006 r. o spółdzielniach socjalnych. Zgodnie z art. 15b ust. 1 spółdzielnie socjalne mogą tworzyć konsorcjum spółdzielcze w formie umowy w celu: 1) zwiększenia potencjału ekonomicznego i społecznego zrzeszonych spółdzielni socjalnych lub 2) wspólnego organizowania sieci produkcji, handlu lub usług lub 3) organizowania wspólnej promocji działań spółdzielczych lub ekonomicznych lub 4) promocji wspólnego znaku towarowego, o którym mowa w ustawie z 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2021 r., poz. 324, z 2022 r., poz. 2185 oraz z 2023 r., poz. 588). Natomiast art. 15b ust. 2 potwierdza, że konsorcjum spółdzielcze może ubiegać się o udzielenie zamówienia na zasadzie wspólnego występowania w zamówieniach publicznych oraz zapytaniach ofertowych, do których nie stosuje się przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Wreszcie art. 15b ust. 3 częściowo normuje treść umowy konsorcjum spółdzielczego, niemniej także ta regulacja nie ma charakteru wyczerpującego¹⁵. Konsorcja spółdzielcze mają dość specyficzne cele gospodarcze z uwagi na charakter podmiotów, które je tworzą. Jednocześnie obok owych celów typowo gospodarczych pojawiają się cele społeczne¹⁶.

Pojęcie konsorcjum pojawia się również w ustawie z 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa¹⁷, niemniej nie podano tam jego definicji. W art. 2 pkt 3 przesądzono jedynie, że może ono być zagranicznym dostawcą. Natomiast w nieobowiązującej już ustawie z 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki¹⁸ uregulowano konsorcjum naukowe, przez które należy rozumieć grupę jednostek organizacyjnych – gdy w jej skład wchodzi co najmniej jedna jednostka naukowa oraz co najmniej jeden przedsiębiorca albo co najmniej dwie jednostki naukowe – podejmującą na podstawie umowy wspólne przedsięwzięcie obejmujące badania naukowe, prace rozwojowe lub inwestycje służące potrzebom badań naukowych lub prac rozwojowych. Definicja ta nawiązuje do wspólnego przedsięwzięcia.

Istota konsorcjum

Przywołane powyżej akty prawne nawiązują do konstrukcji konsorcjum, niemniej pojęcie to nie doczekało się dotychczas definicji ustawowej. Przy-

¹⁵ Szerzej co do konsorcjum spółdzielczego zob. D. Bierecki, *Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym*, Warszawa 2021, rozdział 2, § 2, pkt 4.

¹⁶ Tak A. Michalik, *Konsorcjum spółdzielcze szansą na zwiększenie ekonomicznej pozycji sektora spółdzielczości socjalnej*, PUG 2019, 10, s. 11.

¹⁷ Tekst jedn. Dz.U. z 2022 r., poz. 1218.

¹⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2018 r., poz. 87.

toczone ujęcia nie dość, że normują konsorcjum w sposób fragmentaryczny, to w dodatku mają charakter wyłącznie funkcjonalny, a więc stworzony na potrzeby konkretnej ustawy. Mimo to trzeba odnotować, że niezależnie od aktu prawnego, który jest podstawą – albo raczej przyczyną – zawarcia umowy konsorcjum, stanowi ono pewną zbiorowość powiązaną celem, który w większości przypadków ma charakter gospodarczy. Wskazuje się, że owo wspólne przedsięwzięcie jest charakterystycznym elementem umowy konsorcjum, stanowiącym jej przedmiot¹⁹. W tym kontekście konsorcjum zbliża się do umowy *joint venture*, od którego odróżnia je jednak skonkretyzowany cel współpracy, która co prawda może trwać długo, niemniej nie ma charakteru stałego²⁰.

Znamienne jest jednocześnie, że żaden z przytoczonych aktów prawnych nie przyznaje konsorcjum podmiotowości prawnej. Stanowi ono tylko jedną z form współdziałania niezależnych podmiotów, najczęściej przedsiębiorców w rozumieniu art. 43¹ k.c. Definiując więc istotę umowy konsorcjum – wskazuje się na pewną wspólnotę interesów, właściwą dla samodzielnych przedsiębiorców i ukierunkowaną na realizację zamierzonego celu²¹. Podobnie, przywołane ustawy nie regulują stosunków zewnętrznych ani wewnętrznych zachodzących pomiędzy konsorcjantami; to jest z kolei podstawą do wyodrębnienia różnych ich typów, takich jak: konsorcjum jawne i ukryte (w zależności od jego ujawnienia / nieujawnienia wobec osób trzecich), jak również konsorcjum scentralizowane i zdecentralizowane (w zależności od istnienia / nieistnienia centralnego ośrodka zarządzającego oraz od stopnia integracji pomiędzy jego uczestnikami).

Brak ustawowej definicji konsorcjum, przy jednoczesnym wyodrębnieniu pewnych jego cech, daje podstawę do formułowania doktrynalnych definicji tego pojęcia. W klasycznej w tym zakresie monografii L. Stecki wyjaśnia istotę konsorcjum jako swoistego zrzeczenia przedsiębiorstw, banków czy instytucji ubezpieczeniowych. Autor dodaje, że termin ten wywodzi się z języka łacińskiego, w którym *consortio* oznacza: wspólnotę, zjednoczenie, spółkę, porozumienie w celu wspólnego działania, współdziałanie²². S. Włodyka definiuje z kolei konsorcjum jako umowę między przedsiębiorcami, w której zobowiązują się oni do wspólnego działania celem urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego na zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka²³. Podobnie A. Herbet wskazuje, że jest to stosunek prawny powstający na podstawie umowy, w której co najmniej dwie strony zobowiązują się do określonego współdziałania celem realizacji określonego, jednostkowego przedsięwzięcia gospodarczego, na

¹⁹ Tak K. Muchowska-Zwara, *Prawne...*, s. 4.

²⁰ Tak S. Włodyka [w:] *System prawa handlowego*, tom 5A. *Prawo umów handlowych*, M. Stec (red.), Warszawa 2020, s. 738.

²¹ Tak A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 111.

²² Tak L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1994, s. 16.

²³ Tak S. Włodyka [w:] *System...*, *ibid.*

zasadzie wspólnego odnoszenia korzyści i wspólnego ponoszenia ryzyka²⁴. Inaczej istotę konsorcjum widzą T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska, którzy nie formułują jego definicji, niemniej wskazują, że współkonsorcjanci mają co prawda wspólne przedsięwzięcie, ale nie mają wspólnego celu, albowiem nie muszą działać na wspólny rachunek. Dodają ci autorzy, że konsorcjanci najczęściej uczestniczą jedynie w podziale uzgodnionej ceny, przy czym ich udział odpowiada ich własnym działaniom²⁵.

Stosowanie do konsorcjum przepisów o spółce cywilnej

Wobec braku jednoznacznej ustawowej kwalifikacji umowy konsorcjum pojawia się pytanie o możliwość uznania konsorcjum za przykład spółki cywilnej i stosowania do niego art. 860–875 k.c. – dotyczących spółki cywilnej²⁶. Zaakceptowanie takiego stanowiska miałyby daleko idące konsekwencje zarówno na gruncie prawa materialnego, jak i procesowego. Trzeba zaś przyznać, że taka koncepcja pojawiała się już i w doktrynie, i w orzecznictwie²⁷. A. Herbet wymienia konsorcjum jako postać spółki cywilnej²⁸. W analogicznym kierunku zmierza S. Włodyka, zdaniem którego umowa konsorcjum jest wzbogaconą formą umowy spółki cywilnej, a ewentualnie nawet spółki jawnej²⁹. Takie też stanowisko zajmuje J. Lic, który twierdzi, że zewnętrzne konsorcja są najczęściej zewnętrzną spółką cywilną, w odniesieniu zaś do konsorcjum wewnętrznego należy przyjąć konstrukcję obligacyjnej lub kooperacyjnej spółki cywilnej wewnętrznej. Autor ten podkreśla, że za takim stanowiskiem przemawia szeroko rozumiana formuła spółki cywilnej, która to spółka jest potrzebna wszędzie tam, gdzie ma miejsce wspólna działalność zmierzająca do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego³⁰. Koncepcja kwalifikowania konsorcjum jako spółki cywilnej bliska jest także L. Steckiemu, który jednak wskazuje, że mamy w tym przypadku do czynienia z *sui generis*

²⁴ Tak A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), System prawa prywatnego, tom 16, Warszawa 2016, s. 844. Do tego poglądu przychyliła się również J.A. Strzępka, Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne, MoP 2012, 14, Legalis – podkreślając, że podziela pogląd uznający konsorcjum za wzbogaconą umowę spółki prawa cywilnego bądź *sui generis* spółkę cywilną.

²⁵ T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska [w:] W.J. Katner (red.), Prawo..., s. 1277.

²⁶ Zob. L. Stecki, Konsorcjum, s. 131 i nn., który dokonuje przeglądu stanowisk doktryny dotyczących kwalifikacji umowy konsorcjum – wskazując, że pojawiały się w niej poglądy dotyczące kwalifikacji umowy konsorcjum jako umowy sprzedaży, o dzieło, zlecenia, pożyczki czy spółki lwiącej.

²⁷ Niejasne jest stanowisko T. Niepytalskiego, Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej, s. 39, który ogranicza się w tym zakresie do przytoczenia orzecznictwa Zespołu Arbitrów – Urząd Zamówień Publicznych.

²⁸ A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), System..., ss. 844 i 845 – który jednak dalej wskazuje, że można sobie wyobrazić i taki przypadek w którym umowa konsorcjum nie będzie spełniała cech określonych w art. 860 k.c.

²⁹ Tak S. Włodyka [w:] System..., s. 739.

³⁰ Tak J. Lic, Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej (zob. rozdz. 5, § 3 pkt 2), Warszawa 2013.

spółką prawa cywilnego³¹. Atrybuty formalne i merytoryczne konsorcjum najpełniej zdaniem L. Steckiego można przyporządkować właśnie tej konstrukcji jurystycznej. Dodaje on jednak, że jest to nietypowa spółka prawa cywilnego, albowiem model konsorcjum niekiedy znaczenie odbiega od wzorca spółki cywilnej. Różnica przejawia się przede wszystkim w braku wniesienia wkładów oraz niewystępowaniu majątku wspólnego, a wreszcie też w braku solidarnej odpowiedzialności członków konsorcjum za zobowiązania. Najbardziej jednak znamienne jest to, że zdaniem L. Steckiego przepisy dotyczące spółki cywilnej w wielu przypadkach do umowy konsorcjum można stosować jedynie odpowiednio³².

W orzecznictwie koncepcja kwalifikowania konsorcjum jako spółki cywilnej została wyrażona w wyroku SA w Szczecinie z 28 maja 2015 r., I ACa 29/15; podkreślono w nim, że konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową i w wyniku tej umowy powstaje stosunek prawny konsorcjum, w którym każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz – a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów – dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym do wspólnego działania. Wspólność celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w k.c., jest zatem zaliczana do umów nienazwanych – kreowanych treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353¹ k.c. – i traktowana jako umowa, do której stosuje się odpowiednio przepisy art. 860–875 k.c. Do utożsamienia umowy konsorcjum z umową spółki doszło również w wyroku Sądu Najwyższego z 13 października 2011 r., V CSK 475/10, niepubl., w którym problem ten analizowano w kontekście legitymacji do dochodzenia wierzytelności o zwrot wadium. Podkreślono w nim, że to nie współnik (konsorcjant), lecz wykonawcy tworzący spółkę cywilną (konsorcjum) stanowią właściwy podmiot praw i obowiązków wynikających z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podobne stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w wyroku z 11 października 2013 r., I CSK 769/12; podkreślono w nim, że istota umowy konsorcjum jest przynajmniej zbliżona do umowy spółki cywilnej, a niekiedy zawiera jej istotne elementy, co uzasadnia odpowiednie stosowanie do stosunków między konsorcjantami przepisów dotyczących spółki cywilnej.

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie silnie reprezentowany jest również pogląd podważający możliwość automatycznego kwalifikowania umowy konsorcjum jako umowy spółki cywilnej. T. Czech stwierdza, że uzasadnie-

³¹ Tak L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 140.

³² Tak L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 141.

niem dla takiego stanowiska jest przede wszystkim fakt, że konsorcjanci nie tworzą wspólnego majątku, a relacja, która ich łączy, nie może być uznana za wspólnotę zysków i strat charakterystyczną dla spółki cywilnej³³. Przywołani już wyżej T. Mróz, A. Opalski i U. Promińska podkreślają, że umowa konsorcjum tylko wtedy może być kwalifikowana jako umowa spółki, gdy jest zawierana w celu osiągania korzyści gospodarczych przez wszystkie strony, które zobowiązują się na wspólny rachunek prowadzić przedsięwzięcie gospodarcze i współdziałać w określony sposób dla urzeczywistnienia tego przedsięwzięcia³⁴. J. Kondek wskazuje z kolei, że umowa konsorcjum tylko wtedy może być kwalifikowana jako umowa spółki, gdy konsorcjanci przewidzieli wnoszenie wkładów oraz istnienie wspólnego majątku³⁵. K. Muchowska-Zwara także podkreśla, że konsorcjum od spółki cywilnej różni już cel. O ile umowa konsorcjum zawierana jest z reguły w związku z konkretnym przedsięwzięciem, o tyle cel spółki cywilnej zawiera stałe i bliskie współdziałanie pomiędzy wspólnikami. Tymczasem umowa konsorcjum zakłada luźniejszą współpracę pomiędzy jej uczestnikami³⁶. Z tego też względu Ł. Węgrzynowski wskazuje, że do wykształcenia umowy konsorcjum jako odmiennej od umowy spółki doszło w związku z tym, że ta ostatnia nie realizowała wszystkich zamierzeń uczestników obrotu, którzy chcą podjąć współpracę w ściśle określonym celu³⁷. A. Chrząszcz stwierdza, że umowa konsorcjum stanowi twór oryginalny, który trudno przyrównać do umowy spółki cywilnej³⁸.

Stanowisko podważające automatyczną kwalifikację konsorcjum jako umowy spółki cywilnej zostało zdecydowanie wyrażone w wyroku Sądu Najwyższego z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, niepubl., w którym wskazano, że nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazywanych), w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego, jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej. Stanowisko to było podtrzymywane w późniejszym orzecznictwie, a zwłaszcza w wyroku Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2023 r., II CSKP 584/22, OSNC-ZD 2044/1/4, w którym dokonano szerokiej analizy istoty konsorcjum połączonej z przeglądem orzecznictwa

³³ Tak T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011, pkt 5.3.4.9, który to autor jednak zastrzega, że wypro-
wadzony przezeń wniosek dotyczy wyłącznie przedmiotu jego analizy, a więc konsorcjum kredytowego.

³⁴ Tak T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska [w:] W.J. Katner (red.), *Prawo...*, s. 1274.

³⁵ Tak J. Kondek, *Wierzytelności przysługujące konsorcjantom*, PPH 2020, 4, s. 17.

³⁶ Tak K. Muchowska-Zwara, *Prawne...*, s. 18.

³⁷ Tak Ł. Węgrzynowski, *Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum*, „Przegląd Sądowy”
2016, 5, s. 35.

³⁸ Tak A. Chrząszcz, *Kilka uwag...*, *ibid.* Stanowisko tej autorki nie było jednak wcześniej tak zdecydowane – zob.
A. Chrząszcz, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, PPH 2013, 7, s. 43, gdzie stwierdza, że uzasadnione
jest wyodrębnienie dwóch modeli konsorcjum, przy czym w pierwszych z nich stanowi ono spółkę cywilną.
Dalej zaś, że umowa konsorcjum jako umowa spółki cywilnej wymaga formy pisemnej (art. 860 § 2 k.c.).

i stwierdzono, że obecnie nie budzi już wątpliwości, iż nie jest zasadą uznawanie konsorcjum za umowę spółki cywilnej, a ostateczna kwalifikacja zależy od tego, czy w umowie konsorcjum można dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej – czy w szczególności zakłada ona istnienie wspólnego majątku konsorcjantów i stosownych więzi organizacyjnych.

Wnioski

W świetle powyższych wywodów zasadne jest pytanie o możliwość kwalifikacji umowy konsorcjum jako spółki cywilnej, co – jak wynika z przytoczonego orzecznictwa – miałyby daleko idące konsekwencje prawne. Należy w związku z tym przypomnieć, że zgodnie z art. 860 § 1 k.c. przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. W świetle tego przepisu, obok wskazania wspólników, istnieją dwa istotne przedmiotowo elementy umowy spółki: wspólny cel gospodarczy oraz oznaczone działanie, przez które wspólnicy zobowiązują się dążyć do jego realizacji. Nie można jednak przeoczyć, że ważną cechą spółki cywilnej jest również istnienie majątku wspólnego wspólników (art. 863 k.c.), a także odpowiedzialność za jej zobowiązania (art. 864 k.c.). Zgodnie z art. 864 k.c. za zobowiązania spółki wspólnicy odpowiedzialni są solidarnie. Ponadto kodeks cywilny ustanawia zasady prowadzenia spraw spółki (art. 865 k.c.), reprezentacji spółki (art. 865 k.c.) oraz podziału jej zysków i uczestnictwa w stratach (art. 866 k.c.). W tym kontekście pojawia się pytanie, czy konsorcjum spełnia powyższe wymagania. Wyprzedzając dalsze wywody – w mojej ocenie brak jest podstaw do takiego wniosku.

Przeciwko kwalifikacji umowy konsorcjum jako umowy spółki przemawia już empirycznie ukształtowana nazwa tej umowy – która dowodzi, że zamiarem konsorcjantów nie było zawarcie umowy spółki. Strony zgodnie z art. 353¹ k.c. korzystają z zasady swobody umów i o ile nie naruszyły jej granic wynikających z tego przepisu, mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania. Faktem jest jednak, że powyższy argument nie ma charakteru rozstrzygającego, albowiem zgodnie z art. 65 § 1 k.c. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają – ze względu na okoliczności, w których zostało złożone – zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, przy czym w myśl art. 65 § 2 k.c. w umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu. Samo więc odmienne nazwanie umowy przez strony nie przesądza jej charakteru. Trzeba jednak przypomnieć, że umowa konsorcjum stanowi przykład umowy gospodarczej, najczęściej zawierana jest pomiędzy profesjonalistami o wysokim

stopniu specjalizacji. Tymczasem Sąd Najwyższy w wyroku z 6 czerwca 2019 r., II CSK 200/18, niepubl., wyraźnie podkreślił, że w obrocie gospodarczym powinno się zastosować bardziej rygorystyczne wymagania odnośnie do sporządzania umów. Z tekstu samej umowy wprost winno wynikać oznaczenie najbardziej podstawowych elementów zobowiązania, a zwłaszcza określenie stron stosunku prawnego.

Oparcie kwalifikacji zawieranej pomiędzy stronami umowy już na jej tytule jest przekonywające w świetle przytoczonej na wstępie regulacji prawnej – zawartej zwłaszcza w ustawie Prawo bankowe, a także ustawie o spółdzielniach socjalnych – które wprost posługują się terminem konsorcjum. Wykładnia systemowa tych przepisów przemawia przeciwko kwalifikowaniu rozpatrywanych konstrukcji prawnych jako spółki cywilnej. Byłoby to bowiem sprzeczne już nie tylko z intencją stron, wyrażoną poprzez tytuł zawartej umowy, ale również z postulatem racjonalnego ustawodawcy, który wobec tożsamyh umów używałby odmiennych nazw. Faktem jest jednak, że ten ostatni argument nie pozostaje aktualny na gruncie p.z.p., które nie posługuje się terminem konsorcjum. Skoro jednak na gruncie innych ustaw użyto odmiennej nazwy dla identycznej konstrukcji prawnej, to co najmniej dyskusyjna byłaby odmienna jej kwalifikacja oparta na p.z.p.

Wola ustawodawcy co do odmiennej kwalifikacji umowy konsorcjum wynika nie tylko z posłużenia się terminem konsorcjum, ale potwierdza ją również fragmentaryczna regulacja skutków wynikających z takiej umowy. Zgodnie z art. 445 ust. 1 p.z.p. wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Analogiczne unormowanie zawiera również art. 132a ust. 3 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych – stanowiąc, że świadczeniodawcy, o których mowa w ust. 1 (a więc współkonsorcjanci), ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy o udzielanie świadczeń opieki zdrowotnej. Z przytoczonych przepisów *de iure* wynika solidarna odpowiedzialność współkonsorcjantów za zobowiązania wynikające z umowy, której zawarcie było celem zawiązania konsorcjum. W pewnym uproszczeniu można powiedzieć, że mamy tu do czynienia ze zobowiązaniem konsorcjum. Gdyby zaś kwalifikować je jako spółkę cywilną, to przepisy te stanowiłyby *superfluum*, albowiem solidarna odpowiedzialność współników za zobowiązania spółki wynika już z art. 864 k.c. Nie można jednocześnie przeoczyć unormowania zawartego w art. 445 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym przepisu art. 445 ust. 1 nie stosuje się do zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową

zawartą między tymi wykonawcami. Przepis ten wyłącza solidarną odpowiedzialność współkonsorcjantów, a jednocześnie czyni skutecznymi wobec zamawiającego postanowienia umowy konsorcjum co do zakresu prac, które będą wykonywane przez poszczególnych współkonsorcjantów, jedynie bowiem w tym zakresie powstanie odpowiedzialność wobec zamawiającego. W konsekwencji konsorcjant odpowiedzialny za fazę badawczo-rozwojową nie będzie ponosił odpowiedzialności za fazę produkcyjną. Uregulowanie w art. 445 ust. 2 p.z.p. indywidualnej odpowiedzialności za zobowiązania związane z realizacją umowy konsorcjum stanowiłoby przełamanie istotnej cechy spółki cywilnej. Nie budzi jednocześnie wątpliwości, że art. 864 k.c. dotyczący tej kwestii ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego. Powyższe uregulowanie stanowi więc swoistą cechę umowy konsorcjum budowlanego – co także przemawia przeciwko kwalifikowaniu konsorcjum jako spółki cywilnej.

Trzeba jednak przyznać, że ustawodawca nie jest konsekwentny, gdy chodzi o odróżnienie umowy konsorcjum od umowy spółki. Dyskusyjna jest w tym zakresie regulacja zawarta w art. 15b ust. 5 ustawy o spółdzielniach socjalnych; zgodnie z tym przepisem w zakresie nieuregulowanym niniejszą ustawą do konsorcjum spółdzielczego stosuje się przepisy o spółce, o której mowa w ustawie z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1061, 1237). O ile stosowanie nawet do umów nienazwanych niektórych przepisów o umowach nazwanych jest spotykaną praktyką legislacyjną, o tyle w takich przypadkach ustawodawca przewiduje jedynie odpowiednie stosowanie przepisu. Tymczasem art. 15b ust. 5 ustawy o spółdzielniach socjalnych o stosowaniu odpowiednim nie wspomina, a to oznacza, że w zakresie oznaczonym w tym przepisie do konsorcjum spółdzielczego przepisy o spółce cywilnej znajdują zastosowanie wprost – co mogłoby przemawiać za kwalifikacją umowy konsorcjum jako spółki cywilnej. Z tego też względu zasadne staje się jeszcze przeanalizowanie, czy umowa konsorcjum spełnia warunki, o których mowa w art. 860 § 1 k.c. – definiującym spółkę cywilną.

Umowa konsorcjum bez wątpienia cechuje się zbiorczością, która jest elementem charakterystycznym również dla umowy spółki. Jednocześnie poszczególni konsorcjanci w umowie zobowiązują się do pewnego działania, co także wypełnia cechy spółki cywilnej. W umowie konsorcjum, inaczej niż w umowie spółki, konsorcjanci nie zobowiązują się jednak do wniesienia wkładów, a przynajmniej nie tak nazywają przedmiot swojego zobowiązania. Niemniej powyższe nie jest elementem konstytutywnym spółki cywilnej. W doktrynie zasadnie bowiem wskazuje się, że działanie współnika, do czego ten zobowiązuje się w umowie spółki, nie musi polegać na wniesieniu wkładu, a spółka cywilna może być nawet bezwkładowa – co będzie miało miejsce wówczas, gdy żaden współnik nie jest zobowiązany do wniesienia

wkładu³⁹. Poza tym – zgodnie z art. 861 § 1 k.c. – wkład wspólnika może polegać na wniesieniu do spółki własności lub innych praw albo na świadczeniu usług. Uczestnik konsorcjum w umowie po wielokroć zobowiązuje się do działania, które wypełnia cechy wynikające z powyższego przepisu i może być uznane za jego wkład, zwłaszcza polegający na świadczeniu usług. Dla rozważanej kwalifikacji nie ma jednocześnie znaczenia brak istnienia majątku wspólnego wspólników, albowiem nie jest to warunek uznania danego stosunku prawnego za spółkę cywilną.

Niezależnie od powyższego warunkiem konstytutywnym umowy spółki – należącym do jej *essentialia negotii* – jest określenie wspólnego celu gospodarczego, który *de lege lata* wyróżnia spółkę cywilną⁴⁰. Pojęcie to jest szeroko rozumiane i cel każdego z wymienionych na wstępie konsorcjów, zwłaszcza zaś budowlanego, umożliwia uznanie go za cel gospodarczy, a więc ukierunkowany na osiągnięcie pewnej korzyści majątkowej. Nie ma również znaczenia, że cel konsorcjum – przede wszystkim budowlanego – zawieranego w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ma charakter ukierunkowany na to postępowanie. Przedsięwzięcie realizowane bowiem w ramach umowy spółki, aczkolwiek najczęściej związane jest ze wspólnym prowadzeniem działalności gospodarczej, może jednak mieć również charakter jednorazowy, jednostkowy. Niezależne wszakże od gospodarczego charakteru – cel przyświecający zawarciu umowy spółki musi być wspólny, a więc ponadindywidualny, odrębny od celów jednostkowych poszczególnych wspólników⁴¹. Ze wspólnością celu mamy do czynienia wówczas, gdy jest on realizowany we wspólnym imieniu i na wspólny rachunek. Aczkolwiek pojęcie to nie jest jednolicie rozumiane w doktrynie, to jednak bardziej przekonujące jest stanowisko upatrujące owego wspólnego celu w przedsięwzięciu gospodarczym, które wspólnicy zamierzają wspólnie realizować⁴². Wyrazem owej wspólności jest również wspólne prowadzenie spraw i reprezentowanie spółki. W przypadku konsorcjum, niezależnie od jego rodzaju, wymóg istnienia tak rozumianego wspólnego celu nie jest spełniony – co także sprzeciwia się kwalifikowaniu go jako umowy spółki cywilnej. Wniosek ten nie budzi żadnych wątpliwości w przypadku konsorcjum zdecentralizowanego, w ramach którego poszczególni jego uczestnicy działają samodzielnie i indywidualnie nawiązują stosunki prawne związane z jego realizacją. Konsorcjanci co prawda realizują wspólne przedsięwzięcie, ale jednak w indywidualnym celu. Z reguły są również wówczas indywidualnie rozliczani z zamawiającym. Niemniej również w przypadku konsorcjum scentralizowanego analizowany warunek nie jest spełniony. W takim bowiem przypadku przedsięwzięcie

³⁹ Tak K. Pietrzykowski, Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088, Warszawa 2005, s. 736.

⁴⁰ Tak M. Romanowski [w:] System prawa prywatnego, tom 16B. Prawo spółek osobowych, W.J. Katner (red.), Warszawa 2023, s. 159.

⁴¹ Tak A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), System prawa prywatnego, tom 16, s. 788.

⁴² Tak W. Pyzioł [w:] W. Pyzioł, A. Szumański, I. Weiss, Prawo spółek, Bydgoszcz–Kraków 2004, s. 46.

jest realizowane przede wszystkim przez lidera konsorcjum; to on występuje w relacjach z zamawiającym, rola pozostałych uczestników konsorcjum zbliżona jest natomiast do podwykonawców. Nie można więc mówić o realizacji celu we wspólnym interesie i na wspólny rachunek. W dodatku w doktrynie zasadnie wskazuje się, że działania podejmowane przez konsorcjantów nie są wspólne, lecz jedynie odpowiednio skoordynowane, zysk jest zaś wyrazem partycypowania w uzgodnionej cenie. Celu wspólnego brak jest również w konsorcjum bankowym – w którym oprocentowanie i prowizje pobierane są przez poszczególne banki⁴³.

Nie można pominąć i tego faktu, że skutkiem zawarcia umowy spółki jest powstanie pomiędzy wspólnikami nie tylko więzi czysto obligacyjnej (jak w przypadku innych umów uregulowanych w księdze trzeciej kodeksu cywilnego), ale także stworzenie pewnej więzi korporacyjnej⁴⁴. Przejawem tych właśnie więzi jest powstanie majątku wspólnego wspólników na zasadzie wspólności łącznej, unormowanie zasad prowadzenia spraw spółki, reprezentacji spółki czy też możliwości wystąpienia z niej na skutek wypowiedzenia umowy. Wreszcie art. 871 k.c. reguluje zasady rozliczenia ze wspólnikiem występującym ze spółki. Aczkolwiek dziś już bezsporne jest, że spółka cywilna nie ma podmiotowości prawnej, to jednak w doktrynie wskazuje się, iż z chwilą zawarcia umowy spółki dochodzi do powstania wspólnoty, którą można byłoby określić mianem jednostki organizacyjnej⁴⁵. Powyższa charakterystyka nie odpowiada specyfice umowy konsorcjum – co po części związane jest z konkretnym celem, który przyświeca zawarciu tej umowy, niezależnie od podstawy prawnej działania konsorcjantów. Konsorcjanci nie zmierzają do stworzenia niczego więcej ponad więź obligacyjną. Strony umowy konsorcjum nie mają zamiaru osiągnięcia większego stopnia zespolenia niż to, które jest niezbędne dla uzyskania określonego zamówienia publicznego czy udzielenia określonego kredytu⁴⁶. Tymczasem u podstaw każdej spółki musi przecież leżeć *affectio societatis*, którego w przypadku umowy konsorcjum po prostu brak. W przypadku umowy konsorcjum nie dochodzi również do powstania wspólnego przedsiębiorstwa. Nie jest ono co prawda koniecznym atrybutem wspólników spółki cywilnej, niemniej często występującym. Aczkolwiek natura prawna konsorcjów jest zróżnicowana, to jednak zwłaszcza w przypadku konsorcjum zdecentralizowanego o jakimkolwiek zorganizowaniu wewnętrznym między konsorcjantami trudno mówić. W przypadku

⁴³ Tak T. Mróz, A. Opalski, U. Promińska [w:] System..., tom 9, s. 1277.

⁴⁴ Na niewytworzenie pomiędzy konsorcjantami więzi organizacyjnej zwraca uwagę J. Lic, Spółka..., rozdz. 5, § 3 pkt 2.

⁴⁵ Tak J. Frąckowiak, Konstrukcja prawna spółki cywilnej [w:] Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego. Warszawa 2005, s. 112.

⁴⁶ Na aspekt ten zwraca również uwagę Ł. Węgrzynowski, Charakter..., s. 36 – trafnie podkreślając, że umowa konsorcjum umożliwia podjęcie współdziałania w elastycznej formie prawnej, dostosowanej do konkretnych potrzeb stron umowy, bez osiągania stopnia zespolenia organizacyjnego charakterystycznego dla umowy spółki cywilnej.

konsorcjum scentralizowanego ustanawiany jest lider konsorcjum, ale podstawą jego działania bywa najczęściej pełnomocnictwo udzielane w związku z zawartą umową i stanowiące do niej załącznik⁴⁷. Zresztą w konsorcjach budowlanych jest to wymuszane przez art. 58 ust. 2 p.z.p., który wymaga, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie publiczne ustanowili pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dowodem niewytworzenia po stronie współkonsorcjantów owej wewnętrznej więzi jest również wskazany już wyżej brak majątku wspólnego współników, albowiem z uwagi na charakter współpracy wyodrębnienie takiej konstrukcji nie jest potrzebne.

Wreszcie trzeba podkreślić, że spółka cywilna jest wspólnotą zysków i strat. Daje temu wyraz przede wszystkim art. 867 § 1 k.c., zgodnie z którym każdy współnik jest uprawniony do równego udziału w zyskach i w tym samym stosunku uczestniczy w stratach – bez względu na rodzaj i wartość wkładu. W umowie spółki można inaczej ustalić stosunek udziału współników w zyskach i stratach. Można nawet zwolnić niektórych współników od udziału w stratach. Natomiast nie można wyłączyć współnika od udziału w zyskach. Ważnym elementem konstrukcyjnym umowy spółki jest bowiem niedopuszczalność całkowitego wyłączenia współnika od udziału w zyskach – z zachowaniem możliwości wyłączenia go od udziału w stratach. Przez niektórych przedstawicieli doktryny to właśnie ów udział w zyskach jest utożsamiany ze wspólnym celem przyświecającym współnikom decydującym się na zawarcie umowy spółki. Z uwagi na losowy charakter tej umowy osiągnięcie zysku co prawda nie jest przesądzone, niemniej sposób jego podziału w razie pomyślnego prowadzenia spółki jest wiadomy. Tymczasem w przypadku umowy konsorcjum do rozliczenia zysków i strat nie dochodzi globalnie, ale indywidualnie – w stosunku do każdego z konsorcjantów⁴⁸. Z tego też względu nawet jeśli konsorcjum będzie stanowiło wspólnotę przychodów (np. w przypadku konsorcjum scentralizowanego jedna cena płacona przez zamawiającego), to zyski i straty będą już rozliczane indywidualnie przez poszczególnych konsorcjantów. Może w szczególności dojść do sytuacji, w której jeden z konsorcjantów nie uzyska żadnego zysku. W przypadku zakwalifikowania umowy konsorcjum jako umowy spółki sytuacja taka byłaby wykluczona. Okoliczność ta również uniemożliwia kwalifikowanie konsorcjum jako umowy spółki.

Z przeprowadzonej analizy wynika, że brak jest podstaw do kwalifikowania umowy konsorcjum jako umowy spółki cywilnej. Stanowi ona natomiast umowę nienazwaną, zawieraną przez strony w ramach swobody umów (art. 353¹ k.c.), stypizowaną empirycznie. Umowa konsorcjum – w zależności od

⁴⁷ Zob. J. Lic, *Spółka...*, ibid. Autor ten trafnie wskazuje, że lider konsorcjum (pełnomocnik) działa w imieniu poszczególnych uczestników, a nie konsorcjum jako takiego.

⁴⁸ Szerzej T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, pkt 5.3.4.6.

woli stron – może mieć pewne cechy tożsame ze spółką cywilną, niemniej nie-
trafne byłoby jej uznanie za spółkę cywilną. Powyższe oznacza, że w każdym
przypadku niezbędna jest szczegółowa analiza treści umowy w celu zbadania
charakteru nawiązywanego stosunku prawnego oraz zastosowania właści-
wych przepisów prawa materialnego i procesowego.

Abstrakt

Celem artykułu jest analiza charakteru prawnego konsorcjum budowlanego. Z uwagi na nienazwany charakter tej umowy gospodarczej jej istota – zarówno w świetle przepisów prawa materialnego, jak i procesowego – budzi wątpliwości. W artykule zostanie przytoczone dawniejsze orzecznictwo Sądu Najwyższego oraz sądów powszechnych, w którym konsorcjum było kwalifikowane jako spółka cywilna. Niemniej teza ta zostanie podważona. Brak jest bowiem podstaw do wniosku, że konsorcjum co do zasady stanowi spółkę cywilną. Ostateczna kwalifikacja umowy konsorcjum wymaga analizy jej istoty i co prawda nie jest wykluczone uznanie jej za spółkę cywilną, niemniej będzie to raczej sytuacja wyjątkowa.

Słowa kluczowe: konsorcjum, umowa konsorcjum, spółka cywilna.

BIBLIOGRAFIA

Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Sędziego Stanisława Rudnickiego, Warszawa 2005.

Bajor B., Kociucki L., Kondek J.M., Królikowska K., Prawo bankowe. Komentarz do przepisów cywilnych, Warszawa 2020.

Bieluk J., Zadykowicz-Sokół Katarzyna Z., Umowa o roboty budowlane w kodeksie cywilnym i prawie zamówień publicznych. Komentarz. Linia orzecnicza. Wzory pism, Warszawa 2024.

Bierecki D., Zasada swobody umów w prawie spółdzielczym, Warszawa 2021.

Całus A., Prawo cywilne i handlowe państw obcych, Warszawa 1985.

Chrząszcz A., *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2013, 7.

Chrząszcz A., *Kilka uwag na temat konsorcjum bankowego*, „Zarządzanie Finansami Rachunkowość” 2015, 3.

Czech T., *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011.

Dzierżanowski W. i in., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.

- Gawrońska-Baran A. i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX/el. 2024.
- Granecki P., Granecka I., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2024.
- Jaworska M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2024, Legalis.
- Katner W.J. (red.), Prawo zobowiązań – umowy nienazwane. System prawa prywatnego, tom 9, wyd. 4, Warszawa 2023.
- Kondek J.M., Wierzytelności przysługujące konsorcjantom, „Przegląd Prawa Handlowego” 2020, 4.
- Lic J., Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej, Warszawa 2013.
- Michalik A., Konsorcjum spółdzielcze szansą na zwiększenie ekonomicznej pozycji sektora spółdzielczości socjalnej, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2019, 10.
- Mikos-Sitek A., Zapadka P. (red.), Prawo bankowe. Komentarz, Warszawa 2022.
- Muchowska-Zwara K., Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez prawo zamówień publicznych, Warszawa 2015.
- Niepytalski T., Konsorcjum. Umowa o współpracy gospodarczej, Warszawa 2011.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021.
- Nowicki J.E., Wiśniewski P., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023.
- Osajda K. (red. serii), Dybiński J. (red. tomu), Prawo bankowe, Warszawa 2023.
- Pieróg J., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015.
- Pietrzykowski K., Kodeks cywilny. Komentarz do art. 450–1088, Warszawa 2005.
- Pyzioł W., Szumański A., Weiss I., Prawo spółek, Bydgoszcz–Kraków 2004.
- Romanowski M. (red.), System prawa prywatnego, tom 16B. Prawo spółek osobowych, Warszawa 2023.
- Stec M. (red.), System prawa handlowego, tom 5A. Prawo umów handlowych, Warszawa, 2020.
- Stecki L., Konsorcjum, Toruń 1994.
- Strzępka J.A., Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne, „Monitor Prawniczy” 2012, 14, Legalis.
- Szajkowski A. (red.), System prawa prywatnego, tom 16, Warszawa 2016.
- Węgrzynowski Ł., Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum, „Przegląd Sądowy” 2016, 5.



Katarzyna Krziskowska*

Uprawnienia konsorcjanta do samodzielnego dochodzenia roszczeń

[Entitlement of a Consortium Member to Claim Independently for Works Carried Out As Part of a Consortium]

Abstract

The purpose of this article is to provide an overview of the issues related to the possibility for consortium members to independently assert claims arising from a construction contract concluded under public procurement. This applies in particular to advance payment of remuneration, remuneration for performance of the contract and other claims arising, for example, in connection with withdrawal from the contract, including claims for damages or unjust enrichment. The possibility to assert claims independently is closely related to the legal nature of the consortium agreement (whether it is a civil partnership agreement) and the content of the investment agreement. In the case of divisible benefits, such a possibility arises from the content of Article 379 § 1 of the Civil Code and constitutes a rule from which exceptions may occur, related to the specific shaping of the investment agreement with respect to the nature of the contractors' claims or the manner of performance. At the same time, substantive legal issues determine the right of the consortium members to stand as parties to the proceedings in order to submit claims against the ordering party, with necessary co-participation occurring exceptionally, when the consortium is at the same time a civil partnership or as regards claims concerning indivisible benefits, if any of the other consortium members objects.

Keywords: construction consortium, consortium members' claims against the contracting authority, divisible benefits, joint and several liability, legal standing.

* **Katarzyna Krziskowska** – sędzia Sądu Okręgowego w Katowicach, Uniwersytet Śląski w Katowicach (afiliacja), wykładowca Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury; <https://orcid.org/0009-0001-4077-5164>; k.krziskowska@op.pl / Judge of the Regional Court in Katowice, University of Silesia in Katowice (affiliation), Lecturer at the National School of Judiciary and Public Prosecution.

Uwagi wstępne

Uprawnienia wierzycielskie uczestników konsorcjum budowlanego, ich przedmiot, zakres i sposób realizacji stanowią nadal przedmiot ożywionych dyskusji prowadzonych zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie. W głównej mierze wynika to z faktu braku regulacji prawnej umowy konsorcjum, która została wypracowana przez praktykę gospodarczą i nie stanowi nadal – mimo częstotliwości jej występowania w obrocie – umowy nazwanej prawa cywilnego, po części zaś wynika z faktu występowania wielu odmian (czy rodzajów) takich umów, z różnie ukształtowanym zakresem praw i obowiązków stron umowy konsorcyjnej. W tekstach prawnych ustawodawca niezwykle rzadko posługuje się wprost określeniem „konsorcjum”, np. w prawie bankowym¹ w art. 73 ust. 1 – wskazując możliwość zawarcia przez banki umowy o utworzeniu konsorcjum bankowego w celu wspólnego udzielenia kredytu. W prawie zamówień publicznych² w art. 58 ust. 1 założono natomiast, że wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia, bez bliższego jednak określenia formy takiego „wspólnego ubiegania się”, co daje dużą swobodę wykonawcom w zakresie organizacyjnych i prawnych ram współdziałania. Pojęcie konsorcjum pochodzi od łacińskiego *consortium* i oznacza wspólnotę, w przypadku konsorcjum budowlanego oznacza natomiast wspólne przedsięwzięcie przedsiębiorców podjęte w celu realizacji na rzecz podmiotu trzeciego zadania inwestycyjnego – wykonania obiektu w rozumieniu art. 647 i nn. k.c. lub realizacji innych dodatkowych usług służących wykonaniu robót budowlanych.

Niewątpliwie konsorcjum stanowi specyficzny typ umowy o wspólne przedsięwzięcie, ujmowany przez niektórych przedstawicieli doktryny jako rodzaj umowy *joint venture*, przy czym elementem, który ma wyróżniać umowę konsorcjum od innych tego typu umów kooperacyjnych, jest jej przedmiot w postaci konkretnego przedsięwzięcia gospodarczego, jak: wybudowanie drogi, udzielenie kredytu czy emisja akcji. Współpraca uczestników konsorcjum odbywa się na zasadzie wspólnego ponoszenia ryzyka i wspólnego odnoszenia korzyści. Nie ma charakteru stałego, chociaż czasami może trwać bardzo długo, np. jeśli jej przedmiotem jest budowa dużego obiektu przemysłowego. Nie oznacza to jednak tymczasowości współpracy. W takim ujęciu konsorcjum stanowi wzbogaconą umowę spółki prawa cywilnego lub spółki jawnej, która z uwagi na jej przedmiot ma charakter spółki okolicznościowej lub doraźnej³.

¹ Ustawa z 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1646; dalej: pr. bank.).

² Ustawa z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320, dalej: p.z.p.).

³ Zob. S. Włodyka [w:] M. Stec (red.), System prawa handlowego, tom 5a. Prawo umów handlowych, Warszawa 2020, ss. 737 i 738; J. Lic, Konstrukcja umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych, PZP 2015, 4, s. 146; podobnie J.A. Strzępka, Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne, MoP 2012, 14, s. 738.

W opinii innych konsorcjum nie stanowi rodzaju współpracy o charakterze joint venture, lecz organizacyjną formę kooperacji gospodarczej polegającą na współpracy dwóch lub więcej podmiotów celem realizacji pewnego wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego. Realizacja tego celu jest głównym motywem nawiązania takiej formy współpracy, podczas gdy umowa joint venture w klasycznym ujęciu zakłada współpracę gospodarczą kilku partnerów o charakterze trwałym – w ramach stabilnej struktury organizacyjnej w postaci wspólnego przedsiębiorstwa, które posiada własny majątek. W konsorcjum najistotniejszą kwestią nie jest specyfika powiązań między uczestnikami, ale motywy kierujące jego założycielami⁴. Ponadto konsorcjum bywa definiowane jako ustanowiona między samodzielnymi przedsiębiorstwami okolicznościowa wspólnota interesów, tworzona na okres potrzebny do zrealizowania zamierzonego celu – przy czym czas trwania konsorcjum jest od tego celu uzależniony⁵. Część przedstawicieli doktryny⁶ opowiada się przy tym za wyraźnym odróżnieniem umowy konsorcjum od umowy spółki cywilnej, wskazując, że umowa konsorcjalna stanowi umowę nienazwaną k.c., do której jedynie odpowiednio można stosować przepisy kodeksu cywilnego o spółce, z tym jednak zastrzeżeniem, że strony mogą ukształtować umowę spółki konsorcjalnej na wzór umowy spółki cywilnej.

W obrocie występuje wiele rodzajów konsorcjów, które można podzielić według różnych kryteriów. Ze względu na sposób powstania można mówić o konsorcjum pojedynczym, gdy inicjator konsorcjum zawiera oddzielne umowy z uczestnikami (partnerami), a także o konsorcjum jednolitym, polegającym na zawarciu jednej wielostronnej umowy łączącej wszystkich uczestników konsorcjum, która kreuje wielostronny stosunek prawny⁷. Ze względu na relacje z podmiotami trzecimi można wyróżnić konsorcjum wewnętrzne – zwane cichym lub ukrytym, którego uczestnicy nie ujawniają swojej współpracy na zewnątrz, a w umowie związanej w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia występują we własnym imieniu (podobnie jak w spółce cichej) – oraz konsorcjum zewnętrzne, w którym uczestnicy występują wobec osób trzecich jako jednolity podmiot (konsorcjum), najczęściej zastępowany przez osobę do tego upoważnioną⁸. Z uwagi na sposób reprezentacji można wyróżnić konsorcjum zdecentralizowane i scentralizowane. W pierwszym z wymienionych stopień integracji wewnętrznej jest niewielki, uczestnicy konsorcjum działają samodzielnie i w taki sposób nawiązują stosunki cywilno-

⁴ L. Stecki, *Konsorcjum*, Toruń 1997, ss. 8, 9 i 138; podobnie w tym przedmiocie J. Jędrszczyk, W. Serda, A. Szumański, *Wzory pism. Spółka cywilna, spółka cicha, spółka jawna, spółka komandytowa, spółka z o.o., spółka akcyjna, rejestr handlowy, pełnomocnicy handlowi, postępowanie upadłościowe wraz z komentarzem i pełnym orzecznictwem*, Kraków 1996, s. 33.

⁵ A. Całus, *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985, s. 111.

⁶ Zob. M. Podleś, L. Siwik, *Spółka cywilna w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2009, s. 21, J. Lic, *Konsorcjum w zamówieniach publicznych*, PZP 2008, 4, s. 101.

⁷ T. Czech, *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011, s. 68.

⁸ L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 62.

prawne w celu realizacji wspólnego przedsięwzięcia. Rola lidera konsorcjum ogranicza się w tym przypadku do koordynowania działań poszczególnych uczestników konsorcjum. W przeciwieństwie do powyższego w konsorcjum scentralizowanym poziom wewnętrznej i zewnętrznej integracji jest wysoki, gdyż powołany jest ośrodek zarządzający – lider konsorcjum, który najczęściej prowadzi dla wspólnego przedsięwzięcia odrębne biuro i księgowość i który występuje w imieniu konsorcjum na zewnątrz, zawierając umowy i reprezentując pozostałych uczestników. Działa on wówczas jako pełnomocnik, nie jako zastępca pośredni, a konsorcjum występuje w stosunkach cywilnoprawnych jako całość i zarazem strona takiego stosunku prawnego⁹. Ze względu na kryterium podmiotowo-przedmiotowe można wyróżnić:

- ◆ konsorcja przedsiębiorstw, realizujące wspólne przedsięwzięcia przemysłowe, handlowe i usługowe (w tym także zabezpieczenie emisji papierów wartościowych w formie konsorcjum emisyjnego¹⁰),
- ◆ konsorcja bankowe, zawierane najczęściej w celu wspólnego udzielenia kredytu i określane wówczas mianem konsorcjów kredytowych: finansujące – powstałe w celu finansowania w dłuższym okresie działalności określonego przedsiębiorcy – oraz moratoryjne i sanacyjne, powoływane w przypadku złej lub pogarszającej się sytuacji gospodarczej finansowanego przedsiębiorcy¹¹, a także
- ◆ konsorcja naukowo-przemysłowe¹², składające się z przedsiębiorców i jednostek naukowo-badawczych, gdzie wspólnym przedsięwzięciem jest przeprowadzenie określonych badań naukowych lub prac rozwojowych – w celu ich wykorzystania w gospodarce.

Największe znaczenie gospodarcze mają konsorcja przedsiębiorstw o charakterze inwestycyjnym, w tym w szczególności konsorcja budowlane. Są one zawiązywane w celu realizacji określonych inwestycji budowlanych, najczęściej o większym rozmiarze i poziomie skomplikowania, takich jak budowa dużego obiektu budowlanego czy autostrady – dość często w ramach zamówień publicznych. Przyczyną zawiązania konsorcjum budowlanego jest zazwyczaj brak możliwości samodzielnej realizacji inwestycji przez jednego wykonawcę lub też wysoka specjalizacja części prac lub instalacji, które mają stanowić część obiektu¹³ – co wymusza współdziałanie kilku przedsiębiorców o różnym przedmiocie działalności.

W związku z zawarciem umowy inwestycyjnej przez konsorcjum wykonawców uzyskują oni status zarówno dłużników, jak i wierzycieli w ramach

⁹ Zob. S. Włodyka [w:] M. Stec (red.), *System...*, s. 740; T. Czech, *Konsorcjum...*, s. 68.

¹⁰ A. Opalski [w:] W.J. Katner (red.), *System prawa prywatnego*, tom 9. *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2023, s. 1271.

¹¹ S. Włodyka, *Strategiczne umowy przedsiębiorców*, Warszawa 2000, s. 258 i nn.

¹² L. Stecki, *Konsorcjum*, s. 13.

¹³ Zob. S. Włodyka, *Strategiczne...*, s. 262; J. May, *Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum*, PZP 2015, 2, s. 78; P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 232 i nn.

stosunku umownego łączącego ich z zamawiającym. Wierzytelności po stronie uczestników konsorcjum mogą dotyczyć zaliczek na wynagrodzenie (art. 420 i 442 p.z.p.), wynagrodzenia za wykonanie umowy oraz innych wierzytelności, powstałych np. w związku z odstąpieniem od umowy, w tym roszczeń odszkodowawczych lub z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia¹⁴. Możliwość samodzielnego dochodzenia takich roszczeń ma ścisły związek z charakterem prawnym umowy konsorcjum oraz rozstrzygnięciem, czy po stronie konsorcjantów w takiej sytuacji występuje wspólność wierzytelności. Kwestie materialnoprawne przesądzą równocześnie o istnieniu lub nieistnieniu po stronie poszczególnych konsorcjantów legitymacji procesowej czynnej do wystąpienia z żądaniami wobec zamawiającego lub osób trzecich w związku z zawartą w ramach konsorcjum umową inwestycyjną.

Charakter prawny umowy konsorcjum budowlanego

Powołany powyżej art. 58 ust. 1 p.z.p. nie przesądza ani też nie narzuca wykonawcom ubiegającym się wspólnie o udzielenie zamówienia formy prawnej współdziałania w takim celu ani charakteru prawnego umowy założycielskiej¹⁵. W art. 58 ust. 3 p.z.p. wyraźnie zastrzeżono, że 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. Przepis ten stanowi wyraz implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE¹⁶ (art. 19 ust. 2 dyrektywy). Jak wskazano w pkt 15 preambuły dyrektywy, należy doprecyzować, że grupy wykonawców – również w przypadku, gdy przyjęły one formę tymczasowego stowarzyszenia – mogą brać udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia bez konieczności przyjmowania określonej formy prawnej. W zakresie, w jakim jest to konieczne – gdy np. istnieje wymóg odpowiedzialności solidarnej – określona forma może być wymagana w sytuacji, gdy takim grupom udzielono zamówienia. Przepisy prawa zamówień publicznych o współwykonawstwie dotyczą zasadniczo reprezentacji i odpowiedzialności współwykonawców. Zgodnie z art. 58 ust. 2 p.z.p. wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia są zobowiązani do ustanowienia pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia

¹⁴ M. Czerwiński, Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych, Warszawa 2020, s. 508.

¹⁵ S. Babiarczy [w:] S. Babiarczy, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2013, s. 191.

¹⁶ Dz. Urz. UE L nr 94, s. 65 ze zm.

publicznego. Zgodnie zaś z art. 445 ust. 1 p.z.p. wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Nie dotyczy to jednak zamówienia udzielonego w trybie partnerstwa innowacyjnego wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia. W takim bowiem przypadku wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy w części, którą wykonują zgodnie z umową zawartą między tymi wykonawcami (ust. 2).

Nawet jednak uznanie, że wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia wymaga w każdym przypadku zawarcia umowy konsorcjum¹⁷, w dalszym ciągu nie przesądza o charakterze prawnym stosunku zobowiązaniowego, w tym o zawarciu przez wykonawców umowy spółki prawa cywilnego. Decydująca w tym zakresie powinna być wola stron takiej umowy i treść złożonych oświadczeń woli. Już z wcześniejszych wypowiedzi Sądu Najwyższego wynika, że „sama tylko wspólnota celu nie decyduje o kwalifikacji współdziałania jako spółki cywilnej”, w innym zaś miejscu uzasadnienia tego orzeczenia SN uznał, że „nie ma podstaw do automatycznego kwalifikowania wszystkich umów o współdziałanie (lub podobnie nazywanych) – w tym także zawieranych w postępowaniu zmierzającym do udzielenia i wykonania zamówienia publicznego – jako umów spółki cywilnej. Uznanie konkretnej umowy konsorcjalnej za umowę spółki cywilnej jest możliwe wtedy, gdy można w niej dostrzec wszystkie cechy konstrukcyjne umowy spółki cywilnej”¹⁸. Ponadto – jak stwierdził SA w Szczecinie¹⁹ – „konsorcjum jest stosunkiem obligacyjnym kreowanym umową, w wyniku której powstaje stosunek prawny konsorcjum, a każda z jego stron (konsorcjant) zobowiązuje się do określonego uczestnictwa w konsorcjum i do oznaczonego działania na jego rzecz, a tym samym na rzecz pozostałych konsorcjantów, dla osiągnięcia celu, dla którego umowa została zawarta. Konsorcjanci zobowiązują się do działań i świadczeń zmierzających do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przyjętego przez konsorcjum, zobowiązując się tym samym, tak jak w przedmiotowej sprawie, do wspólnego działania. „Wspólność” celu gospodarczego jest podstawowym atrybutem konsorcjum. Umowa konsorcjum nie jest uregulowana w kodeksie cywilnym, jest zatem traktowana jako umowa nienazwana kreowana treścią umowy w ramach swobody kształtowania stosunku zobowiązaniowego przewidzianej w art. 353¹ k.c. Niewątpliwie cechą wyróżniającą umowę spółki cywilnej jest ustanowienie przez strony tej umowy odrębnego wspólnego ma-

¹⁷ Za czym zdają się opowiadać M. Stachowiak [w:] W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 197; J. Niczyporuk [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 99.

¹⁸ Zob. wyrok SN z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, *Legalis*; podobnie o znaczeniu woli stron SN w postanowieniu z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, SA w Białymstoku w wyroku z 17 października 2012 r., I ACA 460/12, *Legalis*.

¹⁹ Wyrok SA w Szczecinie z 7 marca 2013 r., I ACA 718/12, *Legalis*.

jątku współników powstałego zasadniczo przez wniesienie wkładów (art. 860 § 1 k.c.). Jeżeli zatem w umowie konsorcjum przewidziano obowiązek wniesienia wkładów i ustanowienie odrębnego majątku konsorcjum, to znaczy, że konsorcjanci wyrazili wolę zawarcia umowy spółki prawa cywilnego – ze wszystkimi tego konsekwencjami. Najistotniejsze z punktu widzenia możliwości dochodzenia roszczeń przez konsorcjantów będzie uznanie w takim przypadku, że wierzytelności członków konsorcjum będą objęte wspólnością łączną i regulacją art. 860 i nn. k.c. A *contrario* zatem, jeśli w umowie konsorcjum nie przewidziano wniesienia wkładów i wspólnego majątku, to taka umowa zawarta w celu wspólnego wykonania określonej inwestycji budowlanej (w tym obiekty w rozumieniu art. 647 k.c.) nie stanowi umowy spółki cywilnej, lecz umowę nienazwaną kodeksu cywilnego, do której stosuje się regulacje ogólne, w tym art. 353¹ k.c.²⁰

Podobnie w tej kwestii wypowiedział się SA w Katowicach²¹, stwierdzając, że umowa konsorcjum nie została odrębnie stypizowana w obowiązujących przepisach, ma ona charakter umowy nienazwanej, której treść wyznaczają każdorazowo oświadczenia stron zmierzające do związania się stosunkiem prawnym, z zastrzeżeniem art. 56 k.c. Należy mieć przy tym na uwadze, że wobec brzmienia art. 23 i w związku z art. 2 pkt 11 p.z.p. fakt udziału kilku osób przy ubieganiu się, a następnie realizacji zamówienia realizowanego ze środków publicznych – nie powoduje *per se* powstania pomiędzy nimi więzi prawnej odpowiadającej stosunkowi spółki cywilnej. Wymaga to każdorazowej analizy treści stosunku prawnego, jaki łączy uczestników wielopodmiotowego wykonawcy zamówienia, ponieważ nie ma podstaw, aby z założenia umowę konsorcjum przyrównywać do spółki cywilnej i rozstrzygać o prawach i obowiązkach jej stron na podstawie art. 860 i nn. k.c.

W nauce prawa wyrażono ponadto pogląd, że w sprawach zamówień publicznych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą zawrzeć albo umowę okolicznościowej spółki cywilnej powołanej do tego celu, albo umowę konsorcjum jako umowę nienazwaną prowadzącą do zorganizowanej formy współdziałania prawnie niezależnych podmiotów dla realizacji wspólnego celu gospodarczego – ze wskazaniem, że formy te nawzajem się wykluczają²². Pogląd ten wydaje się zbyt daleko idący, szczególnie wobec przedstawionych na wstępie stanowisk doktryny i przytoczonego orzecznictwa, niemniej należy w pełni podzielić wywody autora, iż postanowienia umowy o obowiązku wniesienia wkładów i utworzeniu odrębnego majątku muszą być wyraźne i nie można ich domniemywać, a o tym, czy zawarto umowę

²⁰ Zob. J.M. Kondek, Wierzytelności przysługujące konsorcjantom, PPH 2020, 4, s. 17; Ł. Węgrzynowski, Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum, PS 2016, 5, ss. 35 i 36.

²¹ Zob. wyrok SA w Katowicach z 3 stycznia 2020 r., V AGa 291/19, Legalis; podobnie w tym przedmiocie wyrok SA w Warszawie z 29 czerwca 2021 r., VII AGa 407/20, Legalis i postanowienie SN z 31 stycznia 2018 r., I CSK 590/17, Legalis i cytowane tam wcześniejsze orzeczenia.

²² J. Lic, Konstrukcja..., s. 148.

konsorcjum, czy umowę spółki cywilnej – powinna rozstrzygać wola samych stron umowy²³. W obrocie gospodarczym wykonawcy zamierzający ubiegać się wspólnie o udzielenie zamówienia nie są co do zasady zainteresowani przyjmowaniem sztywnej formy organizacyjnej, w szczególności o trwałym charakterze, lecz zawarciem umowy w elastycznych ramach organizacyjnych. Umowy takie zazwyczaj przybierają formę konsorcjum jednolitego, zewnętrznego i scentralizowanego²⁴. Skoro z art. 58 ust. 2 p.z.p. wynika obowiązek ustanowienia pełnomocnika przez wykonawców, oznacza to, że wykonawcy nie tracą swojej odrębności prawnej. Przepis ten, jak wskazano w piśmiennictwie²⁵, byłby całkowicie zbędny wobec przyjęcia, że każde konsorcjum wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia stanowiłoby pod względem jurydycznym umowę spółki prawa cywilnego, gdyż kwestię reprezentacji w spółce cywilnej reguluje całościowo przepis art. 866 k.c. Zdaniem jednak innych przedstawicieli doktryny²⁶ art. 58 ust. 2 p.z.p. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 866 k.c., wyłączając stosowanie ostatniego z wymienionych przepisów. Nie można też z art. 445 ust. 1 p.z.p. wyprowadzić podstawy wspólności wierzytelności konsorcjantów, gdyż solidarność bierna nie implikuje w żaden sposób powstania solidarności czynnej w ramach tego samego stosunku prawnego²⁷. Nie można wskazać żadnej regulacji prawnej (w tym żadnego przepisu prawa zamówień publicznych), z której wynikałaby solidarność wierzycieli-wykonawców jako uczestników konsorcjum, które nie jest spółką cywilną; nie przemawia za tym również istota stosunku prawnego konsorcjum²⁸.

Na gruncie poprzednio obowiązujących art. 23 i 141 d.p.z.p. tożsamy pogląd wyraził Sąd Najwyższy²⁹, stwierdzając, że art. 23 p.z.p. nie odnosi się do postępowania, w którym dochodzone roszczenia wynikają m.in. z umowy o roboty budowlane zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Artykuł 141 p.z.p. nie jest ustawowym źródłem współuczestnictwa koniecznego uczestników konsorcjum, ale wyłącznie ustawowym źródłem ich solidarnej odpowiedzialności za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, których to elementów nie można oczywiście ze sobą utożsamiać. Wynikająca z niego solidarność bierna wykonawców nie rodzi po ich stronie solidarności czynnej w przedmiocie dochodzenia roszczeń czy to o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez każdego z nich roboty budowlane, czy też o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia.

²³ J. Lic, *Konstrukcja...*, s. 149.

²⁴ E. Zielińska, *Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane*, PZP 2015, 1, s. 135.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ S. Babiarczy [w:] S. Babiarczy, Z. Czernik, P. Janda, P. Pelczyński, *Prawo...*, s. 220, K. Gałczyńska-Lisik, *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, PPH 2006, 10, s. 45.

²⁷ J.M. Kondek, *Wierzytelności...*, s. 18.

²⁸ T. Szanciło, *Sytuacja procesowa członków konsorcjum*, „Prawo i Więź” 2024, 5, ss. 232 i 233.

²⁹ Zob. wyrok SN z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, Legalis.

Podstawy dochodzenia roszczeń przez uczestników konsorcjum

Ponieważ uczestnicy konsorcjum budowlanego nie tracą swojej odrębności jako podmioty praw i obowiązków zarówno w trakcie wspólnego ubiegania się o zamówienie publiczne, jak i w momencie zawierania umowy inwestycyjnej z zamawiającym – oraz dalej w trakcie jej realizacji, o czym świadczy m.in. obowiązek powołania pełnomocnika wobec zamawiającego – to właściwe do oceny ich wierzytelności powstałych na tle wykonywania tej umowy będą ogólne przepisy o wielości wierzycieli, chyba że umowa konsorcjalna stanowić będzie pod względem prawnym umowę spółki cywilnej lub umowę innej spółki prawa handlowego (czego również w takiej sytuacji nie można wykluczyć). Równocześnie, jak wynika z wcześniejszych rozważań, umowa zawierana przez wykonawców kreuje konsorcjum zewnętrzne i jednolite, najczęściej o scentralizowanym charakterze; oznacza to, że umowa inwestycyjna po stronie wykonawczej ma charakter wielopodmiotowy – i owego faktu nie zmienia uprzednie zawarcie przez wykonawców umowy konsorcjum, gdyż umowa ta nie tworzy ani odrębnej jednostki organizacyjnej, ani też odrębnego podmiotu praw i obowiązków³⁰. Jak wskazano w orzecznictwie³¹, przyjęty model organizacyjny tworzy w takiej sytuacji stosunek obligacyjny, w którym poszczególni uczestnicy konsorcjum są współwykonawcami wspólnego zadania inwestycyjnego w wielopodmiotowym, ale zarazem dwustronnym stosunku obligacyjnym z zamawiającym. Przyjęty przez konsorcjantów podział robót między poszczególnych uczestników pozostaje sprawą obojętną dla zamawiającego, gdyż może on oczekiwać od nich wykonania całego zadania inwestycyjnego. Umowę inwestycyjną z zamawiającym zawierają konsorcjanci, a nie „konsorcjum” – nawet jeśli podpisuje ją w imieniu konsorcjantów lider konsorcjum, który (jak wskazano już powyżej) ma status pełnomocnika uczestników konsorcjum i działa na podstawie upoważnienia udzielonego w umowie konsorcjum lub w późniejszym odrębnym upoważnieniu.

O rodzaju, charakterze i sposobach wykonania zobowiązania – w tym spełnienia świadczenia przysługującego wykonawcom – decydować będzie zatem charakter prawny i treść umowy konsorcjum, w szczególności wola uczestników co do zawarcia lub niezawarcia umowy konsorcjum w formie spółki prawa cywilnego oraz, przede wszystkim, treść umowy inwestycyjnej. Jeśli umowa konsorcjum nie będzie miała charakteru umowy spółki cywilnej, zasady dochodzenia roszczeń od zamawiającego wyznaczać będą przepisy

³⁰ J. E. Nowicki [w:] J. E. Nowicki, A. Bazan, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 211.

³¹ Tak w wyrokach SN: z 17 września 2008 r., III CSK 119/08, OSNC 2009, nr 9, poz. 130; z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14, Legalis; z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, Legalis oraz w wyroku SA w Warszawie z 29 czerwca 2021 r., VII AGa 407/20, Legalis.

ogólne. O wielości wierzycieli stanowi art. 379 § 1 k.c., według którego: „Jeżeli jest kilku dłużników albo kilku wierzycieli, a świadczenie jest podzielne, zarówno dług, jak i wierzytelność dzielą się na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest dłużników albo wierzycieli. Części te są równe, jeżeli z okoliczności nie wynika nic innego”. Istotne zatem przy wielości po stronie wierzycieli jest to, czy przysługująca im wierzytelność ma charakter podzielny, a także „okoliczności” – czyli najczęściej treść umowy z zamawiającym, z której dana wierzytelność wynika.

Ponieważ wierzytelności przysługujące wykonawcom wobec zamawiającego mają zasadniczo charakter pieniężny – co dotyczy przede wszystkim zapłaty umówionego wynagrodzenia – stanowią one świadczenia podzielne (art. 379 § 2 k.c.), które mogą być spełnione częściowo bez istotnej zmiany przedmiotu lub wartości. Jeśli w umowie inwestycyjnej nie zawarto szczególnych uregulowań w tym przedmiocie, odpowiedzialność zamawiającego wobec uczestników konsorcjum budowlanego będzie mieć charakter *pro rata parte*. Zamawiający powinien w takiej sytuacji spełniać świadczenie na rzecz poszczególnych uczestników konsorcjum, gdyż wierzytelność dzieli się na tyle części, ilu jest wierzycieli. Dopuszczalne jest również dochodzenie części świadczenia w oddzielnych pozwach³². Oznacza to ponadto, że każdy z konsorcjantów będzie uprawniony do żądania od zamawiającego wypłaty przysługującej mu części wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane, bowiem solidarność po stronie wykonawców jako wierzycieli nie wynika ani z treści umowy inwestycyjnej, ani z przepisu prawa. Zgodnie z art. 369 k.c. źródłem solidarności, także czynnej po stronie wierzycieli, może być jedynie ustawa lub czynność prawna, nie można natomiast jej domniemywać³³. Jak wskazano już powyżej, art. 23 ust. 1 i art. 445 ust. 1 p.z.p. nie mogą stanowić podstawy solidarności czynnej po stronie uczestników konsorcjum budowlanego w przedmiocie dochodzenia roszczeń o zapłatę wynagrodzenia za wykonane przez każdego z nich roboty budowlane ani o zwrot bezpodstawnego wzbogacenia – i solidarność taka nie wynika też z żadnego innego przepisu prawa.

Stanowiska tego nie zmienia w żaden sposób fakt zawarcia umowy konsorcjum o charakterze scentralizowanym, w której lider konsorcjum został upoważniony do reprezentacji konsorcjantów przed zamawiającym, w tym również do odbioru należnego członkom konsorcjum wynagrodzenia od zamawiającego za wykonane roboty budowlane (określonego w umowie jako wynagrodzenie w jednej kwocie za wykonane prace), ani fakt, że wykonawcy są zobowiązani do wykonania świadczenia niepodzielnego (wykonanie obiektu), za którego wykonanie odpowiadają solidarnie (art. 445 ust. 1 p.z.p.). Jak

³² Zob. M. Czerwiński, Grupa..., s. 513; E. Zielińska, Wspólna..., s. 141.

³³ Zob. wyrok SN z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis; postanowienie SN z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, OSN-C-ZD 2016, nr 3, poz. 34.

słusznie bowiem uznał Sąd Najwyższy³⁴, podzielnosc świadczenia pieniężnego oznacza, że w razie wielości wierzycieli dzieli się ono co do zasady na tyle niezależnych od siebie części, ilu jest wierzycieli (art. 379 § 1 k.c.). Udzielenie liderowi konsorcjum pełnomocnictwa do przyjęcia od kontrahenta świadczenia pieniężnego w imieniu pozostałych konsorcjantów i do wystawiania faktur oraz ustalenie, że świadczenie spełnione w całości do rąk umocowanego wierzyciela zostanie następnie rozliczone między wszystkimi uprawnionymi – stosownie do uzgodnionych przez nich wewnętrznych zasad – ani określenie konsorcjum w umowie o roboty budowlane łącznie jako wykonawcy, nie czyni lidera jedynym wierzycielem w stosunku zewnętrznym i nie uchyla skutków podzielnosci świadczenia pieniężnego określonych w art. 379 § 1 zd. 1 k.c.

Należy zatem przyjąć, że po pierwsze zasadą co do roszczeń pieniężnych, w szczególności z tytułu wynagrodzenia za wykonane w ramach konsorcjum prace budowlane, jest możliwość samodzielnego dochodzenia przez konsorcjantów wynagrodzenia za wykonane przez nich prace; po drugie zaś, że o takiej możliwości lub jej wyłączeniu decydować będzie w pierwszej kolejności treść umowy inwestycyjnej między członkami konsorcjum a zamawiającym oraz charakter prawny umowy konsorcjum (czy stanowi ona równocześnie umowę spółki cywilnej). Postanowienia umowne odnoszące się do sposobu dochodzenia roszczeń i osób uprawnionych do odbioru świadczenia od zamawiającego, zawarte w umowie konsorcjum, będą miały znaczenie w relacjach z zamawiającym tylko wówczas, gdy zostaną inkorporowane do treści umowy inwestycyjnej.

Zaprobować zatem wypada stanowisko wyrażone w orzecznictwie, że decydujące znaczenie ma w tym względzie stosunek zewnętrzny między konsorcjantami a zamawiającym, który powinien regulować dochodzenie wynagrodzenia za roboty budowlane realizowane przez konsorcjum jako wykonawcę wieloosobowego i który może – lecz nie musi – odwzorowywać unormowanie tej kwestii między konsorcjantami w umowie konsorcjum³⁵, jak również, że dopuszczalne jest umowne wyłączenie skutku określonego w art. 379 § 1 k.c., jednak uzgodnienie takie musiałoby znaleźć odzwierciedlenie w wyraźnych postanowieniach umowy, przy czym niewystarczające jest dokonanie takich ustaleń w umowie konsorcjum. Umowa ta wiąże konsorcjantów, podczas gdy ustalenie takie istotnie rzutowałoby na sytuację prawną drugiej strony umowy zawartej przez członków konsorcjum³⁶. Podobnie jeżeli chodzi o poglądy doktryny³⁷, zgodnie z którymi postanowienia samej tylko

³⁴ Zob. wyrok SN z 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21, Legalis; co do skutków podzielnosci świadczenia pieniężnego zob. wyroki SN: z 18 lutego 1998 r., I CKN 495/97 Legalis; z 14 marca 2002 r., IV CKN 821/00, Legalis; z 10 maja 2004 r., IV CK 12/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 44, i z 21 maja 2004 r., V CK 505/03, Legalis.

³⁵ Tak SN z wyroku z 31 stycznia 2023 r., II CSKP 584/22, OSNC-ZD 2024/1, poz. 4.

³⁶ Zob. wyrok SN z 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21, Legalis; zob. również wyrok SN z 9 lipca 2015 r., I CSK 353/14, Legalis; odmienne stanowisko wyraził SN w wyrokach z 7 listopada 2014 r., IV CSK 95/14, i z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, Legalis.

³⁷ Zob. J.M. Kondek, *Wierzytelności...*, s. 19; M. Czerwiński, *Grupa...*, s. 514; T. Szanciło, *Sytuacja...*, s. 245; jak się wy-
daje, podobnie stanowisko wyraziła również – chociaż niejednoznacznie – E. Zielińska, *Wspólna...*, ss. 141–143.

umowy konsorcjum nie mogą kształtować praw i obowiązków kontrahenta konsorcjum. Oznaczałoby to bowiem przyjęcie rozszerzonej skuteczności umowy konsorcjum, która jest umową zobowiązaniową, a brak ku temu podstaw prawnych.

Od powołanej reguły mogą zatem wystąpić wyjątki dotyczące wspomnianego już charakteru prawnego umowy konsorcjum albo wynikające z treści umowy inwestycyjnej.

Pierwszym wyjątkiem jest sytuacja, w której uczestnicy nadadzą konsorcjum charakter wewnętrzny, a wówczas umowę inwestycyjną zawiera wyłącznie jeden z konsorcjantów, natomiast w ogóle nie powstaje wtedy przypadek wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 23 ust. 1 p.z.p. W konsorcjum wewnętrznym konsorcjanci występują na zewnątrz samodzielnie, natomiast umowa ogranicza się do ustaleń w przedmiocie koordynowania działań poszczególnych uczestników³⁸. Innym wyjątkiem jest zawarcie umowy konsorcyjnej w formie spółki prawa cywilnego (art. 860 k.c.) – co powoduje, że spełnienie świadczenia do rąk jednego ze wspólników spółki cywilnej stanowi należyte wykonanie zobowiązania. Wspólność majątku wspólników spółki cywilnej ma bowiem charakter współwłasności bezudziałowej, łącznej. Regulacje dotyczące spółki cywilnej, w tym art. 866 k.c., przewidują domniemanie, że każdy wspólnik jest umocowany do reprezentowania spółki w takich granicach, w jakich upoważniony jest do prowadzenia jej spraw – co wynika z treści art. 865 k.c. W ramach stosunku spółki cywilnej powstaje swoista „wierzitelność łączna”, której realizacja przysługuje każdemu wspólnikowi w ramach ustawowo przyznanej kompetencji do reprezentowania spółki³⁹. Wobec powyższego do wierzitelności spółki nie stosuje się przepisów o zobowiązaniach podzielnych i niepodzielnych. Wyjątkiem od wyjątku jest sytuacja, gdy z treści umowy spółki – która jest dłużnikowi znana np. z uwagi na dołączenie umowy konsorcjum stanowiącej umowę spółki cywilnej do umowy inwestycyjnej z zamawiającym – wynika, iż wspólnicy uregulowali sposób prowadzenia spraw spółki oraz jej reprezentację w inny sposób, niż to stanowią art. 865 i 866 k.c.⁴⁰ W tym ostatnim przypadku zapłata jednemu z konsorcjantów mogłaby oznaczać spełnienie świadczenia do rąk osoby nieuprawnionej (art. 452 k.c.). Po stronie wspólników spółki cywilnej nie występuje solidarność czynna, gdyż nie da się jej wyinterpretować z treści art. 864 k.c. – przewidującego wyłącznie solidarność bierną po stronie wspólników – w ramach ich odpowiedzialności za długi spółki⁴¹. Dopóki między wspólnikami trwa stosunek spółki cywilnej, żaden ze wspólników nie jest samodzielnie legitymowany do

³⁸ Zob. postanowienie SN z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, Legalis.

³⁹ Wyrok SN z 6 maja 2004 r., II CK 249/03, Legalis.

⁴⁰ Wyrok SN z 14 stycznia 1997 r., I KKN 42/96, OSNC 1999, nr 5, poz. 62.

⁴¹ Zob. A. Pyrżyńska, *Wielość dłużników albo wierzycieli* [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 3. *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2014 s. 214; J. Ciszewski, *Spółka cywilna*, Poznań 2000, s. 107.

dochodzenia wierzytelności wchodzącej w skład majątku wspólnego wspólników tej spółki, a w ewentualnym procesie spółkę cywilną należy oznaczyć przez wskazanie wszystkich wspólników. Skutkuje to legitymacją łączną po stronie konsorcjantów oraz współuczestnictwem materialnym koniecznym i jednolitym po stronie powodowej (art. 72 § 1 i 2 k.p.c.)⁴². Możliwość samodzielnego wystąpienia z roszczeniem przez konsorcjanta powstaje dopiero po rozwiązaniu spółki cywilnej, a przed podziałem majątku wspólnego⁴³, gdyż od momentu rozwiązania spółki każdemu z byłych wspólników przysługuje legitymacja procesowa co do odpowiedniej części ułamkowej (art. 875 § 1 k.c.), wynikającej z umowy konsorcjum⁴⁴.

Kolejna grupa wyjątków może wynikać z odpowiedniego ukształtowania umowy inwestycyjnej co do charakteru wierzytelności przysługującej wykonawcom, sposobu jej spełnienia, podmiotu uprawnionego do odbioru świadczenia czy ewentualnego przelewu takiej wierzytelności. Przykładem jest ustalenie w umowie inwestycyjnej, iż świadczenie na rzecz członków konsorcjum ma charakter niepodzielny⁴⁵ (choć w doktrynie sporna jest możliwość umówienia się, że świadczenie pieniężne, które z natury jest podzielne, będzie miało niepodzielny charakter⁴⁶), co skutkowałoby możliwością dochodzenia całości należności przez każdego z wykonawców (art. 381 § 1 k.c.), ale w razie sprzeciwu chociażby jednego z pozostałych wykonawców zamawiający byłby obowiązany świadczyć wszystkim wierzycielom łącznie albo złożyć przedmiot świadczenia do depozytu sądowego (§ 2). Uzgodnienie niepodzielności świadczenia zamawiającego powinno być wyraźnie zaznaczone w postanowieniach umowy inwestycyjnej i nie można go domniemywać⁴⁷ ani też wnioskować z faktu niepodzielności świadczenia wykonawców albo złożenia przez nich wspólnej oferty z wynagrodzeniem za prace ujętym w jednej kwocie.

Ponadto w umowie inwestycyjnej strony mogą ustalić, że wierzytelności przysługujące wykonawcom z powołanego stosunku zobowiązaniowego będą objęte solidarnością czynną. Również i takie zastrzeżenie powinno wyraźnie wynikać z treści umowy inwestycyjnej, gdyż nie można go domniemywać⁴⁸. Solidarność wierzytelności po stronie wykonawców – jako solidarność czynna

⁴² Zob. wyrok SN z 11 października 2013 r., I CSK 14/13; uchwałę SN z 9 lutego 2011 r., III CZP 130/10, Legalis; A. Herbet [w:] A. Szajkowski (red.), System prawa prywatnego, tom 16. Prawo spółek osobowych, Warszawa 2016, ss. 815 i 816; E. Zielińska, *Wspólna...*, s. 140.

⁴³ Zob. wyroki SN: z 6 listopada 2002 r., I CKN 1118/00, Legalis; z 10 lutego 2004 r., IV CK 12/03, OSNC 2005, nr 3, poz. 44; z 11 lutego 2009 r., V CSK 325/08, Legalis.

⁴⁴ T. Szanciło, *Sytuacja...*, s. 242.

⁴⁵ Zob. wyroki SN: z 14 maja 1999 r., I CKN 2/98, Legalis; z 23 września 2016 r., II CSK 27/16; z 16 października 2019 r., II CSK 710/18, Legalis; z 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21, Legalis; postanowienie SN z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, OSNC-ZD 2016, nr 3, poz. 44.

⁴⁶ Za brakiem możliwości ukształtowania wynagrodzenia pieniężnego zamawiającego jako świadczenia niepodzielnego opowiada się M. Czerwiński, *Grupa...*, s. 514.

⁴⁷ Wyrok SN z 28 października 2021 r., IV CSKP 48/21, Legalis; odmiennie w tym przedmiocie R. Adamus, *Problem zajęcia wierzytelności przysługującej współwykonawcy zamówienia publicznego*, PZP 2014, 3, ss. 34 i 35.

⁴⁸ Zob. A. Pyrzyńska, *Wielość...*, ss. 151–153; wyrok SA w Warszawie z 23 kwietnia 2013 r., I ACa 1204/12, Legalis.

– powoduje, że zamawiający powinien spełnić całe świadczenie na rzecz wybranego przez siebie wykonawcy. Zamawiający ma prawo wyboru wierzyciela do czasu wytoczenia mu powództwa przez jednego z wierzycieli solidarnych (art. 367 § 2 k.c.).

Jeszcze innym wyjątkiem będzie przypadek ustalenia w umowie inwestycyjnej innego sposobu spełnienia świadczenia (art. 354 § 1 k.c.), np. na rzecz wszystkich konsorcjantów łącznie, co oznaczać będzie wyłączenie stosowania art. 381 § 1 k.c., lub na rzecz wyznaczonego konsorcjanta (np. lidera konsorcjum), skutkujące modyfikacją przepisu art. 381 § 1 k.c., albo ustalenie braku prawa sprzeciwu pozostałych konsorcjantów (a zatem wyłączenia art. 381 § 2 k.c.). Postanowienia umowne w tym przedmiocie są dopuszczalne z uwagi na dyspozytywny charakter przepisów art. 379–381 k.c. Ustalenie w umowie inwestycyjnej, że wszelkie płatności na rzecz wykonawców będą wykonywane do rąk lidera konsorcjum, nie oznacza jednak zawarcia umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, gdyż lider konsorcjum jako strona umowy inwestycyjnej – i najczęściej jeden ze współwykonawców zadania inwestycyjnego – nie jest „osobą trzecią” w rozumieniu art. 393 k.c., a więc, jak ujęto to w orzecznictwie⁴⁹, „osobą niebędącą stroną tej umowy i niebiorącą w niej udziału”.

Należy wskazać też na pogląd wyrażony głównie w orzecznictwie⁵⁰, a dotyczący interpretacji art. 445 ust. 1 p.z.p.; zgodnie z tym poglądem umowa konsorcjum nie wygasa z chwilą prawomocnego wykluczenia wykonawców z postępowania, przepisy prawa zamówień publicznych statuują natomiast łączny udział wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – i dotyczy to również korzystania ze środków ochrony prawnej, w tym udziału w procesie o zwrot wadium, w którym legitymacja konsorcjantów jest łączna i niewystarczający jest udział w takim postępowaniu np. tylko lidera konsorcjum. Konieczność łącznego wystąpienia wszystkich konsorcjantów w przypadku żądania zwrotu wadium wyprowadzana jest z art. 445 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy, o których mowa w art. 58 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Możliwość zastosowania takiej regulacji potwierdzono w orzecznictwie międzynarodowym. Jak stwierdził TSUE⁵¹, niedopuszczalne jest korzystanie ze środków ochrony prawnej przez pojedynczych członków konsorcjum, jeżeli taka była wola ustawodawcy krajowego – co wynika z wykładni art. 1 dyrektywy Rady nr 89/665 z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji prze-

⁴⁹ Zob. wyrok SN z 25 stycznia 2018 r., IV CSK 215/17, Legalis; wyrok SA w Poznaniu z 18 marca 2024 r., I ACA 439/2, Legalis; odmiennie na temat możliwości zastosowania konstrukcji *pactum in favorem tertii* J. Lic, Konstrukcja..., s. 74.

⁵⁰ Takie stanowisko wyrażono m.in. w wyrokach SN: z 13 października 2011 r., V CSK 475/10, Legalis, i z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11 oraz postanowieniu SN z 7 maja 2010 r., III CZP 25/10, Legalis.

⁵¹ Wyrok TSUE z 8 września 2005 r., C-129/04, Espace Trianon SA i Societe wallonne de location-financement SA (Sofibail) c/a Office communautaire et regiona de la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM), ECR nr 8-9A/2005, poz. I-07805.

pisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane. Powyższe zostało też potwierdzone w orzecznictwie krajowym.

Jak uznał natomiast SN⁵², szczególne rozwiązania prawa zamówień publicznych legły u podstaw stanowiska, że członkowie konsorcjum mają legitymację grupową łączną zarówno w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – w tym co do środków ochrony prawnej – jak i w postępowaniu sądowym o zwrot wadium. Oparte jest ono na ocenie systemowego ukształtowania wspólnego udziału wykonawców w obu tych postępowaniach.

Pogląd ten nie zasługuje na aprobatę, gdyż stanowi próbę stworzenia nowego rodzaju wspólności łącznej, chociaż nie ma ku temu podstaw normatywnych, wspólność łączna w prawie polskim stanowi zaś wyjątek i dotyczy jedynie wspólności majątkowej ustawowej małżonków (art. 35 i 42 k.r.o.) oraz majątku wspólników spółki cywilnej (art. 863 k.c.)⁵³.

Prawnoprocesowe aspekty dochodzenia roszczeń przez konsorcjantów

Omówione powyżej materialnoprawne podstawy dochodzenia roszczeń przez konsorcjantów będą determinować rodzaj współuczestnictwa w procesie i przesądzać o przysługiwaniu poszczególnym konsorcjantom legitymacji procesowej czynnej do występowania przed sądem. Przy przyjęciu, że wierzytelność konsorcjantów będzie regulowana treścią art. 379 § 1 k.c., każdemu z wykonawców będzie przysługiwać legitymacja procesowa do dochodzenia należności od zamawiającego za wykonane przez tego konsorcjanta prace. Jeśli kilku wykonawców wystąpi ze wspólnym pozwem, będzie ich łączyć współuczestnictwo materialne (art. 72 § 1 pkt 1 k.p.c.), tzw. zwykłe, które nie będzie mieć charakteru koniecznego lub jednolitego⁵⁴. Wierzytelności dochodzone w ten sposób będą bowiem wynikać z tej samej podstawy prawnej, ale nie będą przysługiwać powodom łącznie. Sytuacja ta zmieni się, jeśli zastosowanie znajdzie jeden z opisanych powyżej wyjątków. Ustalenie w umowie inwestycyjnej niepodzielności świadczenia wykonawców lub solidarności czynnej po stronie konsorcjantów uprawnia każdego z wykonawców do samodzielnego żądania zasądzenia na jego rzecz całości należności – odpowiednio na podstawie art. 381 § 1 k.c. albo art. 367 § 2 zd. 2 k.c. Jeżeli w sytuacji niepodzielności świadczenia wykonawcy zdecydują się wystąpić wspólnie

⁵² Zob. wyroki SN: z 11 maja 2012 r., II CSK 491/11, Legalis; z 20 listopada 2014 r., V CSK 177/14, Legalis; postanowienie SN z 6 marca 2015 r., III CZP 113/14, OSNC-ZD 2016/3, poz. 44.

⁵³ T. Szanciło, *Sytuacja...*, s. 241.

⁵⁴ J.M. Kondek, *Wierzytelności...*, s. 20; zob. też wyrok SN z 23 września 2016 r., II CSK 27/16.

z pozwem, będzie ich łączyć w procesie współuczestnictwo jednolite, ale nie konieczne, gdyż ich udział w procesie nie jest wymagany, wyrok natomiast będzie dotyczyć niepodzielnie wszystkich⁵⁵. W sytuacji zaś zgłoszenia przez jednego z wierzycieli sprzeciwu wszyscy wykonawcy musieliby wystąpić w procesie łącznie, a łączące ich współuczestnictwo miałoby charakter konieczny i jednolity (art. 72 § 2 k.p.c. w zw. z art. 195 § 1 k.p.c.), a zatem sytuacja wykonawców w postępowaniu sądowym wyglądałaby tak samo, jak w przypadku zawarcia umowy konsorcjum w formie spółki prawa cywilnego.

Konieczność wyraźnych zastrzeżeń w umowie inwestycyjnej dotyczących charakteru prawnego wierzytelności przysługujących konsorcjantom lub sposobu ich realizacji oraz klarownych postanowień umowy konsorcyjnej jest szczególnie istotna w postępowaniach sądowych prowadzonych w systemach teleinformatycznych. Postępowania te mają często charakter dokumentowy – co oznacza, że treść dołączonych w formie elektronicznej lub skanów dokumentów (w tym umowy inwestycyjnej i umowy konsorcyjnej) będzie decydująca dla oceny, czy powodowi (tu: wykonawcy) przysługuje legitymacja procesowa do wystąpienia z powództwem. Jeśli konsorcjant wystąpi z roszczeniem wobec zamawiającego w elektronicznym postępowaniu upominawczym (EPU), jest zobligowany do wnoszenia pism wyłącznie za pośrednictwem systemu teleinformatycznego (art. 505³¹ § 1 k.p.c.), a sąd będzie oceniał legitymację procesową czynną wykonawcy wyłącznie na podstawie treści złożonego w formie elektronicznej pozwu, gdyż – zgodnie z art. 505³² § 1 k.p.c. – w pozwie powód powinien wskazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Dowodów nie dołącza się do pozwu. Jeśli wobec zamawiającego zostanie ogłoszona upadłość lub otwarte zostanie postępowanie restrukturyzacyjne, a wykonawca będzie chciał zgłosić swoją wierzytelność, również może to uczynić wyłącznie za pomocą systemu teleinformatycznego obsługującego to postępowanie. W postępowaniu upadłościowym na podstawie art. 236 ust. 1 w zw. z art. 216a prawa upadłościowego⁵⁶, a w postępowaniu restrukturyzacyjnym na podstawie art. 196a ust. 1 i 3 prawa restrukturyzacyjnego⁵⁷. Podobne wymagania będą dotyczyć wykonawcy, jeśli postanowi bronić swoich praw w postępowaniu rejestrowym dotyczącym dłużnika-zamawiającego, np. w postępowaniu o rozwiązanie podmiotu bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego lub wpisu do rejestru dłużników niewypłacalnych (art. 19 ust. 2 i 4 ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym⁵⁸). Wymagania dotyczące udziału w takich postępowaniach sądowych (w tym co do zasobów technicznych i umiejętności korzystania z systemów teleinformatycznych) mogą przy tym stanowić realną przeszkodę w dochodzeniu przez konsorcjantów roszczeń za wykonanie umowy w ramach konsorcjum budowlanego.

⁵⁵ T. Szanciło, *Sytuacja...*, s. 246.

⁵⁶ Ustawa z 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 794).

⁵⁷ Ustawa z 15 maja 2015 r. Prawo restrukturyzacyjne (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1428).

⁵⁸ Ustawa z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 979).

Podsumowanie

Umowa wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kreuje zazwyczaj konsorcjum zewnętrzne i jednolite, najczęściej o scentralizowanym charakterze – co oznacza, że umowa inwestycyjna po stronie wykonawczej ma charakter wielopodmiotowy, gdyż samo zawarcie umowy konsorcjum nie tworzy odrębnej jednostki organizacyjnej ani też odrębnego podmiotu praw i obowiązków. O ile strony nie nadadzą umowie konsorcjum charakteru spółki cywilnej, stanowi ona umowę nienazwaną kodeksu cywilnego, do której zastosowanie znajdują przepisy ogólne, w tym dotyczące wielości wierzycieli. Roszczenia o świadczenia podzielne – w tym wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane – konsorcjanci w takiej sytuacji mogą dochodzić samodzielnie, w zakresie odpowiadającym części przysługujących im należności. Wyjątki od tej zasady dotyczą sytuacji, w której umowa konsorcjum stanowi równocześnie umowę spółki cywilnej, a także mogą wynikać bądź ze szczególnego ukształtowania umowy inwestycyjnej, bądź z ustawy (co do żądania zwrotu wadium). Zastrzeżenie o solidarności czynnej po stronie wierzycieli konsorcjantów lub o niepodzielności przysługującego im świadczenia muszą być jednak wyraźnie oznaczone w umowie inwestycyjnej, tak samo jak wskazanie lidera konsorcjum jako podmiotu wyłącznie upoważnionego do odbioru należności konsorcjantów. W przeciwnym wypadku – w tym jeśli umieszczono je wyłącznie w umowie konsorcjum – nie wiążą one zamawiającego. W ujęciu prawnoprocesowym, przy zastosowaniu ogólnej zasady z art. 379 § 1 k.c., każdemu z konsorcjantów przysługuje legitymacja procesowa czynna do wystąpienia z powództwem o swoją część należności; ponadto solidarność wierzycieli lub dochodzenie świadczenia niepodzielnego co do zasady upoważnia każdego z konsorcjantów do wystąpienia o zasądzenie całości należności. Współuczestnictwo materialne konieczne dotyczy zatem jedynie sytuacji, gdy konsorcjum przybrało formę spółki cywilnej, lub sytuacji sprzeciwu któregośkolwiek z wierzycieli przy dochodzeniu świadczenia niepodzielnego. Przejrzystość zapisów umowy inwestycyjnej ma szczególne znaczenie w przypadku dochodzenia roszczeń przez konsorcjantów w postępowaniach sądowych prowadzonych w systemach teleinformatycznych – z reguły dokumentowych – w których ocenę legitymacji procesowej przeprowadza się na podstawie dołączonych w formie elektronicznej lub w formie skanów dokumentów lub treści pozwu.

Abstrakt

Celem artykułu jest przybliżenie problematyki związanej z możliwością samodzielnego występowania przez konsorcjantów z roszczeniami wynikającymi z umowy o roboty budowlane zawieranej w ramach zamówień publicznych. Dotyczy to w szczególności zaliczek na wynagrodzenie, wynagrodzenia za wykonanie umowy oraz innych wierzytelności, powstałych np. w związku z odstąpieniem od umowy, w tym roszczeń odszkodowawczych lub z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Możliwość samodzielnego dochodzenia roszczeń ma ścisły związek z charakterem prawnym umowy konsorcjum (czy jest to umowa spółki cywilnej) oraz treścią umowy inwestycyjnej. W przypadku świadczeń podzielných możliwość taka wynika z art. 379 § 1 k.c. i stanowi zasadę, od której mogą wystąpić wyjątki związane ze szczególnym ukształtowaniem umowy inwestycyjnej odnośnie do charakteru wierzytelności wykonawców lub sposobu spełnienia świadczenia. Kwestie materialnoprawne przesadzają równocześnie o przysługiwaniu konsorcjantom legitymacji procesowej czynnej do wystąpienia z żądaniami wobec zamawiającego, przy czym współuczestnictwo materialne konieczne występuje wyjątkowo, gdy konsorcjum jest zarazem spółką cywilną lub co do roszczeń dotyczących świadczeń niepodzielnych – w razie sprzeciwu któregośkolwiek z pozostałych konsorcjantów.

Słowa kluczowe: konsorcjum budowlane, roszczenia konsorcjantów wobec zamawiającego, świadczenia podzielne, zobowiązania solidarne, legitymacja procesowa.

BIBLIOGRAFIA / REFERENCES

Adamus R., *Problem zajęcia wierzytelności przysługującej współwykonawcy zamówienia publicznego*, PZP 2014, 3.

Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013.

Całus A., *Prawo cywilne i handlowe państw obcych*, Warszawa 1985.

Ciszewski J., *Spółka cywilna*, Poznań 2000.

Czech T., *Konsorcjum kredytowe*, Warszawa 2011.

Czerwiński M., *Grupa wykonawców w prawie zamówień publicznych*, Warszawa 2020.

Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014.

Gałczyńska-Lisik K., *Konsorcjum w świetle prawa zamówień publicznych*, PPH 2006, 10.

Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014.

Jędraszczyk J., Serda W., Szumański A., *Wzory pism. Spółka cywilna, spółka cicha, spółka jawna, spółka komandytowa, spółka z o.o., spółka akcyjna, rejestr handlowy, pełno-*

mocnicy handlowi, postępowanie upadłościowe wraz z komentarzem i pełnym orzecznictwem, Kraków 1996.

Katner W.J. (red.), System prawa prywatnego, tom 9. Prawo zobowiązań – umowy nienazwane, Warszawa 2023.

Kidyba A. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 3. Zobowiązania – część ogólna, Warszawa 2014.

Kondek J.M., Wierzytelności przysługujące konsorcjantom, PPH 2020, 4.

Lic J., Konsorcjum w zamówieniach publicznych, PZP 2008, 4.

Lic J., Konstrukcja umowy konsorcjum w zamówieniach publicznych, PZP 2015, 4.

May J., Dochodzenie roszczeń przez uczestników konsorcjum, PZP 2015, 2.

Nowicki J.E., Bazan A., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2014.

Podleś M., Siwik L., Spółka cywilna w obrocie gospodarczym, Warszawa 2009.

Sadowy J. (red.), System zamówień publicznych w Polsce, Warszawa 2013.

Stec M. (red.), System prawa handlowego, tom 5a. Prawo umów handlowych, Warszawa 2020.

Stecki L., Konsorcjum, Toruń 1997.

Strzępka J.A., Konsorcjum budowlane – wybrane zagadnienia prawne, MoP 2012, 14.

Szajkowski A. (red.), System prawa prywatnego, tom 16. Prawo spółek osobowych, Warszawa 2016.

Szanciło T., Sytuacja procesowa członków konsorcjum, „Prawo i Wiąż” 2024, 5.

Węgrzynowski Ł., Charakter współuczestnictwa procesowego członków konsorcjum, PS 2016, 5.

Włodyka S., Strategiczne umowy przedsiębiorców, Warszawa 2000.

Zielińska E., Wspólna realizacja zamówienia publicznego – zagadnienia wybrane, PZP, 2015, 1.



Tomasz Szanciło*

Kary umowne w zamówieniach publicznych

[Contractual Penalties in Public Procurement]

Abstract

A contractual penalty is one of the most commonly used additional contractual reservations, including in contracts concluded under public procurement procedures. The purpose of the study is to analyse the provisions of the Public Procurement Law regulating contractual penalties in the context of the Civil Code regulations. It should be noted in particular that the Supreme Court held that a contractual penalty for non-payment or late payment to a subcontractor constitutes a failure to perform a monetary obligation, and therefore these provisions are *lex specialis* in relation to Articles 483 and 484 of the Civil Code when it comes to the possibility of stipulating contractual penalties in connection with non-performance or improper performance of a monetary obligation. Such a view is not justified, as this penalty is valid in the light of Article 483 § 1 of the Civil Code – without the need to argue that this is an exception to a provision of a mandatory nature. At the same time, the introduction of the obligation to specify an upper limit for contractual penalties in public procurement contracts should be viewed positively. This type of regulation eliminates the problem of perpetual obligations and allows all interested parties to assess the potential risk associated with non-performance or improper performance of an obligation.

Keywords: public procurement, contractual penalty, contracting authority, contractor, monetary and non-monetary obligation, limit on contractual penalties.

* **Tomasz Szanciło** – dr hab. nauk prawnych, profesor uczelni, Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji w Warszawie (afiliacja), sędzia SN, Izba Cywilna; <https://orcid.org/0000-0001-6015-6769>; tszancilo@ewspa.edu.pl / DSc in Law, Associate Professor, European University of Law and Administration in Warsaw (affiliation), Justice of the Supreme Court of the Republic of Poland, Civil Chamber.

Wprowadzenie

Kara umowna stanowi jedno z najczęściej stosowanych tzw. dodatkowych zastrzeżeń umownych, a więc musi zostać zastrzeżona w ważnie zawartej umowie. W praktyce w zdecydowanej większości poważniejszych umów, a już szczególnie umów profesjonalnych (w których obie strony są przedsiębiorcami), kara umowna jest zastrzegana na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania różnych obowiązków wynikających z umowy. Dotyczy to również umów zawieranych w trybie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹. W praktyce nie spotyka się umów zawartych z zastosowaniem przepisów tej ustawy bez zastrzeżonych kar umownych, przede wszystkim na rzecz zamawiającego.

Już tylko z tego powodu niezwykle istotne jest zagadnienie związane z możliwością zastrzegania kar umownych w umowach zawieranych w ramach zamówień publicznych. W związku z tym celem niniejszego opracowania jest analiza norm powołanej ustawy regulujących kary umowne w kontekście regulacji kodeksowych, a więc z oparciem się na metodzie dogmatycznoprawnej. W tym miejscu należy postawić tezę, że żadna z kar umownych przewidzianych w ww. ustawie nie stanowi *lex specialis* w stosunku do kodeksowej instytucji kary umownej w aspekcie zobowiązania, którego może dotyczyć kara umowna – wbrew stanowisku wyrażonemu przez Sąd Najwyższy. W konsekwencji do tych kar umownych znajdują zastosowanie przepisy prawa zamówień publicznych, a w kwestiach nieuregulowanych – normy kodeksowe. Do takiego wniosku prowadzi analiza przepisów kodeksu cywilnego oraz ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Kara umowna – zarys instytucji

Zgodnie z art. 483 § 1 i art. 484 § 1 k.c. kara umowna stanowi określoną sumę pieniężną, jaką można zastrzec w umowie w celu naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości – bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły.

Z uwagi na ramy opracowania nie ma potrzeby całościowego omówienia instytucji kary umownej, wystarczy zaś jedynie zasygnalizować niezbędne

¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320; dalej: p.z.p.

jej aspekty. Należy wskazać, że pełni ona różne funkcje², przede wszystkim odszkodowawczą (kompensacyjną)³, gdyż stanowi tzw. surogat odszkodowania, które ma na celu zrekompensowanie wierzycielowi wszystkich uszczerbków związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy przez dłużnika. Jest to najważniejsza funkcja kary umownej – co przejawia się m.in. w możliwości dochodzenia tzw. odszkodowania uzupełniającego tylko wtedy, gdy w umowie zostanie zawarte stosowne postanowienie (art. 484 § 1 zd. 2 k.c.). Innymi słowy, co do zasady kara umowna ma zrekompensować szkodę powstałą po stronie wierzyciela. Od odszkodowania (które spełnia wyłącznie funkcję kompensacyjną) różni ją właśnie pozostałe funkcje. Natomiast kary umowne zastrzegane na podstawie prawa zamówień publicznych nie pełnią co do zasady funkcji kompensacyjnej, lecz funkcję stymulującą, mającą na celu dyscyplinowanie podmiotów odpowiedzialnych za zapłatę wynagrodzenia⁴ – czyli zamawiających lub inwestorów. Zaistnienie zdarzeń, których dotyczą te kary, nie powoduje bowiem samo w sobie powstania szkody po stronie zamawiającego. Jest to regulacja wyjątkowa w tym sensie, że funkcja kompensacyjna nie jest najistotniejsza dla tych kar umownych.

Co istotne z punktu widzenia niniejszego opracowania, zastrzeżenie kary umownej według prawa polskiego może odnosić się *de lege lata* wyłącznie do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego, a więc – *a contrario* – nie może dotyczyć niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania pieniężnego. Taki pogląd jest ugruntowany zarówno w orzecznictwie⁵, jak i w doktrynie⁶. W tym zakresie art. 483 § 1 k.c. ma charakter bezwzględnie obowiązujący (*ius cogens*), przewidując jedno z ograniczeń zasady swobody umów (zob. art. 353¹ k.c.). Jeżeli zatem strony w umowie zastrzegą karę umowną z tytułu niewykonania lub nienależytego

² Zob. szerzej np. J. Jastrzębski, *Kara umowna*, Warszawa 2006, s. 158 i nn.; W. Borysiak, *Funkcje kary umownej w świetle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03)*, „Palestra” 2006, 7–8, ss. 46–56; P. Drapała [w:] E. Łętowska (red.), *System prawa prywatnego*, tom 5. *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, ss. 1137 i 1138; T. Szancitło [w:] M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 1032; Z. Machnikowski [w:] Z. Machnikowski (red.), *Zobowiązania*, tom 2. *Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 483, Nb 7–10.

³ W systemie *common law* głównym jej celem jest karanie – zob. I. Steltmann, *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht*, „Schriften zum Internationalen Recht” 2000, 118, s. 41. W prawie niemieckim mówi się o „dwufunkcyjności kary umownej”, tj. jako środka nacisku w celu wypełnienia zobowiązania (funkcja nacisku) i jako sposobie oszczędzenia wierzycielowi szczegółowego dowodzenia szkody (funkcja wyrównawcza) – zob. J.O. Bodis, *Die Vertragsstrafe im Transportrecht*, „Transportrecht” 2014, 3, s. 101.

⁴ Zob. M. Jaworska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, art. 437, Nt D.3.

⁵ Zob. np. wyroki SN: z 10 października 2003 r., II CK 120/02, OSP 2005, nr 8, poz. 95; z 18 sierpnia 2005 r., V CK 90/05, MoP 2005, 18, s. 874; z 17 grudnia 2008 r., I CSK 240/08, Legalis; z 26 września 2012 r., II CSK 84/12, Legalis.

⁶ Zob. np. K. Zagrobelny [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, art. 483, Nb 6; W. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 2. *Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające*, Warszawa 2021, art. 483, Nb 7; W. Borysiak [w:] K. Osajda (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany*, Legalis 2024, art. 483, Nt 33–37.

wykonania zobowiązania pieniężnego, takie postanowienie jest nieważne (art. 58 § 1 w zw. z art. 483 § 1 k.c.).

To samo dotyczy kary umownej zastrzeżonej na wypadek odstąpienia od umowy (jej wypowiedzenia), gdyż nie jest dopuszczalne zastrzeżenie takiej kary na wypadek odstąpienia od umowy z powodu niewykonania zobowiązania o charakterze pieniężnym⁷. Odstąpienie od umowy jest prawem podmiotowym, a nie można zastrzec kary umownej za skorzystanie z takiego prawa przez wierzyciela – co jednoznacznie wynika z art. 483 § 1 k.c. Taka kara umowna jest *de facto* karą za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, od której odstąpiono (lub którą wypowiedziano), a więc gdy złożenie oświadczenia o odstąpieniu od umowy stanowiło skutek niewykonania lub nienależytego wykonania przez dłużnika.

Kara umowna nie musi dotyczyć tylko głównych świadczeń stron; nie ma przeszkód, aby została zastrzeżona w umowie w odniesieniu do zobowiązania ubocznego, o ile ma ono na celu spełnienie zobowiązania głównego strony⁸. Istotne jest przy tym, że – jak wskazano – stanowi ona surogat odszkodowania, w związku z czym jej konstrukcja opiera się na zasadach odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 k.c. Stosuje się do niej przepisy regulujące tę odpowiedzialność (z modyfikacjami dotyczącymi braku konieczności wykazania przez wierzyciela zaistnienia szkody i jej wysokości⁹) oraz możliwości sądowego miarowania (art. 484 § 2 k.c.). Wierzyciel musi wykazać, że strony łączyła ważna umowa, w umowie tej zawarto ważne postanowienie dotyczące kary umownej w określonej wysokości, a także wykazać fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, z którym została powiązana kara umowna. Nie musi natomiast wykazywać, że wykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność, gdyż to dłużnik może uwolnić się od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności¹⁰ (w zależności od przyjętej zasady odpowiedzialności musi dokonać ekskulpacji albo egzoneracji). Jest to konsekwencją domniemania wynikającego z art. 471 k.c.

⁷ Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN z 20 listopada 2019 r., III CZP 3/19, OSNC 2020, nr 5, poz. 35.

⁸ Zob. uchwałę SN z 9 grudnia 2021 r., III CZP 26/21, OSNC 2022, nr 7–8, poz. 70, wydaną na tle umowy o roboty budowlane.

⁹ Zob. uchwałę składu 7 sędziów SN – zasadę prawną z 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz. 69. Ten pogląd został zaakceptowany w orzecznictwie – zob. np. wyroki SN: z 12 grudnia 2007 r., V CSK 333/07, OSNC 2009, nr 2, poz. 30; z 13 lutego 2014 r., V CSK 45/13, OSP 2015, nr 6, poz. 56; z 17 stycznia 2020 r., IV CSK 579/17, OSNC-ZD 2021, nr C, poz. 32; postanowienie SN z 30 stycznia 2023 r., I CSK 3624/22, Legalis; wyrok SA w Katowicach z 18 lutego 2015 r., I ACa 967/14, Legalis, a także w doktrynie (przeważający pogląd) – zob. np. J. Jastrzębski, *Kara...*, ss. 250–261; Z. Gawlik [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 3. Zobowiązania. Część ogólna, Warszawa 2014, art. 484, nt 4; P. Zakrzewski [w:] M. Habdas, M. Fras (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, tom 3. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534), Warszawa 2018, art. 484, Nt 4.

¹⁰ Zob. np. wyroki SN: z 11 stycznia 2008 r., V CSK 362/07, OSP 2012, nr 7–8, poz. 76; z 6 października 2010 r., II CSK 180/10, Legalis; wyrok SA w Lublinie z 11 czerwca 2014 r., I ACa 136/14, Legalis; wyrok SA w Poznaniu z 6 lipca 2018 r., I AGa 108/18, Legalis.

Rodzaje kar umownych w zamówieniach publicznych

Ogólne zasady wynikające z kodeksu cywilnego stosuje się do umów zawieranych w trybie zamówień publicznych, ze zmianami wynikającymi z ustawy – Prawo zamówień publicznych. Dotyczy to również zastrzegania kar umownych. Pierwsza modyfikacja jest związana już z samym charakterem kary umownej, która w świetle przepisów kodeksowych jest fakultatywna, a więc może zostać zastrzeżona w umowie wolą stron – zgodnie z zasadą swobody umów. W przypadku zamówień publicznych, jeżeli chodzi o umowę, której przedmiotem są roboty budowlane (art. 647 k.c.), to zgodnie z art. 437 ust. 1 pkt 7 p.z.p. należy w niej zastrzec wysokości kar umownych z tytułu:

- a) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom;
- b) nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany;
- c) nieprzedłożenia poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany;
- d) braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, jeżeli jest dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia faktury lub rachunku – wówczas zamawiający informuje o tym wykonawcę i wzywa go do doprowadzenia do zmiany tej umowy, pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej; nie dotyczy to umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy oraz umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, w obu przypadkach gdy wartość nie jest większa niż 50 000 zł, przy czym zamawiający może określić niższą wartość, od której będzie zachodził obowiązek przedkładania umowy o podwykonawstwo.

Z art. 436 p.z.p. wynika obowiązek określenia w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (pkt 3), a w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy – wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia (mowa o niej w art. 439 ust. 5 p.z.p.), gdyż wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli przedmiotem umowy są roboty budowlane, dostawy lub usługi, a okres obowiązywania umowy przekracza 6 miesięcy (pkt 4 lit. a).

Z powyższych regulacji wynika, że niektóre kary umowne mają charakter obligatoryjny, przy czym część dotyczy wszelkiego rodzaju umów (bez wzglę-

du na ich przedmiot) zawieranych w trybie zamówień publicznych, część zaś dotyczy jednego rodzaju umów, a mianowicie umowy o roboty budowlane – co jest o tyle uzasadnione, że to właśnie umowy o roboty budowlane należą do najczęściej zawieranych w tym trybie, szczególnie jeżeli chodzi o umowy o znacznej wartości. Należy przyjąć, że art. 437 p.z.p. uzupełnia przepisy dotyczące procedury akceptacji umów o podwykonawstwo (art. 462 i nn. p.z.p.) w celu ochrony interesów podwykonawców i dalszych podwykonawców przed nierzetelnymi wykonawcami umów, których przedmiotem są roboty budowlane. Zwraca się przy tym uwagę, że użyto w nim sformułowania „umowa, której przedmiotem są roboty budowlane”, a nie „umowa o roboty budowlane” – o której mowa w art. 647 k.c. Z uwagi na odrębność definicji robót budowlanych w art. 7 pkt 21 p.z.p. od definicji zawartej w art. 3 ustawy z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane¹¹ zdarza się w praktyce, że roboty, które są robotami budowlanymi w świetle prawa budowlanego, nie są nimi na gruncie prawa zamówień publicznych. Słusznie zatem wskazuje się, że chodzi o umowy, których głównym przedmiotem są roboty budowlane, zawarte nie tylko w wyniku udzielania zamówień na roboty budowlane¹².

Kary umowne obciążają wykonawcę będącego stroną stosunku umownego z zamawiającym – niezależnie od tego, czy okoliczności będące podstawą ich ustalenia zaistniały z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, czy też podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy. Mogą być potrącane przede wszystkim z wynagrodzenia wypłacanego na rzecz wykonawcy, ale jeżeli wymagane było wniesienie przez wykonawcę pieniężnego zabezpieczenia należytego wykonania umowy i takie zabezpieczenie zostało wniesione, to potrącenie może nastąpić z tej kwoty.

Kara umowna w związku z brakiem zapłaty lub nieterminowej zapłaty podwykonawcy

Większość kar umownych, o których jest mowa w prawie zamówień publicznych, dotyczy wprost zobowiązań niepieniężnych, a więc są one zgodne z zasadą wynikającą z art. 483 § 1 k.c. Najwięcej kontrowersji budzi kara umowna związana z niewykonaniem przez wykonawcę obowiązku zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom, ewentualnie nieterminowej jego zapłaty¹³. W doktrynie wyrażono pogląd, że

¹¹ Tekst jedn. Dz.U. z 2024 r., poz. 725 ze zm.

¹² E. Wiktorowska [w:] A. Gawrońska-Baran, E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, s. 1012.

¹³ W doktrynie wyrażono wątpliwość odnośnie do sensu utrzymania w ustawie tej kary – zob. E. Zielińska, Z problematyki kary umownej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, 3, ss. 39 i 40.

wydać się, iż art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. stoi w sprzeczności z art. 483 k.c., w związku z czym zastrzeżenie tej kary umownej w umowie o roboty budowlane jest nieważne¹⁴. Natomiast w uchwale z 30 czerwca 2020 r.¹⁵ Sąd Najwyższy uznał, że art. 483 § 1 k.c. nie wyłącza dopuszczalności zastrzeżenia powyższej kary umownej, nie jest bowiem „systemowo” wykluczone rozwiązanie odmienne niż przewidziane w tym przepisie. Zdaniem Sądu Najwyższego (aktualny) art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. stanowi *lex specialis* względem art. 483 § 1 k.c. Ten pogląd został podzielony przez SN w wyroku z 20 maja 2021 r.¹⁶

Nie budzi wątpliwości, że omawiana kara umowna nie stanowi odrębnej instytucji względem uregulowanej w art. 484–484 k.c., gdyż umowa zawierana w trybie zamówień publicznych jest umową cywilną, do której mają zastosowanie przepisy m.in. kodeksu cywilnego, z modyfikacjami wynikającymi z prawa zamówień publicznych (art. 8 ust. 1 p.z.p.). Słusznie zatem przyjmuje się w orzecznictwie, że kary umowne w zamówieniach publicznych m.in. mogą być miarkowane zgodnie z art. 484 § 2 k.c.¹⁷ Jak wskazano, podstawową funkcją kary umownej z art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. jest funkcja dyscyplinująca (stymulująca) wykonawcę, aby spełnił swoje świadczenie w stosunku do podwykonawcy, co wyłączyłoby solidarną odpowiedzialność zamawiającego w stosunku do podwykonawców (w szczególności inwestora – art. 647¹ k.c., która występuje niezwykle często). Nie chodzi tu zatem tylko o ochronę interesu majątkowego podwykonawcy, ale przede wszystkim ochronę interesów zamawiającego, którym jest podmiot realizujący cele publiczne. Mogą to być interesy zarówno majątkowe (co oczywiste), lecz również niemajątkowe – takie jak np. zaufanie do organu władzy publicznej będącego inwestorem.

Sąd Najwyższy przyjął, że art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. dotyczy świadczenia pieniężnego, natomiast w doktrynie odwołano się do zastrzeżenia właściwego dla konstrukcji z art. 392 k.c.¹⁸ Bezsprzecznie świadczenie pieniężne polega na zapłacie przez dłużnika na rzecz wierzyciela określonej sumy pieniężnej (art. 358¹ § 1 k.c.), która stanowi pewną wartość ekonomiczną dla obojgu stron, wyrażoną przez odwołanie do określonej waluty. Istotne jest przy tym, że pojęcie „zobowiązanie niepieniężne” (także w kontekście zastrzegania kar umownych) należy rozumieć szeroko; obejmuje ono zarówno zobowiązania o charakterze majątkowym (np. zobowiązanie do zawarcia umowy przyrzeczonej – art. 389 i 390 k.c.), jak i niemajątkowym, np. powstrzymanie się od podejmowania określonej działalności, jeżeli jest to związane ze skutkami

¹⁴ Zob. I. Granecka [w:] P. Granecki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2024, art. 437, Nb 2.

¹⁵ III CZP 67/19, OSNC 2021, nr 1, poz. 1.

¹⁶ I CSKP 124/21, Legalis.

¹⁷ Zob. np. por. wyroki SN: z 21 listopada 2007 r., I CSK 270/07, Legalis; z 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15, Legalis; z 18 grudnia 2018 r., IV CSK 491/17, Legalis.

¹⁸ M. Drozdowicz, *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, 1, s. 191.

również niemajątkowymi. Zobowiązanie może polegać na działaniu lub zaniechaniu, np. świadczenie polegające na zakazie przyjmowania ustalonej opłaty nie stanowi świadczenia pieniężnego, lecz jego przeciwieństwo, nie polega bowiem na podjęciu przez dłużnika jakiegokolwiek działania, nie ma więc podstaw do przyjęcia, by miało charakter pieniężny¹⁹. Nie stanowi zobowiązania pieniężnego obowiązek uiszczenia kaucji zabezpieczającej, chociaż taka kaucja jest uiszczana w pieniądzu. O ile jest to świadczenie w formie pieniężnej, to jego celem jest zabezpieczenie (*causa cavendi*). Można zatem zastrzec karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy (jej wypowiedzenia) w związku z nieuiszczeniem takiej kaucji²⁰. Aby ustalić charakter zobowiązania w kontekście art. 483 § 1 k.c., należy bowiem określić podstawowy interes wierzyciela, który ma zostać zaspokojony, ale wyłącznie na linii wierzyciel – dłużnik.

Mając to na uwadze, należy uznać, że art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. nie zawiera wyjątku od kodeksowej zasady zastrzegania kar umownych wyłącznie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem świadczenia niepieniężnego. Gdy przepis ten dotyczy „braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia”, to chodzi o wynagrodzenie należne podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom. Nie jest konieczne odwoływanie się do art. 392 k.c., który zresztą nie może mieć zastosowania, gdyż w tym przepisie jest przewidziana odmienna konstrukcja. Zobowiązanie pieniężne występuje tu wyłącznie w relacji pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą (dalszym podwykonawcą), w stosunku zaś pomiędzy zamawiającym a inwestorem zobowiązanie polega na zagwarantowaniu spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz innego podmiotu, zgodnie z umową podwykonawczą – co ma wyłączyć solidarną odpowiedzialność zamawiającego (inwestora) względem podwykonawcy. W tym wypadku wykonawca (dłużnik) nie zwalnia się z obowiązku ciężącego na nim wobec zamawiającego (wierzyciela), nie nabywa prawa lub innej korzyści majątkowej ani też nie dokonuje żadnego przysporzenia na rzecz wierzyciela pod tytułem darmym. Zobowiązanie wykonawcy w stosunku do zamawiającego nie ma tu zatem charakteru pieniężnego. Odwołanie się natomiast do konstrukcji *lex generalis* – *lex specialis* ma uzasadnienie wówczas, gdy dana instytucja została uregulowana w innym przepisie w odmienny sposób niż ogólna regulacja tej instytucji. Bez znaczenia przy tym dla interpretacji pozostaje cel prawa zamówień publicznych, który ma chronić zamawiającego, skoro art. 483 § 1 k.c. przewiduje zastrzeżenie kary umownej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego – i taką właśnie regulację zawarto w omawianym przepisie ustawy szczególnej.

¹⁹ Zob. wyrok SA w Warszawie z 31 października 2014 r., I ACa 561/14, Legalis.

²⁰ Zob. szerzej: T. Szanciło, Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy najmu w związku z nieuiszczeniem kaucji zabezpieczającej, „Studia Prawnicze PAN” 2017, 2, s. 142 i nn.; odmiennie, aczkolwiek bez jakiegokolwiek analizy, Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z 28 lutego 2020 r., I AGa 163/18, Legalis.

Limit wysokości kar umownych

Jak wskazano, ustawodawca wprowadził obowiązek określenia górnego limitu wszystkich zastrzeżonych w umowie kar umownych – co jest właściwym rozwiązaniem, gdyż pozwala wykonawcy oszacować potencjalne ryzyko związane z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem umowy i uwzględnić to w ofercie. Kary umowne nie mogą służyć wzbogaceniu się strony uprawnionej do ich naliczenia²¹, lecz powinny spełniać określone funkcje. Brak w projekcie umowy wskazania łącznej maksymalnej wysokości kar umownych nie jest jedynie wadą umowy, ale jest wadą postępowania, gdyż dotyczy braku w odniesieniu do wymagań wynikających z przepisów prawa. Nie jest to jednak wada na tyle istotna i niemożliwa do usunięcia, żeby stanowiła wystarczającą przesłankę unieważnienia postępowania w przedmiocie udzielania zamówienia publicznego²². Nie można przy tym pominąć, że art. 436 pkt 3 p.z.p. dotyczy limitowania wyłącznie kar umownych, a więc obowiązek limitowania nie dotyczy odpowiedzialności wykonawcy, jaką ponosi on na podstawie innych przepisów²³.

Jednocześnie – gdyby przyjąć jako zasadny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uchwale z 30 czerwca 2020 r., III CZP 67/19, o pieniężnym charakterze świadczenia, o którym mowa w art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. a p.z.p. – wprowadzenie górnego limitu eliminuje kontrowersje związane z ważnością postanowienia dotyczącego kary umownej bez określenia takiego limitu. W orzecznictwie wyrażono bowiem – na tle nieterminowego spełnienia świadczenia – stanowisko, że niedopuszczalne jest nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, gdyż prowadzi to do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne²⁴. Pogląd przeciwny wyraził Sąd Najwyższy w uchwale z 9 grudnia 2021 r.²⁵ – przyjmując, że dopuszczalne jest zastrzeżenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu zobowiązania w postaci określonego procentu ustalonego wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki, nawet jeżeli nie określono końcowego terminu naliczania kary umownej ani jej kwoty maksymalnej.

W doktrynie wyrażony został wyrażony pogląd, że określenie poszczególnych podstaw naliczenia kary umownej w art. 437 ust. 1 pkt 7 p.z.p. uzasadnia przyjęcie, iż kary te naliczane są za zaistnienie określonego, jednostkowego zdarzenia, a nie jako kary narastające kwotowo za zwłokę w wykonaniu

²¹ Tak, słusznie, M. Jaworska [w:] M. Jaworska (red.), Prawo..., art. 436, Nt D1. Zob. też wyrok SN z 19 grudnia 2024 r., II CSKP 2204/22.

²² Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 30 marca 2022 r., KIO 636/22, Legalis.

²³ Zob. M. Sieradzka [w:] M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022, art. 436, Nb 5.

²⁴ Zob. wyrok SN z 22 października 2015 r., IV CSK 687/14, Legalis; uchwałę SN z 9 grudnia 2021 r., III CZP 26/21, OSNC 2022, Nr 7–8, poz. 70.

²⁵ III CZP 16/21, OSNC 2022, Nr 7–8, poz. 68.

określonego obowiązku²⁶. Jest to oczywiste, jeżeli chodzi o zdarzenia opisane pod lit. b–d tego przepisu (nieprzedłożenie do zaakceptowania projektu umowy, nieprzedłożenie poświadczonych za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany i brak zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty). Jeżeli chodzi natomiast o brak zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom (lit. a), to przyjęcie, że chodzi o świadczenie pieniężne, skutkowałoby wnioskiem o możliwości skonstruowania zobowiązania o charakterze wiecznym. Podzielić należy jednak drugie ze wskazanych stanowisk Sądu Najwyższego (wyrażone w sprawie III CZP 16/21). Wymaga podkreślenia, że po pierwsze: mamy tu do czynienia ze zobowiązaniem zależnym od woli dłużnika, a kary umowne (jak już była o tym mowa) nie mogą być skutecznie dochodzone, jeżeli do niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania doszło z przyczyn leżących po stronie dłużnika. Po drugie: są inne instytucje niweczące skutki wiecznego zobowiązania (gdyby przyjąć, że z takim mamy do czynienia) – takie jak: przedawnienie, miarkowanie czy stwierdzenie nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c.). Wreszcie po trzecie: roszczenie z tytułu kary umownej powstaje za każdy dzień nieterminowego spełnienia świadczenia; inną kwestią jest zaś jej wymagalność, która jest ustalana zgodnie z art. 455 k.c., chyba że strony w umowie ustalą termin jej zapłaty. Problem ten staje się nieaktualny, jeżeli przyjmie się, że kara umowna z art. 437 ust. 1 pkt 7 lit. d p.z.p. dotyczy świadczenia niepieniężnego – o czym była mowa powyżej.

W prawie zamówień publicznych nie określono jednak poziomu górnego limitu kar umownych (przewidziano tylko, że w umowie taki limit ma zostać określony – bez sprecyzowania, ile może on wynosić)²⁷. W doktrynie wskazuje się, że nie oznacza to, iż zamawiający ma nieograniczoną swobodę w określaniu maksymalnej wysokości kar, lecz należy uwzględnić przede wszystkim specyfikę przedmiotu zamówienia i zagrożenia związane z jego prawidłową realizacją, w związku z czym maksymalna wysokość kar nie może być nieproporcjonalna w odniesieniu do wysokości wynagrodzenia, ewentualnego ryzyka niewykonania lub nienależytego wykonania umowy i możliwości powstania lub rozmiarów szkody²⁸. Także w orzecznictwie zwraca się uwagę na to, aby kary umowne nie były rażąco wygórowane ani nie powodowały niecelowości wykonania umowy²⁹. Przykładowo: chociaż limit kar umownych w wysokości 50% wynagrodzenia brutto jest bardzo wysoki, to nie jest niezgodny z prawem i nie uniemożliwia złożenia oferty w postępowaniu w ra-

²⁶ Tak J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1063.

²⁷ Zob. uchwałę Krajowej Izby Odwoławczej z 8 czerwca 2015 r., KIO/KU 31/15, *Legalis*.

²⁸ M. Jaworska [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo...*, art. 436, Nb D2.

²⁹ Zob. np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 stycznia 2023 r., KIO 3451/22, *Legalis*.

mach zamówienia publicznego³⁰. W uchwale z 30 czerwca 2020 r., III CZP 67/19, odwołano się do ograniczeń wynikających z zasad ogólnych wynikających np. z art. 58, 353¹, 484 § 2 k.c. czy sytuacji, w której inwestor pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia.

Nie ulega wątpliwości, że zastrzeżenie kar umownych w umowie zawartej w trybie ustawy – Prawo zamówień publicznych ma przede wszystkim na celu przyczynienie się do prawidłowej realizacji zamówienia publicznego przez wykonawcę, chroniąc przy tym interes zamawiającego. Celem samego postępowania zmierzającego do udzielenia zamówienia publicznego jest wyłonienie najlepszego i najrzetelniejszego wykonawcy, który zagwarantuje realizację tego zamówienia na warunkach najkorzystniejszych dla zamawiającego – w tym za jak najkorzystniejszą dla niego cenę (wynagrodzenie). Warunki zamówienia nie mogą więc zniechęcać potencjalnych wykonawców do składania ofert ani podmiotowo, ani przedmiotowo. Wyrazem tego pierwszego aspektu jest zasada niedyskryminacji wyrażona w art. 19 ust. 1 zd. 1 dyrektywy 2014/24 Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/UE³¹ – przy czym dopuszczalne w ramach prawa zamówień publicznych formy organizacyjne, w których występują wykonawcy, należy oceniać z punktu widzenia przepisów prawa kraju zawiązania współpracy w danej formule³². Państwa członkowskie mają możliwość udzielania określonym kategoriom wykonawców zezwoleń na świadczenie określonych usług. Jeżeli takie podmioty są uprawnione do oferowania określonych usług na rynku, prawo krajowe nie może zabraniać im udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na takie usługi³³. Ewentualne ograniczenie przewidziane w prawie krajowym może być uzasadnione w zakresie, w jakim realizuje zgodny z prawem cel interesu ogólnego, oraz w zakresie, w jakim jest właściwe dla zagwarantowania jego realizacji – i nie wykracza poza to, co niezbędne dla osiągnięcia tego celu³⁴.

Analogiczne zasady należy odnieść do ewentualnych ograniczeń przedmiotowych. Chodzi tu o różne aspekty związane z warunkami zamówienia, w tym właśnie z limitem kar umownych. Ponieważ w prawie zamówień publicznych nie określono maksymalnego pułapu tych kar, nie sposób uznać, aby

³⁰ Zob. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 28 grudnia 2018 r., KIO 2574/18, Legalis, oraz z 28 czerwca 2022 r., KIO 1553/22, LEX.

³¹ Dz. Urz. UE L nr 94 s. 65 ze zm. Wedle tego przepisu wykonawcy, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego będącego ich siedzibą są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie z tego powodu, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane byłoby posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

³² J. Pawelec, Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Warszawa 2017, art. 19, Nb 2.

³³ Zob. np. wyroki TSUE: z 23 grudnia 2009 r., C-305/08, CoNISMa, EU:C:2009:807, pkt 47–49; z 18 grudnia 2014 r., C-568/13, Data Medical Service, EU:C:2014:2466, pkt 36; z 6 października 2015 r., C-203/14, Consorci Sanitari del Maresme, EU:C:2015:664, pkt 35.

³⁴ Zob. wyrok TSUE z 23 grudnia 2009 r., C-376/08, Comune di Milano, ECLI:EU:C:2009:808, pkt 37–40 i 44.

limit na jakimkolwiek poziomie był sprzeczny z ustawą³⁵. Problem powstaje w sytuacji, gdyby przyjąć jako właściwy pierwszy z powyższych poglądów, odnoszący się do zobowiązania o charakterze wiecznym. W takiej sytuacji ustalenie w umowie zbyt wysokiego poziomu kar umownych można by uznać za mające na celu obejście ustawy (art. 58 § 1 k.c.) – w wypadku np. ustalenia limitu kar umownych na kwotę 1 mld zł przy wartości umowy 1 mln zł; wtedy można byłoby bowiem uznać, że tak naprawdę jest to pozorny limit. Przyjęcie jednak poglądu wyrażonego w sprawie III CZP 16/21 pozwala na uniknięcie takiej sprzeczności.

Rozważyć by zatem należało sprzeczność takiego postanowienia umownego (określającego górny pułap kar umownych) z zasadami współżycia społecznego, ale nie tylko w kontekście celu postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Ocena dokonywana w świetle tych zasad musi uwzględniać wszystkie okoliczności konkretnej sprawy³⁶ – z uwzględnieniem funkcji, jakie pełnią kary umowne. Odwołanie się do zasad współżycia społecznego oznacza odwołanie do idei słuszności w prawie oraz innych wartości kulturowych powszechnie w społeczeństwie uznawanych; chodzi przede wszystkim o podstawowe zasady etycznego i uczciwego postępowania³⁷. Jest to o tyle istotne, że jeżeli postanowienie dotyczące limitu kar umownych jest wynikiem negocjacji, zwykle trudno będzie je zakwestionować na podstawie art. 58 § 2 k.c. O zastosowaniu tego przepisu nie przesądza bowiem np. nieekwiwalentność świadczeń czy niesymetryczność poszczególnych postanowień umownych (w tym wypadku co do kar umownych). Są to wprawdzie kryteria brane pod uwagę przy stosowaniu klauzuli zasad współżycia społecznego, ale bynajmniej nie wyłączne. Ponieważ jednak znaczna część umów zawieranych w trybie zamówień publicznych nie podlega negocjacjom, jednostronne określenie przez zamawiającego górnej granicy kar umownych może być istotnym czynnikiem wpływającym na uznanie ważności takiego postanowienia.

Nie można ponadto zapominać, że w przypadku umów zawieranych w trybie zamówień publicznych częstokroć mamy do czynienia ze stosunkami nawiązanymi pomiędzy profesjonalnymi podmiotami – co powoduje, że zasady współżycia społecznego są rozumiane nieco inaczej: jako zasady rzetel-

³⁵ W doktrynie wyrażono pogląd, że z formalnoprawnego punktu widzenia nawet limit kar umownych wielokrotnie przewyższający wynagrodzenie będzie zgodny z ustawą, chociaż nie będzie miał nic wspólnego ze zrównoważeniem ryzyk w umowie, który to cel przyświecał wprowadzeniu omawianego przepisu – zob. J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, J. Jerzykowski, M. Kittel, M. Stachowiak, *Prawo...*, s. 1056.

³⁶ Zob. np. uchwałę SN z 17 stycznia 1974 r., III PZP 34/73, OSNCP 1975, nr 1, poz. 4, s. 19; wyroki SN z 7 maja 2003 r., IV CKN 120/01, *Legalis*, i z 15 kwietnia 2004 r., IV CK 284/03, *Legalis*.

³⁷ Wyrok SN z 28 listopada 2001 r., IV CKN 1756/00, *Legalis*. Zob. też np. M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym* (przyczynek do dyskusji), *PiP* 1990, 11, s. 48 i nn.; A. Tomaszek, *Dobre obyczaje w działalności gospodarczej*, „*Palestra*” 1997, 9–10, s. 5 i nn.; T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, *passim*; B. Janiszewska, *Klauzula generalna dobrych obyczajów w znolizowanych przepisach kodeksu cywilnego*, *PPH* 2003, 3, s. 12 i nn.; E. Rott-Pietrzyk, *Klauzula generalna rozsądku w procesie prywatnym*, Warszawa 2007, *passim*.

ności i lojalności kupieckiej (tzw. dobre obyczaje kupieckie). Na tle stosowania art. 5 k.c. w obrocie profesjonalnym w orzecznictwie dopuszcza się przywoływanie zasad współżycia społecznego, zarazem jednak podkreśla się, że chodzi o wyjątkowe sytuacje – np. gdy dłużnik swoim postępowaniem, przez podjęcie negocjacji lub innych działań, wywołał u wierzyciela przekonanie, iż dobrowolnie spełni świadczenie, czym „uśpił jego czujność”, ale ostatecznie tego nie uczynił³⁸.

Podobnie należy podejść do możliwości zastosowania w tym przypadku art. 58 § 2 k.c. Przepis ten wyjątkowo może stanowić podstawę uznania za nieważne postanowienia dotyczącego górnej wysokości kar umownych w zamówieniach publicznych.

Podsumowanie

Z opracowania wynika, że zastrzeżenie kar umownych w umowach zawieranych w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych jest modyfikowane – względem kodeksowych zasad – przepisami tej ustawy. Wbrew stanowisku wyrażonemu przez Sąd Najwyższy nie chodzi o normy *lex specialis* w stosunku do art. 483 i 484 k.c. odnośnie do charakteru zobowiązania, którego dotyczy jedna z kar zastrzeżonych w zamówieniach publicznych. Aby uzasadnić istotę kary umownej w związku z brakiem zapłaty lub nieterminowej zapłaty podwykonawcy, Sąd Najwyższy wyszedł z błędnego założenia co do istoty zobowiązania, którego ta kara dotyczy. Tymczasem kara ta jest ważna w świetle art. 483 § 1 k.c. – bez konieczności przeprowadzenia wyводу, że chodzi o wyjątek od przepisu o charakterze bezwzględnie obowiązującym.

Pozytywnie należy ocenić wprowadzenie obowiązku określenia w umowie zawieranej w trybie ustawy Prawo zamówień publicznych górnego limitu kar umownych, przy czym nie można zapominać, że chodzi o „łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony”, a więc o wszystkie kary zastrzeżone w umowie, bez względu na to, czy zostały one wskazane w tej ustawie. Tego typu regulacja powinna znaleźć się również w kodeksie cywilnym. Niezależnie od tego, że pozwoliłoby to wyeliminować opisany powyżej problem związany ze zobowiązaniami o charakterze wiecznym, to przede wszystkim strony (w szczególności dłużnik) powinny mieć możliwość oszacowania ewentualnego ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania. W takiej sytuacji – czyli wprowadzenia górnego limitu kar umownych – wierzyciel, aby zapewnić zaspoko-

³⁸ Zob. wyrok SN z 27 czerwca 2001 r., II CKN 604/00, OSNC 2002, nr 3, poz. 32.

jenie swojego interesu, powinien zastrzec w umowie możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego.

Abstrakt

Kara umowna jest jednym z najczęściej stosowanych tzw. dodatkowych zastrzeżeń umownych, także w umowach zawieranych w trybie zamówień publicznych. Celem opracowania jest analiza unormowań ustawy Prawo zamówień publicznych regulujących kary umowne w kontekście regulacji kodeksu cywilnego. Należy mieć w szczególności na uwadze, że Sąd Najwyższy uznał, iż kara umowna z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty podwykonawcy dotyczy niewykonania zobowiązania pieniężnego, a więc są to normy *lex specialis* w stosunku do art. 483 i 484 kodeksu cywilnego, gdy chodzi o możliwość zastrzegania kar umownych w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania pieniężnego. Pogląd ten nie znajduje uzasadnienia, kara ta jest bowiem ważna w świetle art. 483 § 1 k.c. – bez konieczności przeprowadzenia wyводу, że chodzi o wyjątek od przepisu o charakterze bezwzględnie obowiązującym. Zarazem pozytywnie należy ocenić wprowadzenie obowiązku określenia w umowie zawieranej w trybie zamówień publicznych górnego limitu kar umownych. Tego typu regulacja pozwala wyeliminować problem związany ze zobowiązaniami o charakterze wiecznym, a wszystkim zainteresowanym pozwala na oszacowanie ewentualnego ryzyka związanego z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, kara umowna, zamawiający, wykonawca, zobowiązanie pieniężne i niepieniężne, limit kar umownych.

BIBLIOGRAFIA

Bodis J.O., *Die Vertragsstrafe im Transportrecht*, „Transportrecht” 2014, 3.

Borysiak W., *Funkcje kary umownej w świetle uchwały składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 6 listopada 2003 r. (III CZP 61/03)*, „Palestra” 2006, 7–8.

Drozdowicz M., *Dopuszczalność zastrzeżenia kary umownej z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom lub dalszym podwykonawcom*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, 1.

Dzierżanowski W., Jaźwiński Ł., Jerzykowski J., Kittel M., Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.

Gawrońska-Baran A., Wiktorowska E., Wiktorowski A., Wójcik P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.

- Gniewek E., Machnikowski P. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2021.
- Granecki P., Granecka I., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2024.
- Habdas M., Fras M. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 3. Zobowiązania. Część ogólna (art. 353–534), Warszawa 2018.
- Janiszewska B., *Klauzula generalna dobrych obyczajów w znowelizowanych przepisach kodeksu cywilnego*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, 3.
- Jastrzębski J., Kara umowna, Warszawa 2006.
- Jaworska M., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2023.
- Justyński T., Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym, Kraków 2000.
- Kidyba A. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 3. Zobowiązania. Część ogólna, Warszawa 2014.
- Łętowska E. (red.), System prawa prywatnego, tom 5. Prawo zobowiązań – część ogólna, Warszawa 2013.
- Machnikowski Z. (red.), Zobowiązania, tom 2. Część ogólna. Komentarz, Warszawa 2024.
- Osajda K. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz aktualizowany, Legalis 2024.
- Pawelec J., Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE. Komentarz, Warszawa 2017.
- Pietrzykowski K. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, tom 2. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, Warszawa 2021.
- Rott-Pietrzyk E., *Klauzula generalna rozsądku w procesie prywatnym*, Warszawa 2007.
- Safjan M., *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „Państwo i Prawo” 1990, 11.
- Sieradzka M. (red.), Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2022.
- Steltmann I., *Die Vertragsstrafe in einem Europäischen Privatrecht*, „Schriften zum Internationalen Recht” 2000, 118.
- Szanciło T., *Kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy najmu w związku z niewuiszczeniem kaucji zabezpieczającej*, „Studia Prawnicze PAN” 2017, 2.
- Tomaszek A., *Dobre obyczaje w działalności gospodarczej*, „Palestra” 1997, 9–10.
- Załucki M. (red.), Kodeks cywilny. Komentarz, Warszawa 2023.
- Zielińska E., *Z problematyki kary umownej w zamówieniach publicznych na roboty budowlane*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, 3.



Igor Zgoliński*

Nodal Issues of Criminal Liability on the Level of Public Procurement

[Kluczowe kwestie odpowiedzialności karnej w zakresie zamówień publicznych]

Abstract

To supplement the extensive discussion of public procurement presented in this monographic issue, it is undoubtedly worth drawing attention to certain areas of criminal law. This branch of law aims to protect the proper course of all social relations, including public procurement procedures, which are discussed at length in this publication. The study therefore characterises the most important criminal law solutions devoted to this matter in Polish law. The author presents the origins and historical and legal shape of the criminal provisions concerning the issue in question; he analyses in detail the current wording of Article 305 of the Criminal Code, which constitutes the foundation of criminal law protection in this regard, and also points out the interrelationship between this provision and Article 6 of the Act of 16 February 2007 on the protection of competition and consumers. The article concludes with a summary.

Keywords: criminal law, Article 305 of the Criminal Code, protection of public procurement, interference in public tenders, protection of competition and consumers.

Introduction

Criminal law is, by definition, the law of last resort (*ultima ratio*). It intervenes when legal relations created on the basis of regulations in force in other branches of law are not sufficient. By definition, it is supposed to safeguard the regularity of these legal relations. One of the areas protected by criminal law is public procurement. It takes place, and it takes place on many levels. This

* **Igor Zgoliński** – DSc, Associate Professor, Bydgoszcz University of Science and Technology (affiliation); Justice of the Supreme Court of the Republic of Poland / dr hab. nauk prawnych, profesor uczelni, Politechnika Bydgoska im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich (afiliacja), sędzia SN; <https://orcid.org/0000-0002-5097-6170>; igor.zgolinski@pbs.edu.pl.

protection is comprehensive, as are all criminal laws defining so-called economic crimes¹. Polish criminal law have taken public procurement, broadly defined, as one of the objects of protection. However, the scope of protection has been somewhat differently shaped, which was probably not without influence from the cultural and legislative traditions of both countries and their individual economic development. It should also be added that the scope of criminal law protection is now broadened, as it is also overlaid by certain EU provisions. To illustrate this issue, it can be pointed out, for example, that unlawful collusion of entrepreneurs in order to obtain the desired result of a tender procedure at the same time also to eliminate other participants or other bids from this procedure constitutes an agreement of unacceptable practices distorting fair competition in the markets of EU countries within the meaning of Article 101(1) TFEU.

Historical and Legal Outline

After Poland regained its independence, the need for criminal law to protect various types of tenders and supplies of goods for the newly formed state was quickly recognized. With the passage of years and economic development, the importance of this protection gradually increased. The reason for this was primarily the steady economic progress associated with the construction of strategically important facilities, such as seaports, airports and numerous public edifices. Initially, protection was based on various types of legal regulations, both of statutory and lower rank in the form of ordinances. However, the so-called First Polish Criminal Code of 1932 introduced the provision of Article 283, which criminalized thwarting or obstructing a public tender and contributing to the diversion of another person from participating in it, as well as lowering the sale price of the property being auctioned. This provision was placed in the group of so-called crimes to the detriment of creditors. The placement of the crime of obstructing or preventing a tender in this very Chapter indicated that the pre-war legislature considered that the crime of Article 283 of the 1932 CC primarily harmed the interests of creditors. These consisted, in this case, of seeking an efficient auction from the debtor's property. What should be emphasized is that this code quite narrowly criminalized behavior now seen as economic crimes, although the principles and areas of criminal responsibility were defined in a universal way and became the foundation for subsequent Polish criminal codifications.² Thwarting was

¹ R. Zawłocki, *Economic Turnover As a Subject of Criminal Law Protection* [in:] S. Włodyka (ed.), *Commercial Law System*, vol. 10, R. Zawłocki (ed.), *Economic Criminal Law*, Warszawa 2012, pp. 60–62.

² I. Zgoliński, *Characteristics and Main Assumptions of Penalization of Economic Crimes in the Criminal Code of 1932* [in:] A. Grześkowiak, K. Wiak, M. Gałązka, R. G. Hałas, S. Hypś, D. Szeleszczuk (eds), *Criminal Code*

seen here as any action that caused a tender (auction) to fail. In fact, the law did not specify the manner of action of the perpetrator.³ Contributing to the removal of another person from participation in the auction, albeit without thwarting the auction itself, consisted of providing false information affecting the participation of that person in the proceedings.⁴ Determining the perpetrator's motives was legally indifferent. The offense was intentional in all its variations.

This provision, as well as the entire 1932 Code, continued to be in force after World War II, and thus also during the People's Republic of Poland, until the 1969 Criminal (Penal) Code came into force. At that time, the penalization of this crime was modified. The provision of Article 245 of the Criminal Code of 1969 read as follows: 'Whoever, in order to gain a pecuniary benefit, thwarts or obstructs a public tender to the detriment of the owner of property or the person or institution for whose benefit the tender is made.' This provision was included in Chapter XXXII, entitled 'Crimes Against the Activities of State and Social Institutions.' This indicated that the generic object of protection for the crimes located here was the activities of state and social institutions,⁵ which had the authority to dispose of certain things by tender. A state institution was understood in this context to include an enterprise in which the state was a shareholder, and, moreover, also a cooperative, a cooperative union, a labor union, other organizations of the working people and military units (Article 120 § 12 of the 1969 Criminal Code). The direct object of protection of Article 245 of the 1969 Criminal Code was the proper functioning of these institutions in terms of the tenders made, and the material interests of other creditors and property owners. The object side consisted of thwarting or obstructing a tender. It was a matter of taking any action that caused the failure of the bidding to take place, and of removing some person from participating in the bidding, albeit without thwarting it. Public tender – auctions were viewed as the public sale of movable or immovable property seized in the course of judicial execution.⁶ This was a common crime of exposure. The owner of the property and the person for whose benefit the tender was made could also commit this crime. In a situation where the perpetrators were the above two categories of persons then the crime did not occur on the basis of impunity of the victim.⁷ In order for it to be committed, it was necessary that, as a result of the perpetrator's behavior, the owner of the property or the institution for whose benefit the tender was made was harmed. Actual harm, however, was

of 1932, Lublin 2015, p. 250, see also T. Bojarski, *Construction of the Criminal Code of 1932 and Its Regulations*, [in:] *ibid.*, pp. 9–19.

³ Z. Hofmoki-Ostrowski (son), *Criminal Code and Jurisprudence of the Supreme Court*, Warszawa 1936.

⁴ M. Siewierski, *Criminal Code and Misdemeanour Law: Commentary*, Warszawa 1965, pp. 384 and 385.

⁵ W. Świda, *Criminal Law*, Warszawa 1986, p. 595.

⁶ L. Lernell, A. Krukowski, *Criminal Law: Particular. Selected issues*, Warszawa 1969, pp. 145 and 146.

⁷ *Ibid.*, p. 146.

not necessary.⁸ It was an intentional crime. Criminal liability was conditioned by the presence of a particularly colored intent (*dolus directus coloratus*) on the part of the perpetrator.

Current Legal Status

Turning to the current legal regulation of the criminal protection of the regularity of tenders, it should be pointed out that the fundamental criminal provision in the Polish legal order is Article 305 of the Criminal Code. It is not, of course, an exclusive regulation, that is, one providing protection. In fact, one can distinguish here a whole conglomerate of different types of regulations, for example, from May 20, 2023, collusion in bidding is a prerequisite for the adoption of action within the framework of the so-called cartel, i.e. a prohibited agreement of entrepreneurs, which is the subject of the regulation of Article 4(5a) of the Law on Competition and Consumer Protection (consolidated text OJ 2024, item 1616). Indeed, a cartel is considered to be an agreement between at least two competitors aimed at coordinating competitive activities in the market or influencing significant factors of competition, consisting in particular of fixing or coordinating purchase prices, sales prices or other terms of business transactions, including those relating to intellectual property rights, fixing the level of production or sales, dividing markets and contractors, including collusive bidding, restricting imports or exports or other anti-competitive actions taken against competitors. Polish law is furthermore familiar with the concept of a secret cartel, by which is meant a cartel whose existence is partially or fully concealed. Thus, this protection is guaranteed by various types of regulations, not necessarily belonging to the domain of criminal law. Moreover, the behavior of the perpetrators must not, as it were, 'incidentally' exhaust the elements of other crimes, including so-called code crimes, such as crimes under Article 231 of the Criminal Code (abuse of power by an officer), Articles 228 and 229 of the Criminal Code (passive and active paid patronage) or offenses against documents (Articles 270, 271 of the Criminal Code). All of these criminal provisions should be indicated in the legal qualification of the alleged act of the perpetrator (unless there is a phenomenon of the so-called 'apparent coincidence'), and this in order to properly reflect the overall criminal coloration of the behavior in question and the degree of its social harm. If the perpetrator violated with his actions the dispositions of provisions of another type, they should, on the other hand, be indicated as part of the description of the alleged act. Importantly, the exhaustion by one behavior of the elements of more than one

⁸ O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda (eds), *Criminal Law: Particular*, Warszawa 1971, p. 374.

crime is important for the assessment of punishment in the case of proving the perpetrator guilty.

Being aware, on the one hand, of the enormous complexity of the matter under discussion, and on the other hand, of the limited framework of this monograph, the further axis of consideration will focus mainly on the analysis of Article 305 of the Criminal Code. This crime is undoubtedly now more developed than its predecessor, which has been influenced most strongly not by the development of criminal law, but by the development of economic relations and the subsequent need for an adequate criminal response. Its object of protection included the property interest of the owner of the property put up for tender, as well as the integrity of the tender.⁹ This crime is located in Chapter XXXVI, entitled: 'Crimes Against Economic Turnover and Property Interests in Civil Law Transactions.' This chapter covers so-called economic crimes. In Polish scientific discourse, there are doubts about the rationality of singling out economic crimes as a separate category of criminal acts. This circumstance has many threads.¹⁰ This is because all these provisions also protect individual property interests. However, it is important that the reasons for its separation do not lie in the need to protect supra-individual social and economic interests, but in the fact that they represent a set of the most reprehensible manifestations of violations of the rules of conduct in the broad area of civil law relations and interests. Instead, they can be protected (and often are) also by other criminal law norms.

From the subjective side, the offense under Article 305 of the Criminal Code remains within the circle of intentional crimes. Within the framework of the basic type of the crime, it is necessary to act with direct-directional intent (for financial gain). The normative construction of the crime of obstruction of proceedings – a public tender or any proceedings in the field of public procurement, which was adopted on the basis of the current regulation is complex, as it de facto includes many types of crimes.¹¹ They have distinct forms and consist of: thwarting or obstructing a public tender or other public procurement procedure; disseminating information relevant to the contract to be concluded as a result of a tender or public procurement procedure; concealing relevant information or entering into an agreement with another person to act to the detriment of the tender organizer; and acting to the detriment of the owner of the auctioned property or to otherwise act to the detriment of the public interest. The latest code amendment has broad-

⁹ M. Kulik, *Commentary to Article 305 of the Criminal Code* [in:] M. Mozgawa (ed.), *Criminal Code: Commentary*, LEX/el. 2024, M. Bojarski, *Commentary to Article 305 of the Criminal Code* [in:] M. Filar (ed.), *Criminal Code: Commentary*, LEX/el. 2016.

¹⁰ More extensively: I. Zgoliński, *Introduction to Chapter XXXVI* [in:] V. Konarska-Wrzesek (ed.), *Criminal Code: Commentary*, Warszawa 2023, pp. 1429 and 1430.

¹¹ Ł. Pohl, *The Inclusion of Provisions Defining the Crime of Interfering with Public Tender in the CC of 6.06.1997* [in:] R. Zawłocki (ed.), *Economic Criminal Law*, vol. X, *System of Commercial Law*, S. Włodyka (ed.), Warszawa 2012, pp. 507 and 508.

ened the scope of criminal legal protection, as not only the organizers of the proceedings and the owners of the auctioned property themselves are subject to it anymore, but also the participants in the proceedings. Indeed, in both acts, a separate effect of the perpetrator's behavior may be to the detriment of the public interest. As T. Oczkowski aptly points out¹² "in most such acts, their effect will be both an act to the detriment of the public interest and an act to the detriment of the organizer or beneficiary of the proceedings or the owner of the auctioned property. After all, the public interest in a tender or in any public procurement procedure is to be understood as the conduct of a procedure that is undisturbed in any way and will lead to the selection of the most advantageous offer. But in a tender there may be situations in which unfair practices will take place, but they will not be to the disadvantage of the organizer or owner of the auctioned property. This new prerequisite for the existence of such acts will be met, for example, in the case of 'jacking up' by at least one participant the auctioned price of the thing being sold, so that the real interested buyer is forced to offer an increasingly higher price. In this way, the conduct is fraught with unfairness, because if it were not for the collusion of other bidders, a purchase at a lower price would have occurred. This is undoubtedly an act to the detriment of the public interest by interfering with the participation in the auction of only those genuinely interested in acquiring the thing being auctioned."

It should be emphasized that the criminal provisions protect only one of the possible modes of selecting the best offer in the form of a tender procedure addressed to an unlimited number of potential bidders.¹³ The characteristics of a public tender are also assumed in a situation where there is a restriction in the announcement that only entities of a certain type can be participants. The point is that the invitation to bid is not addressed individually. The organizer does not affect the criminal legal qualification. It can be either a public or private entity. Nor does the form of the tender itself matter. Thwarting or hindering a tender can occur by any means, what is important here is the mere effect of bringing such an effect. As in the context of previous criminal law regulations, it is assumed that to thwart is to cause the impossibility of carrying out a tender procedure, and to hinder is to disrupt its course. To disseminate false information is to make it public, widely known to an unspecified number of persons interested in participating in a public tender.¹⁴ Obfuscation is the silence of information of significant importance to the tender, which was to be made public.¹⁵ The perpetrator here can only be the

¹² T. Oczkowski, *Commentary to Article 305 of the Criminal Code* [in:] V. Konarska-Wrzošek (ed.), *Criminal Code: Commentary*, p. 1496.

¹³ Judgment of the Court of Appeal [SA] in Warsaw of 11.03.1998, II AKa 247/97, LEX No 33171.

¹⁴ R. Góral, *Criminal Code: Practical Commentary*, Warszawa 2000, p. 403, A. Marek, *Criminal Code: Commentary*, Warszawa 2010, p. 657.

¹⁵ R. A. Stefański, *Substantive Criminal Law: Particular*, Warszawa 2009, p. 631.

entity that was obligated to make the information public. The denomination defined as entering into an agreement is a manifestation of duplicative typification. The scopes of application of the two sanctioning norms in Article 305 § 1 and 2 are the same here.¹⁶ The law indicates that a consensus of at least two persons is necessary for an agreement. This involves an agreement on the circumstances of behavior during the tender.¹⁷ The agreement should be characterized by a negative impact on the outcome. In the case of tenders involving public procurement, there will usually be here a desire to obtain the contract at the highest possible price. This goal is achieved through the submission of bids by colluding entities, where the more favorable bid has some formal deficiencies. Another bid is then selected, but one that is less favorable. It is debatable whether it can now be considered that an agreement to obtain the best possible tender result will not exhaust the elements of a crime. After all, in extreme cases there may be an act to the detriment of the public interest.

What is relevant is that the provision of Article 305 of the Criminal Code does not require actual damage to property. It is sufficient to cause a real exposure of the interests of the property owner, the organiser of the procedure or otherwise unfairly a real threat to the public interest. With regard to thwarting or obstructing a public tender as referred to in Article 305 of the Code of Criminal Procedure, the offence is of an effectual nature. As rightly stated in the case law: ‘The effect of the offender’s conduct does not necessarily have to be real damage, which usually occurs as a result of the awarding of a tender, but already the mere triggering of a threat to the legally protected interests of the subjects. In other words, for the existence of the offence in question it is not necessary for the damage itself to occur, but it is sufficient that the perpetrator’s conduct may realistically threaten to cause such damage. In view of the type of goods protected by the provisions of Chapter XXXVI of the Criminal Code and the essence of public tender, which is an institution through which agreements are concluded in the market economy, Article 305 § 1 of the Criminal Code refers to damage of a pecuniary nature. Admittedly, the legislator did not specify this concept, so – *lege non distinguente* – it should be understood as any pecuniary damage including both *damnum emergens* and *lucrum cessans*, while its extent may vary and – obviously – will affect the assessment of the degree of social harmfulness of the act (Article 115 § 2 of the Code of Criminal Procedure). Thus, there is no question that such pecuniary damage must be expressed in a specific monetary amount. The burden of proving (*onus probandi*) this circumstance, i.e. the extent of the damage conditioning the possibility of attributing guilt at all on the plane of Article 305 § 1 of the Criminal Code, rests – pursuant to Article 5 § 1 of the Criminal Code – on

¹⁶ G. Łabuda, Commentary to Article 305 of the Criminal Code [in:] J. Giezek (ed.), Criminal Code: Commentary, LEX/el. 2021.

¹⁷ More extensively Ł. Pohl [in:] R. Zawłocki (ed.), Economic Criminal Law, vol. X, p. 515.

the public prosecutor (...). The phrase ‘acting to the detriment’ used in Article 305 § 1 of the Code of Criminal Procedure means both the effective occurrence of material damage and the real, and not abstract, danger of its occurrence, while it is necessary here to determine the extent of this material damage, as on this depends – due to the content of Article 115 § 2 of the Code of Criminal Procedure in connection with Article 1 § 1 and 2 of the Code of Criminal Procedure – the possibility of considering the perpetrator’s act as a crime.”¹⁸

The wording of the provision also includes a procedural regulation concerning the prosecution aspect (Article 305 § 5 of the Code of Criminal Procedure). It takes place, as a rule, at the request of the victim. It is therefore a so-called motion crime. The exceptions in favour of *ex officio* prosecution are situations where the State Treasury remains the wronged party or where the object of the tender, auction or public procurement was at least in part financed from public funds. In these situations, the offence is prosecuted by public indictment, *ex officio*. This is an expression of concern for the state’s finances.

The provision of Article 305 § 6 of the Criminal Code establishes an active regret clause. A perpetrator of an offense specified in Article 305 § 1 or 2 who has notified a law enforcement or competition authority of a European Union member state or the European Commission of the fact of its commission and disclosed all relevant circumstances of the offense before the law enforcement authority became aware of it, will not be subject to punishment. Thus, the perpetrator must disclose to the relevant authority of an EU country that is responsible for combating restrictive practices within the meaning of Article 101(1) TFEU, the fact and circumstances of the cartel, the object of which was collusive bidding. This brings us to the conclusion that the provision of Article 305 of the Criminal Code also protects fair competition in terms of the inadmissibility of collusive bidding. This solution fully highlights the nature of criminal law, mentioned at the outset, materializing as *ultima ratio*. Criminal liability will begin its existence when other types of liability prove insufficient.

The relationship between the criminal provision in question and Article 6 of the Act of 16.02.2007 on competition and consumer protection is also interesting. As indicated in the case law, the very literal wording of both provisions indicates that the premises set out therein are not the same. The functions and objectives of both provisions are also different¹⁹. Consequently, it is clear that the absence of an offence under Article 305 of the Code of Criminal Procedure does not prejudice the conclusion of an anticompetitive agreement under Article 6 of that Act. This provision, it should be mentioned, generally prohibits the conclusion of agreements the purpose or effect of which is to eliminate,

¹⁸ Order of the Supreme Court of 6.06.2019, III KK 130/18, OSNKW 2019/8/45.

¹⁹ Order of the Supreme Court of 29.03.2023, II NSK 15/23, LEX No 3511646.

restrict or otherwise infringe competition on the relevant market. The view expressed in the case law is correct. Anti-competitive agreements will not always fulfil the elements of the offence under Article 305 of the Criminal Code. The cumulative fulfilment of all the elements discussed above is necessary for this, and this will not occur in every situation. However, the two norms are complementary as regards the scope of arrangements between various entities that may interfere in the course and results of the tender. Both have a preventive and protective role. The most desirable state of affairs in cases of their simultaneous implementation by the perpetrators is that the criminal process is carried out first, as this will result in a smooth and unquestionable establishment of the authoritative premises for the antitrust proceedings. Analysing this relationship of the two norms, on the other hand, it cannot be argued that there is a double punishment here, as in the case of antitrust proceedings no criminal sanction *sensu stricto* is imposed. Therefore, the *ne bis in idem* principle (prohibition of retrial) does not apply here. In the case of adoption of a different approach, it would undoubtedly result in the risk of avoiding antitrust or criminal liability, which would considerably reduce the effectiveness of combating collusive tenders. It is necessary to point out in this respect that Article 11 of the Code of Civil Procedure orders to take into account the findings made in criminal proceedings, in a final and binding conviction, as to the fact of committing an offence. This binds the court in civil proceedings. The scope of binding final convictions concerns the findings as to the circumstances of the commission of the offence contained in the operative part of those convictions. The essential *ratio legis* of Article 11 of the Code of Civil Procedure is to avoid the necessity to conduct additional and at the same time unnecessary evidentiary proceedings in order to establish identical facts. This multiplies the costs of proceedings, causes inefficiency of judicial authorities and consequently also leads to the possibility of mutually contradictory decisions in criminal and civil cases on the basis of the same facts. It therefore destroys the identity of criminal and civil jurisdiction. In other words, the court hearing the civil case must assume that the convicted person committed the offence attributed to him / her by the criminal judgment. These circumstances cannot therefore be the subject of evidence, and also the findings as to the commission of the offence exclude the possibility of proving circumstances contrary to those established by the criminal court. The civil court is obliged to take into account the established elements for the imputation of an offence and to make an appropriate transference of these circumstances to the antitrust proceedings. Once the perpetration of collusive bidding has been proven, it is therefore fully legitimate to apply the regulation provided for in Article 106(1) of the Act on Competition and Consumer Protection. Thus, the President of the Office may then impose on the entrepreneur, by way of a decision, a fine of up to 10% of the revenue generated in the accounting year

preceding the year of imposing the fine, if the entrepreneur, even if unintentionally, committed a breach of the prohibition set out in Article 6 of the Act.²⁰

Conclusions

The analysis carried out shows that the offence of disturbing a tender in Polish criminal law has a well-established history, albeit one that has taken variable turns. The modification of this type of offence in relation to the original qualification adopted in the Criminal Code of 1969 was not without influence from different economic relations, resulting from a different regime than before. They were the main reason for the evolution. The legislator systematically refined and extended criminal law protection as economic relations developed. The current legal regulation seems to fulfil its role relatively correctly. However, it is not without fields that raise interpretative doubts in practice. This is also due to the numerous coherences of this subject matter with other civil and commercial laws and regulations. This state of affairs, in turn, dictates that an ongoing doctrinal discussion in this respect is necessary. This will make it possible to specify sensitive areas, to indicate attempts to interpret specific problems arising at the junction of the above-mentioned branches of law and, consequently, to eliminate identified deficiencies in the course of further legislative work.

Abstrakt

Uzupełniając obszerne rozważania dotyczące zamówień publicznych zaprezentowane w niniejszym monograficznym numerze, należy niewątpliwie zwrócić również uwagę na niektóre obszary prawa karnego. Ta gałąź prawa stawia sobie za cel ochronę właściwego toku wszelkich stosunków społecznych – w tym postępowań o udzielanie zamówień publicznych, o czym tak szeroko traktuje prezentowana publikacja. W opracowaniu scharakteryzowano zatem najważniejsze rozwiązania prawnokarne poświęcone tej materii w prawie polskim. Autor przedstawia genezę i historycznoprawny kształt karnych przepisów dotyczących tytułowego zagadnienia; poddaje dogłębszej analizie obecne brzmienie przepisu art. 305 kodeksu karnego – stanowiącego w tym względzie fundament ochrony prawnokarnej – a także wskazuje wzajemne relacje tego przepisu oraz art. 6 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Artykuł został zwieńczony podsumowaniem.

Słowa kluczowe: prawo karne, art. 305 kodeksu karnego, ochrona zamówień publicznych, ingerencja w przetargi publiczne, ochrona konkurencji i konsumentów.

²⁰ Judgment of the Court of Appeal [SA] in Warsaw of 3.02.2020, VII AGa 1121/18, LEX No 3103030.

BIBLIOGRAPHY

- Chybiński O., Gutekunst W., Świda W. (ed.), *Criminal Law: Particular*, Warszawa 1971.
- Filar M. (ed.), *Criminal Code: Commentary*, LEX/el. 2016.
- Giezek J. (ed.), *Criminal Code: Commentary*, LEX/el. 2021.
- Góral R., *Criminal Code: Practical Commentary*, Warszawa 2000.
- Grześkowiak A., Wiak K., Gałązka M., Hałas R. G., Hypś S., Szeleszczuk D. (eds), *Criminal Code of 1932*, Lublin 2015.
- Hofmokl-Ostrowski Z. (son), *Criminal Code and Jurisprudence of the Supreme Court*, Warszawa 1936.
- Konarska-Wrzošek V. (ed.), *Criminal Code: Commentary*, Warszawa 2023.
- Lernell L., Krukowski A., *Criminal Law: Particular. Selected issues*, Warszawa 1969.
- Marek A., *Criminal Code: Commentary*, Warszawa 2010.
- Mozgawa M. (ed.), *Criminal Code: Commentary*, LEX/el. 2024.
- Siewierski M., *Criminal Code and Misdemeanour Law: Commentary*, Warszawa 1965.
- Stefański R. A., *Substantive Criminal Law: Particular*, Warszawa 2009.
- Świda W., *Criminal Law*, Warszawa 1986.
- Zawłocki R. (ed.), *Economic Criminal Law – S. Włodyka (ed.), Commercial Law System*, vol. 10, Warszawa 2012.



Daniela Iancu*

Conflict of Interests in Public Procurement Procedures – Romanian Law

[Konflikt interesów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego – prawo rumuńskie]

Abstract

The conflict of interests in public procurement procedures in Romania is a particularly important subject, having a significant impact on the transparency and integrity of the procurement process. Romania has a legislative framework that regulates conflicts of interest in public procurement, the main normative act being Law no. 98/2016 on public procurement. According to Art. 59 of Law no. 98/2016, the conflict of interest is defined as “any situation in which members of the staff of the contracting authority or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority, who are involved in carrying out the award procedure or who can influence its outcome have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest, which could be perceived as an element that compromises their impartiality or independence in the context of the award procedure.”

This article represents an analysis of the current Romanian regulation of the conflict of interest in public procurement procedures and of the measures imposed to prevent, identify and remedy a conflict-of-interest situation.

Keywords: conflict of interest, public procurement procedures, situations potentially generating conflict of interest, equal treatment.

* **Daniela Iancu** – PhD in Law, University Lecturer, National University of Sciences and Technology POLITEHNICA Bucharest – Pitești University Center (affiliation); <https://orcid.org/0000-0002-7733-3642>; daniela.iancu@upb.ro / dr nauk prawnych, wykładowca, Narodowy Uniwersytet Nauki i Technologii POLITEHNICA w Bukareszcie – Centrum Uniwersyteckie Pitești (afiliacja).

Introduction

Conflict of interest in procurement procedures is an integrity issue that occurs when individuals involved in the procurement process have personal interests that could affect objectivity and impartiality in decision-making.

Where a conflict of interest arising in the context of a public procurement procedure is not adequately addressed, it has an impact on the regularity of the procedures, leading to a breach of the principles of transparency, equal treatment and / or non-discrimination that any public contract must comply with.¹

In this context, decisions taken may no longer be based on fair criteria and correlated with public benefits, leading to unfavourable results, favouring certain tenderers over others. It is therefore essential that responsible institutions implement prompt and effective conflict of interest prevention and management measures to maintain the integrity and fairness of decision-making.

In addressing the issue of conflict of interest in public procurement procedures, this paper aims to answer the following questions:

1. What are the main regulations in this area?
2. How are the legal provisions in this area interpreted and applied in specialized literature and judicial practice?

For this purpose, the qualitative analysis method will be used, specifically the interpretation of legal text and literature.

Definition of Conflict of Interest and National Legislative Framework

Conflict of interest is defined in Romanian law as “any situation in which the staff members of the contracting authority or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority, who are involved in the conduct of the award procedure or who may influence its outcome have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest, which could be perceived as compromising their impartiality or independence in the context of the award procedure²”.

The legislative framework governing the conflict of interest in public procurement in Romania includes:

¹ Identifying conflicts of interest in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for managers developed by a group of experts from the Member States, under the Coordination of Unit D2 – Fraud Prevention – within OLAF, p. 10, <https://sfc.ec.europa.eu/system/files/documents/sfc-files/guide-conflict-interests-ro.pdf> [accessed: 20.10.2024].

² Art. 59 of Law 98/2016 on public procurement.

Law no. 98/2016 on public procurement,³

Law no. 99/2016 on sectoral procurement,⁴

Law no. 184/2016 on the establishment of a mechanism to prevent conflict of interest in the procedure for the award of public procurement contracts,⁵

Law no. 100/2016 on works concessions and service concessions,⁶

Law no. 101/2016 on remedies and appeals in the awarding of public procurement contracts, sectoral contracts and works / services concession contracts, as well as for the organization and functioning of CNSC (National Council for Solving Complaints).⁷

Emergency Ordinance 98/2017 on the *ex ante* control function of the award process of public procurement contracts / framework agreements, sectoral contracts / framework agreements and works concession and service concession contracts.⁸

The Role of the Contracting Authority in Preventing, Identifying and Sanctioning Conflicts of Interest in the Public Procurement Procedure

In the public procurement process, the contracting authority has a crucial role in preventing, identifying and sanctioning conflicts of interest to ensure the integrity and transparency of procedures.

Conflict of interest may seriously affect the results of a public procurement procedure, leading to undue favouring of economic operators or prejudice to the public interest. The contracting authority has the role of ensuring a fair, integral and transparent environment in public procurement, appropriately sanctioning conflicts of interest that may compromise the process.

Identification and declaration of conflict of interest are essential processes in public procurement. These processes are intended to prevent any improper influence on decisions made in procurement procedures. According to Romanian law, there are clear steps that the authorities and persons involved in the procurement process must follow in order to identify and declare conflicts of interest.

Law no. 98/2016 on public procurement provides the importance of preventing conflicts of interest, stipulating in Art. 58 the obligation of contracting authorities “to take all necessary measures to prevent, identify and remedy

³ Published in the Official Gazette of Romania no. 390/2016.

⁴ *Ibid.*

⁵ Published in the Official Gazette of Romania no. 831/2016.

⁶ Published in the Official Gazette of Romania no. 392/2016.

⁷ Published in the Official Gazette of Romania no. 393/2016.

⁸ Published in the Official Gazette of Romania no. 1004/2017.

situations of conflict of interest, in order to avoid distortions of competition and to ensure equal treatment for all economic operators”.

Situations potentially generating conflict of interest are regulated, as an example, in art. 60, paragraph (1) of Law no. 98/2016:

- a) participation in the process of verification / evaluation of requests for participation / tenders of persons holding shares, interest parties, shares in the subscribed capital of one of the tenderers / candidates, supporting third-parties or proposed subcontractors or persons who are part of the board of directors / management or supervisory body of one of the tenderers / candidates, supporting third-parties or proposed subcontractors;
- b) participation in the process of verification / evaluation of requests for participation / tenders of a person who is a spouse, relative or relative-in-law up to the second degree including, with persons who are part of the board of directors / management or supervisory body of one of the tenderers / candidates, supporting third-parties or subcontractors proposed;
- c) participation in the process of verification / evaluation of requests for participation / tenders of a person who is found to or about whom there are reasonable indications / concrete information that they may have, directly or indirectly, a personal, financial, economic or other interest, or are in another situation such as to affect their independence and impartiality during the evaluation process;
- d) the situation in which the individual tenderer / associated tenderer / candidate / proposed subcontractor / supporting third-party has as members of the board of directors / management or supervisory body and / or has significant shareholders or associates persons who are a spouse, relative or relative-in-law up to the second degree including or who are in business relations with persons with decision-making functions within the contracting authority or the procurement service provider involved in the awarding procedure;
- e) the situation in which the tenderer / candidate has nominated, among the main persons designated for the performance of the contract, persons who are a spouse, relative or relative-in-law up to the second degree including or who are in business relations with persons with decision-making functions within the contracting authority or the procurement service provider involved in the award procedure.
- f) the situation in which the individual tenderer / associated tenderer / candidate / proposed subcontractor / supporting third-party organized as a joint-stock company with share capital represented by bearer shares does not comply with the provisions of Art. 53 (2) and (3).⁹

⁹ Art. 53 (2) of Law no. 98/2016 In order to comply with the principles of transparency and equal treatment, the contracting authority has the right to request and the economic operator has the obligation to communicate the identification data of the real holders / beneficiaries of bearer shares, in the situation where the form of organization of the economic operator tenderer / candidate, supporting third-party or subcontractor to

In the *Guidance for Contracting Authorities on Conflicts of Interest in Public Procurement Processes, based on the National Legislation on Public Procurement and National Strategy on Public Procurement*¹⁰ milestones are indicated in the identification of conflicts of interest, from the case-law of the CJEU and the courts of Romania:

- ◆ The concept of conflict of interest is objective by its nature;
- ◆ The conflict of interest (consumed) objectively constitutes a serious irregularity, so there is no need for it to be accompanied by other irregularities in order to be sanctioned;
- ◆ The conflict of interest in the award of public contracts is likely to compromise the effective management of public funds and equal access for all economic operators without the need for it to cause quantifiable material damage;
- ◆ The conflict of interest in the case of a person within the contracting authority who contributes to the selection and award of a contract to a contracting authority, and causes that contract to be awarded directly or indirectly to themselves is representative and unequivocal to define the serious malfunction of that contracting institution / authority;
- ◆ The contracting authority shall bear the burden of proof of the existence or non-existence of a conflict of interest where its decisions in relation to the procurement process are challenged.
- ◆ Employment relations between persons with a decision-making function within the contracting authority and one of the tenderers is a situation such as to attract the obligation of the contracting authority to verify the existence / non-existence of a violation of the law on public procurement regarding the prevention of conflicts of interest. The public procurement contract concluded with non-compliance with this obligation must be cancelled.

In Decision no. 349/2020 of 20 May 2020 pronounced by Pitești Court of Appeal in a public procurement dispute,¹¹ the Court holds that: “The notion of conflict of interest refers to any situation in which members of the staff of the contracting authority or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority who are involved in the conduct of the procurement procedure or who may influence its outcome have, directly or indirectly, a financial, economic or personal interest which could be perceived as compromising their impartiality or independence in the context of the procurement procedure.

the procedure is a joint-stock company, with share capital represented by bearer shares. (3) The legal representative of the economic operator submits a declaration on own responsibility regarding the real holders / beneficiaries of bearer shares, under the sanctions provided by art. 326 of Law no. 286/2009 on Criminal Code, with subsequent amendments and additions.

¹⁰ https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2017/03/CoI-Guide-Final-Version-17082017-agreed-with-ANA-P-TT_v1.pdf.

¹¹ <https://sintact.ro/#/jurisprudence/534264310/1/decizie-nr-349-2020-din-20-mai-2020-curtea-de-apel-pitesti-litigiu-privind-achizitiile-publice>.

It was appreciated that, by sanctioning the offence of conflict of interest, in applying the provisions of Law no. 98/2016, the legislator sought to protect the social relations related to the proper functioning of the staff within the contracting authorities, an activity that implies a correct behaviour of the one exercising an activity within a public authority, public institutions, etc., as well as the observance of the fundamental principles underlying public procurement, namely the principle of fair competition.”

As regards the prevention of conflicts of interest in public procurement, it is necessary for the persons with decision-making functions to show an ethical and correct behaviour, fulfilling their legal obligations in the event of a potential conflict of interest.

Possible means of preventing conflict of interest:

- ◆ elaboration of the internal policy document on the prevention of conflicts of interest,
- ◆ setting ethical standards for decision-making staff in particular with regard to conflicts of interest,
- ◆ filling out a conflict of interest declaration for each procurement process, etc.

Provisions may be identified in Law no. 98/2016 on the declaration on the conflict of interest and the persons who must sign it.¹²

The conflict of interest declaration in public procurement should include, in addition to the definition of conflict of interest as set out in Law no. 98/2016, as follows:

- (a) identification of the procurement process concerned;
- (b) full name of the signatory, date of birth, position held in the organisation and the tasks in the context of the public procurement procedure;
- (c) date of signature;
- (d) the signatory’s unequivocal declaration certifying whether, to their knowledge, they are in a situation of apparent / potential / real conflict of interest relating to the procurement in question;
- (e) the signatory’s unequivocal declaration of whether, to their knowledge, there are circumstances which could put them in a situation of apparent / potential / real conflict of interest in the near future;
- (f) the signatory’s unequivocal declaration that they undertake to declare immediately any potential conflict of interest in the event of new circumstances.

According to Art. 130 (1), (2) and (3) of Decision no. 395/2016 for the approval of the Methodological norms for the application of the provisions on the award of the public procurement contract / framework agreement of Law no.

¹² Guidance for Contracting Authorities on Conflicts of Interest in Public Procurement Processes, based on National Legislation on Public Procurement¹ and National Strategy² in Public Procurement, page 33, https://pnrr.mmapp.ro/wp-content/uploads/2022/12/FOMULARE_ACHIZITII-PUBLICICE.-CONFLICTE-DE-INTE-RESE-SI-INCOMPATIBILITATI_21.12.2022.docx [accessed: 15.10.2024].

98/2016 on public procurement,¹³ the evaluation commission and the co-opted experts have the obligation to sign on their own responsibility a confidentiality and impartiality declaration by which they undertake to comply with the provisions of Art. 129 and confirming that it is not in a situation involving a conflict of interest. The declaration must be signed by the members of the evaluation commission before taking over the specific duties, after the deadline date and time for submitting the requests for participation / tenders, and contains the following identification data: surname and given name; date and place of birth; current domicile; personal number.

If one of the members appointed to the evaluation commission or one of the co-opted experts find themselves in a situation of conflict of interest, then they shall immediately request their replacement from the composition of that commission by another person.¹⁴

According to Art. 62 (1) of Law no. 98/2016, “if the contracting authority identifies a situation potentially generating conflict of interest within the meaning of Art. 59, is obliged to take any steps necessary to determine whether the situation in question constitutes a conflict of interest situation and to present to the candidate / tenderer in that situation a statement of reasons which, in the opinion of the contracting authority, are likely to lead to a conflict of interest”.

In this case, “the contracting authority shall request the candidate / tenderer to convey their view on the situation.”¹⁵

In situations where a potential conflict of interest has been identified, Art. 62 (3) of Law no. 98/2016 provides, first of all, “the elimination of the circumstances that generated the conflict of interest, ordering measures such as the replacement of persons responsible for the evaluation of tenders, when their impartiality is affected, where possible.”

The following measures may be considered, depending on whether or not a conflict of interest declaration exists and the nature of the conflict of interest:

- ◆ discussing clues with the person concerned to clarify the situation;
- ◆ exclusion of the person concerned from the public procurement procedure, whether they are a member of the staff or an external expert / consultant;
- ◆ change of the distribution of tasks and responsibilities between staff members.

The contracting authorities shall also have on hand the cancellation of the procurement procedure.

¹³ Published in the Official Gazette no.423/2016.

¹⁴ See I. Cioboată, Gestionarea transparentă și eficientă a conflictului de interese în achizițiile publice [Transparent and efficient management of conflict of interest in public procurement], <https://www.juridice.ro/656623/gestionarea-transparenta-si-eficienta-a-conflictului-de-interese-in-achizitiile-publice.html> [accessed: 21.10.2024].

¹⁵ Art. 62 (2) of Law no. 98/2016.

In Decision no. 589/2019 of 13 May 2019, Timisoara Court of Appeal,¹⁶ the Court holds that “the novelty brought by the new law is given precisely by the exclusion, as a measure that is taken as a last resort to remedy a conflict of interest, but it should not be lost sight of the fact that, in the event that there are no other remedies necessary to eliminate the circumstances that generated the conflict of interest, the contracting authority has the obligation to exclude from the procurement procedure the tenderer in conflict of interest, in order to protect the respective public procurement procedure and defend the public interest.

With regard to the remedies available to the contracting authority, the Court may conclude that the contracting authority has a legal obligation, in the event of the identification of a conflict of interest, to adopt the remedial measures necessary to protect the public procurement procedure and the subsequent public interest, respectively to eliminate the circumstances that generated that situation potentially generating conflict of interest (these may consist of replacing the person in conflict of interest, revoking the decision to appoint the person in conflict of interest, if such remedy is possible, or removing from the award procedure the tenderer / candidate in conflict of interest if no other remedy is possible anymore).”

Sanctioning persons involved in the procurement process who are in conflict of interest is an essential component of the integrity and compliance framework in public procurement. It is the legal and administrative response to breaches of integrity rules and aims to deter unethical behaviour, ensure fairness of proceedings and protect public interests.

Control Mechanisms in the Field of Public Procurement in Romania

In Romania, two distinct *ex ante* control mechanisms are implemented in the field of public activities.¹⁷

The first mechanism is the one exercised by the National Agency for Public Procurement (hereinafter referred to as NAPP), according to Government Emergency Ordinance no. 98/2017, and refers to the control of the process of awarding contracts and framework agreements for public, sectoral activities, as well as for works and services concessions. NAPP, a pub-

¹⁶ <https://sintact.ro/#/jurisprudence/533263890/1/decizie-nr-589-2019-din-13-mai-2019-curtea-de-apel-timisoara-litigiu-privind-achizitiile-publice>.

¹⁷ See D. Duma-Pătraşcu, Assessing the existence of a conflict of interest in a public procurement procedure; regulating the conflict of interest through special legislation in the field of public procurement and through some special normative acts; *ex ante* control exercised by the National Agency for Public Procurement in order to prevent conflict of interest in the procedure of awarding public contracts, ‘Revista Română de Jurisprudență’ 2021, 1, p. 375.

lic institution subordinated to the General Secretariat of the Government, has as its main mission to ensure the legality, transparency and efficiency of public procurement in Romania. Its duties include *ex ante* verification of award documentation, award procedures and changes to framework contracts / agreements selected in accordance with GEO no. 98/2017 with subsequent amendments and additions, as well as the documents related to their implementation regarding compliance with the legislation in the field of public procurement.

The second mechanism is carried out by the National Integrity Agency (hereinafter referred to as NIA) and focuses on preventing conflicts of interest in award procedures through the integrated IT system for preventing and identifying potential conflicts of interest, called *Prevention system*.¹⁸ The prevention system works on the basis of the data entered in the integrity forms¹⁹, registered in ePPS, on the occasion of the procedures for the award of public procurement contracts²⁰ and processed by integrity inspectors under the law.²¹ NIA issued, through the PREVENT system, between 20 June 2017 and 30 September 2024, 212 integrity warnings for potential conflicts of interest in public procurement procedures carried out by contracting authorities representing ministries, public institutions at central and local level, administrative-territorial units, autonomous administrations, as well as companies in which the state is a shareholder.²²

In accordance with the provisions of article 8 of Law no. 184/2016 on the establishment of a mechanism for preventing conflict of interest in the procedure of awarding public procurement contracts, the integrity warning issued by the NIA is available, through the ePPS, to the contracting authorities / entities, the NIA, as well as to the authorities with powers of verification, monitoring and control of the public procurement procedure, and the head of the contracting authority / entity receiving the integrity warning is obliged to order all necessary measures to avoid conflict of interest, by ordering specific measures, according to the law.

¹⁸ Established within the National Integrity Agency by Law no. 184/2016, published in the Official Gazette of Romania no. 831/2016.

¹⁹ "This prevention mechanism involves analyzing the data and information entered in the integrity form by the responsible person within the contracting authority by interconnecting the PREVENT system with relevant databases (National Trade Register Office – ONRC, Directorate for People's Registration and Database Administration – DEPADB). The novelty of the PREVENT system is given by the fact that it can automatically identify the alleged relationships that may exist between persons from the contracting authority and persons from economic operators who are tenderers in the procurement procedures initiated by a contracting authority. In case of detection of a possible conflict of interest, NIA issues an integrity warning and the contracting authority must take all measures to remove the possible conflict of interest issued by the PREVENT system". <https://integritate.eu/?s=conflict+de+interese+achizitii+publice> [accessed: 20.12.2024].

²⁰ <https://integritate.eu/?s=conflict+de+interese+achizitii+publice> [accessed: 20.12.2024].

²¹ Art. 4 (3), Law no. 184/2016.

²² <https://integritate.eu/?s=conflict+de+interese+achizitii+publice> [accessed: 20.12.2024].

The National Agency for Public Procurement checks whether the necessary measures to eliminate the conflict of interest situation have been implemented, in accordance with its specific tasks.

Failure to take measures as a result of receiving an integrity warning or not completing the integrity form according to Art. 6 (4) initiates *ex officio* the procedure for assessing the conflict of interests, after the completion of the award procedure, exclusively with regard to the persons against whom the provisions of Law no. 176/2010²³ are incident, as amended.²⁴

The findings resulting from the *ex ante* control activity and the measures ordered by NAPP shall be subject to an assent, which may be:

a) unconditionally, where no deviations are found with regard to the quality and / or regularity aspects contained in the checklists; or

b) conditionally, where it is found that there are deviations with regard to the quality and / or regularity aspects contained in the checklists.²⁵

The absolute nullity of the contract concluded as a result of an award procedure that was subject to *ex ante* control and in which NAPP issued a conditional final assent and the contracting authority completed the award procedure without rectifying the serious deviations from the applicable law found by NAPP, except as provided for in Art. 25 (2) of GEO no. 98/2017²⁶ is established by the court of law, which shall examine on the merits the arguments presented by the contracting authority in question for ignoring those retained by NAPP through the respective conditional final assent.

Conclusion

Contracting authorities play a decisive role in creating an environment conducive to objective decisions in public procurement procedures. This is achieved by diminishing the risks of external influence and by strengthening the principles of ethics and transparency. By establishing clear policies for managing conflicts of interest, by adopting an organizational culture that promotes integrity and responsibility, these authorities can ensure the conduct of

²³ Published in the Official Gazette of Romania no. 621/2010.

²⁴ Art. 9 of Law no. 184/2016 on the establishment of a mechanism to prevent conflict of interest in the procedure for the award of public procurement contracts.

²⁵ Art. 14 of the Emergency Ordinance 98/2017 on the *ex ante* control function of the process of awarding public procurement contracts/framework agreements, sectoral contracts/framework agreements and works concession contracts.

²⁶ If the Council or the competent court has definitively ruled on acts of the contracting authority that have been the subject of a conditional assent of ANAP, and the decisions rendered result in the invalidation of the findings of that conditional assent, ANAP will not appeal to Court the contract concluded within the award procedure that was the subject of the final decision of the Council or Court, as it is not struck by absolute nullity on the grounds provided in Art. 14 (8), Art. 25 (2) of the Emergency Ordinance 98/2017.

activity without pressure from personal interests. Thus, proper management of conflicts of interest not only protects public funds, but also improves citizens' trust in state institutions, supporting the development of a society based on transparency, fairness and ethics.

Abstrakt

Konflikt interesów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w Rumunii jest szczególnie ważnym tematem, mającym znaczący wpływ na przejrzystość i uczciwość procesu udzielania zamówień. W Rumunii istnieją ramy prawne regulujące konflikt interesów w zamówieniach publicznych, a głównym aktem normatywnym jest ustawa nr 98/2016 o zamówieniach publicznych. Zgodnie z art. 59 tej ustawy konflikt interesów definiowany jest jako „każda sytuacja, w której członkowie personelu instytucji zamawiającej lub dostawcy usług w zakresie zamówień publicznych działający w imieniu instytucji zamawiającej, [...] zaangażowani w przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia lub mogący wpłynąć na jej wynik, mają – bezpośrednio lub pośrednio – interes finansowy, gospodarczy lub inny interes osobisty, który może być postrzegany jako element zagrażający ich bezstronności lub niezależności w kontekście procedury udzielenia zamówienia”.

Niniejszy artykuł stanowi analizę obecnych rumuńskich regulacji dotyczących konfliktu interesów w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz środków nałożonych w celu zapobiegania, identyfikacji i zaradzenia sytuacji konfliktu interesów.

Słowa kluczowe: konflikt interesów, procedury zamówień publicznych, sytuacje potencjalnie generujące konflikt interesów, równe traktowanie.

BIBLIOGRAPHY

Cioboată I., Gestionarea transparentă și eficientă a conflictului de interese în achizițiile publice, [Transparent and Efficient Management of Conflict of Interest in Public Procurement], <https://www.juridice.ro/656623/gestionarea-transparenta-si-eficienta-a-conflictului-de-interese-in-achizitiile-publice.html>.

Duma-Pătrașcu D., Assessing the Existence of a Conflict of Interest in a Public Procurement Procedure: Regulating the conflict of interest through the special legislation in the field of public procurement and through some special normative acts; ex ante control exercised by the National Agency for Public Procurement in order to prevent the conflict of interest in the procedure of awarding public contracts, 'Revista română de jurisprudență' no. 1/2021.

Guidance for Contracting Authorities on Conflicts of Interest in Public Procurement Processes, based on National Legislation on Public Procurement¹ and National Strategy² in Public Procurement, https://pnrr.mmap.ro/wp-content/uploads/2022/12/FOR-MULARE_ACHIZITII-PUBLICE.-CONFLICTE-DE-INTERESE-SI-INCOMPATIBILITATI_21.12.2022.docx.

Identifying conflicts of interest in public procurement procedures for structural actions. A practical guide for managers developed by a group of experts from the Member States, under the Coordination of Unit D 2 – Fraud Prevention – within OLAF, <https://sfc.ec.europa.eu/system/files/documents/sfc-files/guide-conflict-interests-ro.pdf>.



Andreea Drăghici*

European Single Procurement Document (ESPD): Romanian regulation

[Jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD) – uregulowania rumuńskie]

Abstract

Configured as a tool to streamline the procurement procedure by simplifying administrative tasks both for economic operators and for the contracting authority, European Single Procurement Document (ESPD) remains ‘under the magnifying glass’ of jurisprudential debates, in the light of which we intend to explore possible ways of interpreting national legal norms with echo in the modalities of applying and developing additional instruments for harmonizing the procurement procedure.

Keywords: European Single Procurement Document (ESPD), national regulation, exclusion grounds, criteria for tenderer qualification and selection, advantages and barriers to the use of ESPD.

Introduction

Through this research we aim to outline the advantages but also the administrative and competitive barriers reflected in the procedures for the award of public procurement contracts through the implementation of the European Single Procurement Document (ESPD), an instrument made mandatory by automatic generation in the Electronic Public Procurement System (ePPS).

* **Andreea Drăghici** – PhD in Law, Associate Professor, National University of Sciences and Technology POLITEHNICA Bucharest – Pitești University Center (affiliation), <https://orcid.org/0000-0003-3427-7334>; andidraghici@yahoo.com / dr nauk prawnych, profesor uczelni, Narodowy Uniwersytet Nauki i Technologii – Centrum Uniwersyteckie Pitești (afiliacja).

Structurally, the study starts from the integration of ESPD into the European legislative picture from the perspective of the main source of law, namely Regulation (EC) no. 7/2016 establishing the standard form for the European Single Procurement Document as a legal instrument of the type *hard law*, developed at national level based on Law no. 98 of 2016 on public procurement and Law no. 99 of 2016 on sectoral procurement, and continues with the analysis of the criteria for qualification and selection of tenderers from the perspective of ESPD, as well as the situations of exclusion of the tenderer, in order to conclude the investigation of the casuistry and jurisprudence that arose from the moment of the effective application of this instrument. Thus, casuistry is to define and give meaning to the objectives of our research, which starts from the assumption that ESPD also generates contrasting aspects, an assumption that needs to be confirmed, nuanced or refuted.

In other news, the research also seeks to advance explanatory models and proposals to improve the functioning mechanism of ESPD in an integrative vision that allows equal treatment, transparency and proportionality on the European economic market, the research methodology focusing on the logical-deductive method.

European and National Rules on ESPD

The European Single Procurement Document (ESPD) was established at the level of the European Union through Commission Implementing Regulation (EU) 2016/7 of 5 January 2016 establishing the standard form for the European Single Procurement Document.¹

Among the objectives stated in the Preamble to the Regulation we find the need to simplify and reduce the administrative burden for contracting authorities, contracting entities and economic operators, in particular in the case of Small and medium-sized enterprises (SMEs), by replacing the various national self-declarations with a standard form established at European level and set out in Annex 2 to the Regulation. At the same time, the introduction of this form seeks to avoid contradictory indications in the different procurement documents by requiring that the information presented in the ESPD be clearly stated in advance by contracting authorities and contracting entities in the call for tender contracts or by reference to other parts of the procurement documents, which economic operators are required to examine carefully at the time of submission of tenders.

¹ Published in the Official Journal of the European Union on 2016, Jan. 6 – <https://eur-lex.europa.eu/search.html?scope=EURLEX&text=32016R0007&lang=ro&type=quick&qid=1721041403459>.

As it results from the Instructions in Annex 1 to the Regulation, the ESPD is a “self-declaration by economic operators providing preliminary evidence replacing the certificates issued by public authorities or third-parties. As provided in Article 59 of Directive 2014/24/EU, it is a formal statement by the economic operator that it is not in one of the situations in which economic operators shall or may be excluded; that it meets the relevant selection criteria and that, where applicable, it fulfils the objective rules and criteria that have been set out for the purpose of limiting the number of otherwise qualified candidates to be invited to participate.”

At the national level, the legislator has integrated provisions on ESPD both in the Law no. 98 of 2016 on public procurement² as well as in Law no. 99 of 2016 on sectoral procurement,³ allocating to it a special section called “European Single Procurement Document. E-Certis” under the chapter “Organization and conduct of the award procedure” in both legislative acts.

ESPD is mandatory for both contracting authorities / contracting entities and economic operators participating in award procedures. Starting with 2019, Apr. 8 the European Single Procurement Document (ESPD) is integrated into the Electronic Public Procurement System (ePPS) and is generated automatically. Exceptions to the completion of the ESPD are direct procurement and negotiation without prior publication of a contract notice, since direct procurement is not considered a genuine award procedure, and negotiation without prior publication of a contract notice is carried out offline (outside the ePPS platform).

In this respect, the contracting authority that draws up and defines the award documentation has the obligation to configure the ESPD directly in the ePPS,⁴ while economic operators participating in the award procedure are required to complete the ESPD after authentication in the system. At the same time, economic operators will sign the ESPD electronically, by exporting / importing the document created with the xml extension or by printing it directly from the application. Moreover, we find explanations on these issues also in the Notification on the use of ESPD in procedures carried out exclusively by electronic means,⁵ elaborated by the National Agency for Public Procurement (NAPP), according to which the integration of ESPD into the Electronic Public Procurement System (ePPS) implies the obligation of the contracting authority to configure ESPD directly in the dedicated section of the electronic form for defining the award documentation.

² Published in the Official Gazette of Romania no. 390 of 2016, May 23.

³ Published in the Official Gazette of Romania no. 391 of 2016, May 23.

⁴ As of 2019, May 2 the European Commission no longer makes available the electronic version of the form eESPD, users being directed to use the services of national providers, for Romania ESPD being automatically generated on ePPS (e-licitatie.ro).

⁵ <https://anap.gov.ro/web/notificare-privind-utilizarea-duae-in-procedurile-desfasurate-exclusiv-prin-mijloace-electronice/>.

As regards how to define ESPD by the contracting authorities, starting with 2024, new working functionalities for generating ESPD in ePPS have been outlined. Thus, ESPD will be automatically attached by the system to the respective documentation, as a file in xml format, while the responses to the ESPD of the economic operators participating in the procedure will also be filled in the ePPS directly, after authentication, by each participant, in accordance with the technical guidance received from the Agency for the Digital Agenda of Romania. The ePPS operator shall certify that: the data uploaded as ESPD responses is completed only by tenderer users after authentication, and that the data is completed by each member of the tenderer. In other news, the economic operator that joins the procedure declares the form of participation –individual / in association as well as the composition, the possibility of declaring tenderers, and the others validate that they are part of that association / composition and have the obligation to complete the ESPD in their turn, confirming the position they occupy within the procedure.

A major contribution in streamlining and understanding the functioning mechanism of the ESPD was made by the National Agency for Public Procurement (NAPP), which came in stages to support the participants in the award procedure by publishing guides that structured the rules and steps to follow for completion,⁶ originally published, more precisely on 1 September 2016, an editable form of the ESPD standard form.

According to Art. 20 of Methodological norms for the application of the provisions on the award of the public procurement contract / framework agreement of Law no. 98 of 2016 on public procurement,⁷ the award documentation shall reflect the information necessary to provide economic operators with a complete, correct and accurate picture of the procurement requirements, the subject-matter of the contract and the manner in which the award procedure is carried out consisting of:

- a) ESPD and instructions to tenderers / candidates;
- b) specifications or descriptive document, the latter being applicable to competitive dialogue, negotiation or innovation partnership procedures;
- c) draft contract containing the binding contractual clauses;
- d) forms and models of documents.

Thus, the contracting authority will electronically generate the ESPD, together with the other procurement documents, ensuring that it is completed and the headings are checked in accordance with the qualification and selection criteria established by the award documentation. The specifications capture the technical specifications describing the requirements and characteristics of the products, services or works to be purchased, so as to

⁶ NAPP elaborated in 2016 ESPD user guides – <https://anap.gov.ro/web/ghiduri-de-utilizare-al-duae/>.

⁷ See Decision no. 395 of 2016, June 2 approving the methodological norms for the application of the provisions on the award of the public procurement contract/framework agreement of Law no. 98 of 2016 on public procurement, published in the Official Gazette no. 423 of 2016, June 6.

correspond to the need of the contracting authority, while the descriptive document necessarily includes at least a description of the needs, objectives and constraints of the contracting authority, which will form the basis of the negotiations / dialogue / innovation partnership, but also the minimum technical, performance or functionality requirements necessary to be met by each preliminary tender / solution in order to be admitted to the next phase.⁸

Consequently, economic operators who are interested in participating in a procedure for the award of a public procurement contract will find ESPD in the details of the contract / simplified / competition notice in the related award documentation. Starting with 2019, Apr. 18 ESPD is available both in electronic format, through the online service, made available free of charge by the Digital Agenda of Romania, at the internet address e-licitatie.ro, which requires account and authentication in the system, as well as in editable format, which can be generated on paper, the form model being made available to the contracting authorities / entities by the National Agency for Public Procurement (NAPP) through the Internet page (www.anap.gov.ro) and the ePPS portal (www.e-licitatie.ro).

It should be noted that the online service allows contracting authorities to develop, review and reuse, download and print ESPD for a procedure for the award of a public / sectoral contract, and the participating economic operators to complete, save and print the ESPD document for a procedure for the award of a public / sectoral contract, corresponding to the quality they have in that procedure. At the same time, according to the legal provisions, the participating economic operators have the possibility to update or correct the information from the ESPD until the deadline for submitting tenders / applications.

By the Order of the president of NAPP no. 1554 of 2023, 17 Aug. on the approval of the structure and content of the standard documentation for the award of the public / sectoral product procurement contract⁹ it is stipulated that for the elaboration and completion of the ESPD, the contracting authorities shall use the information included in the Notification on the use of the European Single Procurement Document (ESPD) of 2019, July 2 respectively Notification no. 1/2021 on the possibility to supplement the ESPD conferred by Commission Implementing Regulation (EU) 2016/7 of 2016, Jan. 5 establishing the standard form for the European Single Procurement Document. The Order also provides that the contracting authority has the obligation to review the ESPD related to the procedure for awarding the public procurement con-

⁸ See P. Lăzăroi, I. Cochințu, M. A. Popescu, M. V. Cărlan, *Curs de achiziții publice. Aspecte teoretice și aplicații practice* [Public Procurement course. Theoretical aspects and practical applications], 2nd rev. and added ed., Hamangiu Publishing House 2018, pp. 145–150.

⁹ <https://anap.gov.ro/web/ordin-nr-1-554-din-17-august-2023-privind-aprobarea-structurii-si-continutului-documentatiei-standard-de-atribuire-a-contractului-de-achizitie-publica-sectoriala-de-produse/>.

tract in question, in the event that the qualification and selection criteria are modified in the sense of decreasing their levels or eliminating them. If there are discrepancies between the information provided in the ESPD and that provided in the contract / simplified / competition notice, the information in the announcement will prevail, the ESPD will be reviewed accordingly.

In a procedure fully conducted online, the economic operator shall sign the ESPD with an electronic signature and upload to the ePPS parts of the offer in the same way as other documents.

The mandatory character of ESPD also results from the content of Art. 193 (1) of Law 98 of 2016 on public procurement, the contracting authority being obliged to accept “at the time of submission of requests for participation or ESPD tenders, consisting of an updated declaration on own responsibility, as preliminary evidence instead of certificates issued by public authorities or by third-parties confirming that the economic operator concerned fulfils the following conditions:

- a) is not in any of the situations of exclusion referred to in Art. 164, 165 and 167;
- b) meets the capacity criteria as requested by the contracting authority;
- c) if applicable, meets the selection criteria established by the contracting authority in accordance with the provisions of this law.”

The legislator also specifies the technical and professional capacity of the tenderer or candidate, in the sense that the ESPD must be completed separately by the third-party supporter on whose capacity it is based or by the subcontractor, in which case the subcontracting agreement is also attached. Thus, the ESPD submitted by the supporting third-party(ies) or by the subcontractor “shall include all the information referred to in paragraph (1) which is relevant to the support granted under the award procedure concerned.” Of course, the economic operator which participates on its own account but relies on the capabilities of one or more entities, be they third-party supporters or subcontractors, remains liable for the submission of its own ESPD in the proceedings, but also of a separate ESPD for each of the entities on which it relies. This is also the case for groups of economic operators, including temporary associations participating together in the public procurement procedure, each of the economic operators participating in the group having the obligation to complete the ESPD separately.

Although the specific legislation on public procurement does not stipulate the obligation of contracting authorities to use the division by lots, resorting to subcontractors and supporting third-parties actually gives an opportunity to SMEs to increase their chances of being awarded public procurement contracts, thus overcoming the ‘barrier’ of complex contracts, not divided by lots. The advantage also arises from the fact that it is possible to replace or introduce new subcontractors even after the contract has been awarded, of

course, provided that a substantial change is not involved, so that the award procedure does not resume.

The overlap of the concepts of supporting third-party and subcontractor should be avoided, and it is essential to note that when the contracting authority takes into account the technical and professional capacity of the proposed subcontractors for their part of involvement in the contract, the subcontractor also becomes a supporting third-party.¹⁰ Thus, with regard to the capacity to exercise professional activity, tenderers can rely only on subcontractors, not on supporting third-parties. Specifically, if the tenderer wants the contracting authority to take into account the economic and professional capacity of the third-party, for its part of involvement in the execution of the contract, then it is necessary that the third-party be declared a subcontractor, not being sufficient to have the quality of supplier.¹¹ Therefore, in such a situation, the tenderer is no longer free to choose whether or not to declare the third-party as a subcontractor. The overlap of the two notions has generated various interpretations regarding ESPD as well. In this respect, judicial practice has established that it is excessive to reject the tender as unacceptable if the third-party supporter does not submit separately and the support commitment, although from the content of the ESPD results the firm commitment.

The National Agency for Public Procurement (NAPP) has also developed a Notification on the use of ESPD in procedures for the award of public / sectoral contracts¹² according to which the following situations can occur during the analysis of the ESPD content:

- a) inaccuracies in the form of the information contained in the ESPD sections, both of the tenderer / candidate and of the supporting subcontractor / third-party, in relation to which there is an opportunity to request clarification;
- b) substantive inaccuracies, respectively errors / omissions of information, in relation to which there is no possibility to request clarification.

Regarding the possibility to request clarifications for form inaccuracies in respect of the ESPD attached to the tender or candidacy, we will refer to the provisions of Art. 209 (1) of Law no. 98 of 2016 on procurement, respectively the provisions of Art. 221 (1) of Law no. 99 of 2016 on sectoral procurement, according to which the contracting authority has the right to request clarifications or additions in order to clarify issues caused by the existence of incon-

¹⁰ Barriers for SMEs in public tenders. Solutions – division by lots, appeal to subcontractors and supporting third-parties, 17/12/2021 – <https://hotnews.ro/bariere-pentru-imm-uri-n-licitatiile-publice-solutii-divizarea-pe-loturi-apelarea-la-subcontractanti-si-terti-sustinatori-155679>.

¹¹ D.-R. Răducanu, I. Titorian, Corecta interpretare a diferenței dintre furnizor și subcontractant în achizițiile publice [Correct Interpretation of the Difference Between Supplier and Subcontractor in Public Procurement], 30 March 2023 – <https://www.juridice.ro/499788/corecta-interpretare-a-diferentei-dintre-furnizor-si-subcontractant-in-achizitiile-publice.html>.

¹² <https://anap.gov.ro/web/notificare-privind-utilizarea-duae-in-procedurile-de-atribuire-a-contractelor-de-achizitie-publicasectoriale/>.

sistencies between the information presented in the ESPD. Clarifications are required if the information is supported by other clarifications existing at the level of the same ESPD or at the level of ESPD submitted by the subcontractor, supporting third-party or associate.

In case of form inaccuracies regarding the ESPD, tenderers or candidates will be forced to revise it, and, in the absence of submission of a revised ESPD, the provisions of Art. 134 (5) of Government Decision no. 395 of 2016 for the approval of the methodological norms for the application of the provisions on the award of the public procurement contract / framework agreement of Law no. 98 of 2016 on public procurement will become applicable, in the sense that the tender will be considered unacceptable.

Also, according to the provisions of Art. 209 (2) of Law no. 98 of 2016, respectively Art. 221 (2) of Law no. 99 of 2016, “the contracting authority does not have the right, through the requested clarifications / additions, to determine the appearance of an obvious advantage in favour of a tenderer / candidate.”

There are also situations that lead to the rejection of the tender without the possibility to request clarifications on the ESPD, respectively in the event that information filled in by the tenderers / candidates is found that does not confirm the fulfilment of the minimum qualification / selection requirements formulated by the contracting authority / entity in the Data Sheet / Procurement instructions.

From the corroboration of Art. 196 (2) of Law no. 98 of 2016 with the provisions of Art. 132 (2) of Government Decision no. 395 of 2016, it follows that prior to the award of the public procurement contract, the contracting authority requires the tenderer ranked first after applying the award criterion to submit updated supporting documents demonstrating the fulfilment of all qualification and selection criteria, in accordance with the information contained in the ESPD. Where a multi-stage procurement procedure is applied, the contracting authority has the possibility to limit the maximum number of selected candidates who meet the qualification and selection criteria and who will be invited to tender at the second stage.

The ranking is established on the basis of the selection criteria and the information contained in the ESPD, the contracting authority making the order in the ranking in compliance with the scoring methodology provided in the procurement instructions, following that, in case of limiting the maximum number of candidates selected, the submission of supporting documents as proof of the information contained in the ESPD shall be requested exclusively to them.

Under Section 8 on the “European Single Procurement Document. E-Certis,” the legislator specifies that the ESPD must also contain “information on the public authority or third-party responsible for drawing up the supporting documents, as well as an official statement attesting that the economic oper-

ator is obliged to provide, upon request and without delay, those supporting documents.”

In order to simplify the mechanism, the legislator mentions that economic operators are not obliged to provide supporting documents or other evidence in support of the information declared in the ESPD, when the contracting authority has the possibility to obtain the requested documents directly by accessing a database, in which case the ESPD will contain the information requested for this purpose, such as, for example, the internet address of the database, any identification data and, where appropriate, the necessary declaration of consent.

Moreover, according to Art. 198 of Law no. 98 of 2016 on public procurement, NAPP has the obligation to make available to the European Commission and to update in e-Certis the complete list of databases containing relevant information on economic operators established in Romania. Moreover, in order to facilitate cross-border award procedures, NAPP shall ensure that information on certificates and other forms of supporting documents entered in e-Certis is kept up to date.

Furthermore, in accordance with the principle of mutual recognition, the contracting authority is required to accept equivalent certificates issued by accredited certification bodies established in other Member States. At European Union level, the series of relevant European standards, certified by accredited bodies, to which the contracting authority will report, must be taken into account. Consequently, the contracting authority will not be able to require the presentation of specific certifications, but will also have to accept certifications equivalent to European standards, granted by independent bodies attesting compliance by economic operators with certain quality assurance standards, including accessibility for persons with disabilities or environmental management standards or systems.

Also, in the idea of simplification, economic operators have the right to reuse an ESPD used in a previous award procedure, provided that the validity of the information is confirmed on the date of its submission.

An overview of the ESPD mechanism, which has become fully functional and at national level, outlines the advantages and prospects for simplifying the procurement procedure, but so far multiple barriers have been identified in the road taken by the tenderers / candidates and even by the contracting authority until the actual award of the public procurement contract.

One of the omissions of economic operators at national level remains the electronic failure of the ESPD in the case of procedures carried out exclusively online. Far from being a formalism, the tender will be rejected as unacceptable if the accompanying documents do not bear the extended electronic signature, based on a qualified certificate issued by a certification service provider accredited in accordance with Law no. 455/2001 on electronic signa-

ture.¹³ Thus, the electronic signature represents a condition of validity of the tender and the failure to sign is equivalent to the lack of assuming the content of the documents uploaded by the tenderer. Even if only one tender has been submitted, but ESPD does not have an electronic signature, the tender will be rejected and the procedure annulled, in which case the contracting authority is forced to resume the procedure.

There were also “short-circuits” at the level of practice regarding ESPD loading, in the sense that it was only loaded in pdf format, not xml, as indicated in the user guide of the National Agency for Public Procurement (NAPP). However, it was found that this could not be a reason for rejection by the contracting authority as it could extract the necessary information from the pdf., the only reasons for rejection being those regarding the electronic signature.¹⁴ At the same time, there is a risk of erroneous ticking in ESPD of additional requirements by the contracting authority, requirements that are not found in the contract / simplified / competition notice. In this case, the solution is regulated by Art. 20 (7) of Government Decision no. 395 of 2016, according to which “if there are discrepancies between the information provided in the ESPD and those provided in the contract / simplified / competition notice, the information in the announcement prevails, and the ESPD will be reviewed accordingly.” Consequently, the economic operator has the obligation to mirror the information in the award documentation, and the contracting authority has the obligation, in turn, to ensure the revision of the initial ESPD, including a clarification of notification of completion. Of course, in this case, the economic operator will have to complete the revised version.

We consider that the biggest barriers are outlined against tenderers from outside the Romanian state, by what means supporting documents. Why? Because the procurement procedure is carried out according to national legislation, which is why potential winners have difficulties in understanding the substance and form of the certificates / supporting documents that they are obliged to submit to the contracting authority to demonstrate the criteria established by the ESPD.

¹³ Republished in the Official Gazette no. 316 of 2014, 30 Apr. It is to be repealed on 8 October 2024 by Art. 35 of Law no. 214 of 2024, July 5 on the use of electronic signature, timestamp and provision of trust services, published in the Official Gazette of Romania no. 647 of 2024, July 8. According to Art. 4 (1) of Law no. 214 of 2024, July 5 “the electronic document signed with a qualified electronic signature is assimilated, in terms of its conditions and effects, with the document under private signature, under the conditions of Art. 25 (2) of Regulation (EU) no. 910 of 2014. The qualified electronic signature produces the same legal effects as the handwritten signature.”

¹⁴ See Ecaterina Milica Dobrotă, DUAE – un ajutor în ofertare sau o barieră? [ESPD – An Aid in Bidding or a Barrier?], 2016, Oct. 26 – <https://www.juridice.ro/475225/duae-un-ajutor-in-ofertare-sau-o-bariera.html>.

Exclusion Grounds, Qualification and Selection Criteria from the Perspective of ESPD

Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC,¹⁵ regulates, in Art. 57, two categories of grounds for exclusion: mandatory grounds and optional grounds. The mandatory grounds for excluding tenderers from the award procedure concern specific offences, listed exhaustively, as well as non-payment of due tax obligations, while the optional grounds for exclusion concern, where appropriate, the breach of applicable environmental, social and labour obligations, the insolvency of the economic operator, the commission of serious professional misconduct that calls into question integrity, the conclusion of agreements aimed at distorting competition, conflict of interest, distortion of competition by the economic operator's participation in the preparation of the award procedure, etc.

It should be noted that with regard to the implementation of these provisions in national law, the Directive allowed the Member States to transpose the optional grounds for exclusion as mandatory grounds, which the Romanian legislator did.

According to Art. 193 (1) (a) of Law no. 98 of 2016 on public procurement, “the contracting authority shall accept, at the time of submission of requests to participate or ESPD tenders, consisting of an updated declaration on its own responsibility, as preliminary evidence instead of certificates issued by public authorities or third-parties confirming that the economic operator concerned fulfils the following conditions:

a) is not in any of the situations of exclusion referred to in Art. 164, 165 and 167.”

Thus, according to Art. 164 of Law no. 98 of 2016 “the contracting authority excludes from the procedure of awarding the public procurement contract / framework agreement any economic operator in respect of which it has established, following the analysis of the information and documents submitted by it, or has become aware in any other way that it has been convicted by a final decision of a court of law, for committing one of the following offences:

a) the establishment of an organized criminal group, provided for by Art. 367 of Law no. 286 of 2009 on the Criminal Code, as subsequently amended and supplemented, or the corresponding provisions of the criminal legislation of the state in which the economic operator was convicted; crimes against the financial interests of the European Union, crimes of corruption, acts of terrorism, money laundering, trafficking and exploitation of vulnerable persons, fraud.”

¹⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32014L0024>.

The exclusion shall also apply where the person convicted by a final judgment is a member of the administration, management or supervisory body of that economic operator or has powers of representation, decision-making or control within that economic operator.

Going further with the grounds for exclusion provided by the Romanian legislation, we will consider the provisions of Art. 165, according to which “the contracting authority excludes from the award procedure any economic operator about whom:

- a) it is aware that it has breached its obligations relating to the payment of taxes, duties or contributions to the general consolidated budget and this has been established by a final and binding court or administrative decision in accordance with the law of the state in which the economic operator is established or those of the Member State of the contracting authority;
- b) or it can demonstrate, by any appropriate means, that the economic operator concerned has breached its obligations relating to the payment of taxes, duties or contributions to the consolidated general budget.”

However, the economic operator shall not be excluded from the award procedure if, prior to the exclusion decision, manages to pay in full the taxes, fees or contributions to the general consolidated budget of the state or even if it benefits, under the law, from their deferral, including any accrued interest or late payment penalties or fines.

Also, Art. 167 of the same normative act states that “the contracting authority excludes from the procedure of awarding the public procurement contract / framework agreement any economic operator who is in any of the following situations listed by law.

In the Notification no. 1/2021 on the possibility of completing the ESPD conferred by the Commission Implementing Regulation (EU) 2016/7 of 5 January 2016 establishing the standard form for the European Single Procurement Document,¹⁶ issued by NAPP, we find in the structure of ESPD, Part III, the following exclusion criteria:

- ◆ Grounds relating to criminal convictions;
- ◆ Grounds related to the payment of taxes and social security contributions;
- ◆ Grounds related to insolvency, conflicts of interest or professional misconduct;
- ◆ Other grounds for exclusion which may be provided for in the national legislation of the Member State of the contracting authority or contracting entity, respectively Part IV on the selection criteria:
- ◆ α: Global indication for all selection criteria
- ◆ A: Ability to meet requirements
- ◆ B: Economic and financial situation

¹⁶ https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2021/04/NOTIFICARE-nr-1_2021-eficientizare-completare-DUAE-final.pdf.

- ◆ C: Technical and professional capacity
- ◆ D: Quality assurance systems and environmental management standards.

At the same time, the Notification states that the contracting authority / entity has the choice of two ways of viewing the information at the level of this party, namely:

The option to choose to limit the requested information on the fulfilment by economic operators of all the required selection criteria found at the level of the relevant notice and award documentation to a single question, i.e. yes or no;

The option to choose how the requested information on the required selection criteria is viewed also at ESPD level (not just at the level of announcement and award documentation, and the economic operator is obliged to complete all information on how to meet the requirements).

Moreover, the National Agency for Public Procurement (NAPP) specifies in the Notification that in the procurement process, any additional actions, such as requests for clarification on the completion of ESPD by economic operators, are time consuming, which is why, in order to reduce administrative effort and participation costs, it recommends contracting authorities / entities to use the global indication for all selection criteria, following the steps described in point 1 of the Notification, so as to reduce the burdens arising from the need to produce a significant number of certificates or other documents related to the exclusion and selection criteria.

There were a lot of issues regarding the completion of the ESPD when the economic operator is asked to specify whether “it is in a situation where a previous public contract (...) has been terminated early or damages or other comparable sanctions have been imposed in relation to that previous contract” and, if so, to provide details, including any remedial measures taken. In this regard, the economic operator will have to declare even the aspects related to the alleged non-performance of the previous contract, which although not confirmed by the Court, still represent the unilateral position of the contracting authority. If there is an appeal, the contracting authority organizing the new award procedure will be in the position of holding an ascertaining document that represents an administrative act certifying the proper non-performance of a previous contract in respect of which there is a dispute before the courts or arbitral courts. According to the provisions of Art. 166 (8) of the Methodological norms, “when making the decision to reject a candidate / tenderer, based on such an ascertaining document, the evaluation commission has the obligation to analyse whether it reflects the fulfilment of the cumulative conditions provided in Art. 167 (1) (g) of the law”, among which the remedial measures adopted by the economic operator. For example, if the economic operator considers that it has not performed the previous contract improperly, it will not adopt re-

medial measures, in which case, when completing the ESPD in a subsequent award procedure, the economic operator will have to declare the existence of the negative ascertaining document and equally the absence of remedial measures. In such circumstances, there is a very good chance that the decision of the evaluation commission will be to exclude the economic operator from the procedure. The problem arises if, subsequently, the Court will find that the sanctions applied by the contracting authority in connection with the performance of the previous contract were unlawful, thus cancelling the negative ascertaining document, which makes the exclusion applied to prove to be a measure of violation of the principles that make up the “foundation” of the procedure for the award of public procurement contracts.¹⁷ Or, what would be the option of the contracting authority in such a context, so as not to prejudice either the economic operator or to make a wrong and risky choice?

There is also a Notification issued by NAPP on the situation of exclusion regulated in Art. 167 (1) (g)¹⁸ of Law no. 98 of 2016 on public procurement, according to which “in order to be excluded from an award procedure under Art. 167 (1) (g), the economic operator:

- ◆ has seriously breached its main obligations under a public procurement contract, a sector procurement contract or a concession contract, previously concluded;
- ◆ or has repeatedly breached its main obligations under a public procurement contract, a sector procurement contract or a concession contract, concluded earlier, and at the same time, those breaches have led to:
 - ◆ an early termination of that contract,
 - ◆ payment of damages,
 - ◆ other penalties comparable to one of the two mentioned above.”¹⁹

In the Notification, NAPP mentions that the early termination of the contract must not necessarily be accompanied by the payment of damages / other comparable penalties, but must be a consequence of a serious breach or repeated breach of the main contractual obligations or serious breach of contractual obligations, which must not be repeated, but must have led to one of the consequences listed in the second thesis, as well as repeated breaches, even if they are not serious.

¹⁷ S. Gherghina, M. A. Rațiu, Rolul și efectele documentului constatator în procedurile de achiziții publice [The Role and Effects of the Ascertaining Document in Public Procurement Procedures], ‘Forum Juridic’ 2022, 2 – <https://drept.unibuc.ro/documente/2022/2,%202022,%205.%20Simona%20Gherghina,%20Monica%20Ratiu%20-%20Rolul%20si%20efectele.pdf>.

¹⁸ Similarly applies to Art. 180 (1) (g) of Law no. 99 of 2016 on sectoral procurement, published on 2016, 23 of May and, respectively, Art. 81 (1) (f) of Law no. 100 of 2016 on works concessions and service concessions, published on 2016, 23 of May.

¹⁹ <https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2021/06/Notificare-motiv-excludere-art-167-alin-1-lit-g-FINAL.pdf>.

In addition, NAPP states that, when optional reasons for exclusion are applied, contracting authorities should pay particular attention to the principle of proportionality, in the sense that minor irregularities should lead to the exclusion of an economic operator only in exceptional circumstances.

While remaining in the same area marked by multiple challenges for all parties involved in a procurement procedure, namely the rigorous planning of the procedure and the evaluation of tenders, which we consider to be an extremely sensitive stage in relation to the way in which the procurement documentation is drawn up, the way in which economic operators understand to relate to the requirements contained therein or especially the way in which the public authority transposes the legislation and makes the application of those requirements in the exercise of the selection and evaluation operations of tenders, we will continue to lean on the qualification and selection criteria from the perspective of ESPD.

According to Art. 193 (1) of Law no. 98 of 2016 on public procurement, “the contracting authority accepts, at the time of submission of requests for participation or ESPD tenders, consisting of an updated declaration on its own responsibility, as preliminary evidence instead of certificates issued by public authorities or by third-parties confirming that the economic operator concerned fulfils the following conditions:

- b) meets the capacity criteria as requested by the contracting authority;
- c) if applicable, meets the selection criteria established by the contracting authority in accordance with the provisions of this law.”

To tick letter b, we will take into account the provisions of Art. 172 of Law no. 98 of 2016, according to which “the contracting authority has the right to apply in the award procedure only capacity criteria relating to:

- a) ability to exercise professional activity;
- b) economic and financial situation;
- c) technical and professional capacity.”

As the case-law of the CJEU states, the principles of equal treatment, non-discrimination and transparency are of particular importance in order to avoid Artificially restricting competition through requirements favouring a particular economic operator. Why? Because there is a need for a wide range of tenders that reflect the diversity of technical solutions, standards and technical specifications on the market. At the same time, as a general rule, all capacity requirements must be directly related and proportionate to the subject-matter of the public procurement contract, the CJEU also holding that “requiring that acts of the institutions do not exceed the limits of what is appropriate and necessary for the purpose of achieving the objectives pursued, with the understanding that, insofar as a choice between several appropriate measures is possible, the least constraint must be used and the inconvenience caused must not be disproportionate to the objectives pursued.” Also, by vir-

tue of the observance of this balance, the Court holds that it is important that the degree of detail of the specifications complies with the principle of proportionality.²⁰

Furthermore, according to Art. 178 of the Law on public procurement, “the contracting authority has the right to establish, through the procurement documents requirements on technical and professional capacity that are necessary and appropriate to ensure that economic operators have the human and technical resources and experience necessary to execute the public procurement contract / framework agreement to an appropriate quality standard,” as these may concern in particular the existence of an appropriate level of experience, by reference to contracts executed in the past.

It is important to note that the contracting authority may not set participation requirements for subcontractors proposed by the tenderer, but will take into account their technical and professional capacity for their part of involvement in the contract to be fulfilled, if the documents submitted are relevant to that effect.

Law no. 98 of 2016 and Government Decision no. 395 of 2016 distinguish three types of criteria that can be established by the contracting authority through the award documentation, namely qualification criteria, selection criteria and award criteria.

From the perspective of the ESPD, this is a mechanism intended to prove preliminarily that the economic operator fulfils the qualification criteria relating to the exclusion grounds (letter a) the qualification criteria for capacity (letter b) and the selection criteria (letter c). In addition, as mentioned above, where there is doubt about the fulfilment of any criterion, the contracting authority has the right to request from tenderers supporting documents proving the information contained in the ESPD, as laid down in Art. 196 of Law no. 98 of 2016.

Since the delimitation between the qualification criteria and the selection criteria often poses problems in practice, we must distinguish between qualification and selection of candidates, the latter being a distinct process, which materializes after the qualification process and which aims only to limit the number of qualified candidates who will submit the tender in the second stage of the restricted tender or, as the case may be, who will participate in the dialogue / negotiations. According to the law, the selection is carried out by awarding each candidate a score that must reflect their ability to fulfil the contract to be awarded. At the same time, according to the final thesis of Art. 30 (2) of Government Decision no. 395 of 2016, the selection criteria “must relate to the qualification criteria established by the award documentation”. In addition, the qualification criteria are intended to demonstrate, by economic

²⁰ CJEU, Case T-195/08 Antwerpse Bouwwerken NV, 2009, 10 of December, ECLI: EU:T:2009:491 –<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=72748&doclang=RO>.

operators, the concrete possibility of completing the contract, while the selection criteria are intended to make a sorting of qualified economic operators in order to select those who have the best economic and financial, technical and / or professional capacity.²¹

It should also be noted that capacity criteria cannot be established outside the categories listed in Art. 172 of the procurement Law, respectively the capacity to exercise professional activity, economic and financial situation and technical and professional capacity. Of course, the authority has the freedom to choose from the three categories of criteria, but it cannot establish criteria that exceed these limits.

Stricto sensu, the steps of awarding a public procurement contract are materialized in the stage of organizing the procedure in which the contracting authority verifies whether the exclusion grounds are incidental, meaning that economic operators who are not in situations of exclusion will be checked by means of qualification criteria. Subsequently, candidates who meet the qualification requirements, are to be selected based on the selection criteria.

In the second stage, the selected candidates submit the tenders and the contracting authority evaluates initially the technical proposals, corresponding to the minimum requirements of the specifications, and subsequently the financial proposals.

After the completion of the selection process, the award criteria shall be applied, with the contracting authority assessing the most economically advantageous tender on the basis of the award criterion and the evaluation factors set out in the procurement documents, namely: lowest price, lowest cost, best price-quality ratio or best cost-quality ratio, according to Art. 187 of Law no. 98 of 2016.

The reality is that in practice we also encounter situations of improper use of qualification criteria or selection criteria, which means the non-adaptation of the criteria to the specifics of the contract. In this context, we must always refer to the provisions of Art. 31 (1) of Government Decision no. 395 of 2016 laying down the conditions to be met by any qualification criteria imposed by the public authority in the light of the principle of proportionality. Thus, “the contracting authority has no right to restrict participation in the procedure of awarding the public procurement contract by introducing minimum qualification criteria, which:

- a) are not relevant in relation to the nature and complexity of the public procurement contract to be awarded;

²¹ E. Sârbu, M. Ionescu, Stabilirea și aplicarea criteriilor de calificare, criteriilor de selecție și a criteriilor de atribuire în achizițiile publice [Establishment and Application of Qualification Criteria, Selection Criteria and Award Criteria in Public Procurement], 2020, May 16 – <https://www.oglindapartners.ro/noutati/stabilirea-si-aplicarea-criteriilor-de-calificare-criteriilor-de-selecție-si-a-criteriilor-de-atribuire-in-achizițiile-publice-58>.

b) are disproportionate in relation to the nature and complexity of the public procurement contract to be awarded.”

By establishing these conditions, the legislator has ensured the balance and interdependence between the qualification or selection criteria imposed by the contracting authority and the specifics of the contract to be awarded.

For example, in a case covered by the old regulation and finalized in 2013 by the judgment of Bucharest Court of Appeal, the Court analysed the proportionality of the qualification and selection criteria outlined by the contracting authority in a procedure for awarding a contract having as subject matter services for elaborating local development strategies for 5 localities in Dâmbovița County, criteria that required the members of the team of specialists and the project manager to have professional experience in public administration for at least 3 years. The establishment of such criteria had a negative impact on the award procedure, of the three submitted tenders, two of which being rejected as unacceptable, on the grounds that “the specialist staff and experts who will have essential roles in fulfilling the contract do not meet the minimum qualification requirements required by the award documentation.” For example, the Court held that such requirements are restrictive in relation to the specifics and subject-matter of the contract and “in order to give efficiency to the principle of proportionality, the minimum qualification and selection requirements required by the award documentation as well as the documents proving the fulfilment of such requirements must be limited only to those strictly necessary to ensure the optimal fulfilment of that contract, taking into account the specific requirements imposed by its value, nature and complexity, and the option of the contracting authority to impose such requirements must be motivated by an explanatory note.”²²

Qualification or selection criteria play a key role in the award of the public procurement contract and it is necessary that they allow the tenderer to outline an extremely clear vision of what they are to assume with regard to technical, professional, financial capacities, it is not advisable for the contracting authorities to use the procedure of requests for clarification in order to make genuine changes to the requirements established by the tender documentation. In this regard, the jurisprudence of the National Council for Solving Complaints gives us multiple examples. In a case concerning the award of a contract for the modernization of a thermal power plant, the claimant accused the contracting authority of abusing its right by requesting technical documents that were not included in the award documentation. Settling the case, the Council held that the claimant complied with the request of the contracting entity to submit the list of equipment for the automation and electrical installation containing specifications and technical data sheets, by Answer

²² See E. Sârbu, M. Ionescu, <https://www.oglindapartners.ro/noutati/stabilirea-si-aplicarea-criteriilor-de-calificare-criteriilor-de-selectie-si-a-criteriilor-de-atribuire-in-achizitiile-publice-5858>.

no. 13241 of 2019, Feb. 18. However, the claimant did not specify the “type and model” of each equipment, but the Council noted that “the contracting entity did not establish such a requirement through the award documentation, in which case it cannot impute its non-fulfilment to the claimant either. Requests for clarification, as follows from Art. 140 (1) of Government Decision no. 394 of 2016,²³ concern formal aspects or confirmation of what was requested through the award documentation, and not the fulfilment of requirements that exceed the award documentation.” Basically, a ‘concealed’ modification of the qualification criteria is avoided by using requests for clarification, which would contravene the principle of transparency and the principle of equal treatment outlined by the legal provisions on public procurement.

Also in this area, regarding the addition to the award criteria or their modification after the publication of the award documentation, we find debates also in the judgment in the Lianakis case,²⁴ where exactly such a problem has been dealt with. In the present case, the contracting authority specified in the contract notice only three award criteria, namely the similar experience in carrying out similar activities in the last three years, the staff and equipment of the tenderers and the ability to carry out the study within the prescribed period, without providing for evaluation factors or the relative weight of each of them. During the procedure, however, the contracting authority established weighting coefficients and sub-criteria for each of the award criteria set out in the award documentation, which is why the Court of Justice of the European Union (CJEU) sanctioned this conduct, arguing that “potential tenderers must be able to be aware, when preparing their tenders, of the existence and importance of these elements.” Consequently, “a contracting authority could not apply weighting rules or sub-criteria of the award criteria which it has not previously made known to tenderers.” Furthermore, “tenderers must be treated equally throughout the procedure, which requires that those criteria and conditions governing each contract be the subject of appropriate publicity by the contracting authorities.”

The above examples demonstrate the need to establish and apply diligently the criteria of qualification, selection and award, in the mirror with the exact observance and assumption of the principles established by Art. 2 of Law no. 98 of 2016 on public procurement, namely non-discrimination, equal treatment, mutual recognition, transparency, proportionality and accountability.

²³ Judgment no. 394 of 2016, June 2 approving the methodological norms for the application of the provisions on the award of the sector contract/framework agreement of Law no. 99 of 2016 on sectoral procurement, published in the Official Gazette of Romania no. 422 of 2016, June 6.

²⁴ CJEU, Judgment of the court (first Chamber) Cause C-532/06, Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon and Nikolaos Vlachopoulos against Dimos Alexandroupolis and others, 2008, 24 of January, ECLI:EU:C:2008:40, – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX-%3A62006CJ0532>.

Casuistry and Relevant Case Law Relating to ESPD

The last section opens the ‘picture’ of the investigation of jurisprudence and casuistry under the ‘magnifying glass’ of the National Council for Solving Complaints (NCSC) and the National Authority for Public Procurement (NAPP), which is to define and give meaning to the objectives of our research in which we started from the assumption that ESPD also generates contrasting and nuanced aspects.

A first case that we are leaning towards in this research concerns a methodological advice of NAPP on when the contracting authority has the right to verify the statements of the tenderers from ESPD by requesting supporting documents and additional information.²⁵ In this case, NAPP invokes Art. 193 of Law no. 98 of 2016, in the sense that the contracting authority is obliged to accept ESPD at the time of submission of requests for participation or tenders, as preliminary evidence instead of certificates issued by public authorities or third-parties confirming that the economic operator concerned is not in any of the situations of exclusion and fulfils the capacity and / or selection criteria established by the contracting authority. At the same time, Art. 196 (1) of the same normative act, which transposes exactly the first paragraph of Art. 59 (4) of Directive 2014/24/EU, provides that the contracting authority has the right to require candidates / tenderers to submit all or part of the supporting documents as evidence of the information contained in the ESPD, at any time during the course of a bidding procedure, if this is necessary to ensure the proper conduct of the procedure. Moreover, paragraph (2) of the same Article establishes the obligation of the contracting authority to require the first-placed tenderer, before the award of the public procurement contract / framework agreement, updated supporting documents demonstrating the fulfilment of all qualification and selection criteria, in accordance with the information contained in the ESPD. Consequently, in the case of a single-stage procedure, such as an open tender, the contracting authority is obliged to accept ESPD at the time of submission of requests for participation or tenders as preliminary evidence, but after that time, during the course of the award procedure, it has the right to require tenderers to submit all or part of the ESPD proving documents, if this is necessary to ensure the proper conduct of the procedure. Finally, before awarding the contract / framework agreement, the contracting authority has the obligation to request all documents proving ESPD to the tenderer ranked first after applying the award criterion.

A second case to which we turn our attention concerns a methodological advice given by NAPP to the contracting authority regarding the request for clarifications to tenderers regarding the similar experience, as well as the

²⁵ <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/92/653/true>.

need to retransmit the revised ESPD with the related information. Given that some of the tenderers responded to the request for clarification by submitting certain letters / evidentiary documents (contracts, reception minutes requested at the same time by the authority) without retransmitting the revised ESPD, the contracting authority requested methodological advice on whether or not the tenders in question fall within the provisions of Art. 134 (5) of Government Decision no. 395 of 2016, respectively if, by requesting the retransmission of the ESPD with the information mentioned in the reply leppers, the principle of equal treatment is violated.²⁶

According to the answer offered by NAPP, if, within the award documentation, it was stipulated the obligation to fulfil some qualification and selection criteria, the evaluation commission has the obligation to verify the way of their fulfilment by each tenderer / candidate by analysing the content of ESPD in accordance with the provisions contained in Chapter IV, Section 8 of Law no. 98 of 2016. Accordingly, under Art. 209 (1) of Law no. 98 of 2016, in conjunction with Art. 134 (1) of Government Decision no. 395 of 2016, the contracting authority, through the evaluation commission, has the right to request clarifications / additions in order to clarify some issues determined by the existence of inconsistencies between the information presented in the ESPD, in compliance with the principles of equal treatment and transparency. On the other hand, the contracting authority must take into account in particular the provisions of Art. 209 (2) of Law no. 98 of 2016 according to which it does not have the right, through the requested clarifications / additions, to determine the appearance of an obvious advantage in favour of a tenderer / candidate. At the same time, in this ESPD verification phase, characteristic of the evaluation process, the commission will also take into account the notification of NAPP no. 245 of 2016.²⁷ For example, according to the invoked notification, the situations that lead to the rejection of the tender / candidacy without the possibility to request clarification on the ESPD, concern substantive inaccuracies, respectively represent that information filled in by the tenderers / candidates that do not confirm the fulfilment of the minimum qualification / selection requirements formulated by the contracting authority in the Procurement Data Sheet. In this regard, the provisions of Art. 137(2) (b) of Government Decision no. 395 of 2016 clearly state that the tender is considered unacceptable if it was submitted by a tenderer who has not completed the ESPD in accordance with the criteria established by the contracting authority. On the other hand, the contracting authority has the right to request clarifications for form inaccuracies arising in the completion of the ESPD by tenderers / candidates, provided that the information is supported by other clarifications

²⁶ <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/92/653/true>.

²⁷ Notification on the use of ESPD in procedures for the award of public / sectoral contracts – <https://anap.gov.ro/web/wp-content/uploads/2016/09/Notificare-utilizare-DUAE.pdf>.

existing at the level of the same ESPD or ESPD submitted by the supporting / associated subcontractor / third-party. NAPP points out that the situations in which form inaccuracies are identified regarding the ESPD presented in the tender / request for participation and which led to the clarification of some information, oblige the submission by the tenderers / candidates of a revised ESPD. At the same time, according to the provisions of Art. 196 (1) of Law no. 98 of 2016, the contracting authority has the possibility to “require candidates / tenderers to submit all or part of the supporting documents as evidence of the information contained in the ESPD at any time during the course of a tender procedure” if this is necessary to ensure the proper conduct of the procedure, and tenderers are obliged to submit the requested documents. If under Art. 134 (5) of Government Decision no. 395 of 2016, the candidate / tenderer, who is requested for clarification, does not submit within the period specified by the evaluation commission the requested clarifications / completions or the submitted clarifications / completions are not conclusive, the tender will be considered unacceptable.

In the case drawn up for analysis, the contracting authority requested clarifications from tenderers regarding the demonstration of the fulfilment of the requirement related to the similar experience, while taking advantage of the above-mentioned legal provisions by requesting the retransmission of the revised ESPD. Thus, some of the tenderers proved the fulfilment of the respective requirement by presenting different relevant letters / documents, but without submitting the ESPD document completed with the specific information requested by the authority. Consequently, to the extent that the information within the letters / documents (contracts, reception minutes) submitted by the respective tenderers are conclusive, demonstrating the fulfilment of the requirement regarding the similar experience, and therefore the purpose for which the contracting authority requested clarifications is achieved, NAPP considers that the incidence of the provisions of Art. 134 (5) of Government Decision no. 395 of 2016 is not justified in this case, regarding the declaration of tenders as unacceptable. The obligation of the authority is to ensure that the information presented in the letters / documents leads to the demonstration of the qualification requirement. In this context, the evaluation commission has the right to submit a new request for the retransmission of the revised ESPD.²⁸

In another case, also submitted for methodological advice to NAPP, the contracting authority, at the stage of completion of the award procedure, respectively at the stage of presenting the specific documents to the financier for approval, found, following the verifications carried out, the existence of deviations in the evaluation of the technical proposals of the tenderers. In these circumstances, methodological advice was requested on the possibility

²⁸ <https://pr2021-2027.adroltenia.ro/wp-content/uploads/2023/05/Ghid-achizitii-Colectie-de-spete-2023.pdf>.

for the contracting authority to resume the assessment at the stage of the ESPD verification, technical tenders and financial tenders, without cancelling the award procedure.

As stated by NAPP, in accordance with the provisions of Art. 127 (2) and (3) of the Government Decision no. 395 of 2016: “(2) The interim reports and the report of the award procedure shall be submitted by the chairman of the evaluation commission to the head of the contracting authority for approval. (3) If he does not approve the report of the procedure, the head of the contracting authority shall give reasons in writing for his decision and may, as the case may be: a) return the report, once, to the evaluation commission for correction or partial reassessment; b) request a full reassessment, in which case a new evaluation commission will be appointed.”

Moreover, according to the provisions of Law no. 101 of 2016, if a prior notification is submitted for an alleged violation of the law on public procurement, the contracting authority may order remedial measures in this regard and in the event that an appeal is filed, the contracting authority has the obligation to implement the decision of the National Council for Solving Complaints (NCSC), a decision through which measures can be ordered to remedy the acts affecting the award procedure. At the same time, in accordance with the legal provisions of Art. 214, (2), Art. 215 (1) of Law no. 98 of 2016, as well as according to the provisions of Art. 65 (3) of Government Decision no. 395 of 2016, the contracting authority has the following obligations: application of Art. 214 (2) Law no. 98 of 2016 according to which “during the evaluation process, the contracting authority has the obligation to transmit to the candidates / tenderers partial results, related to each intermediate stage of this process, respectively the result of the verification of the applications / ESPD and the result of the evaluation of the tenders, in accordance with the specific conditions provided by the methodological norms for the application of this law,” respectively the application of Art. 65 (3) of Government Decision no. 395 of 2016 according to which, “following the completion of each of the verification phases provided in par. (1) and (2), the contracting authority shall communicate to each tenderer who has been rejected the reasons for this decision, and to the others the fact that the next verification phase is to be carried out, in compliance with the provisions of Chapter IV Section 13 of the Law.” At the same time, in accordance with Art. 215 (1) of Law no. 98 of 2016 “the contracting authority shall inform each candidate / tenderer of the decisions taken regarding the outcome of the selection, the outcome of the procedure, respectively the award / conclusion of the public procurement contract / framework agreement or admission to a dynamic procurement system, including the reasons for any decision not to award a contract, not to conclude a framework agreement, not to implement a dynamic procurement system or to resume the award

procedure, as soon as possible, but no later than 5 days after the issuance of those decisions.”

Thus, taking into account the obligation of the contracting authority to communicate to tenderers the partial results of each intermediate stage, communications informing each rejected tenderer of the reasons for this decision, and to the others the fact that the next verification phase is going on, NAPP concluded in this case that the rejected tenderers are no longer involved in the award procedure, by the effect of the partial communication, in the context in which the tenderer does not submit a prior notification / appeal on the decision to reject the contracting authority and by a decision / resolution of the National Council for Solving Complaints / Court there are no measures to remedy the acts affecting the award procedure. In this context, NAPP argued that the possibility of the contracting authority to re-evaluate tenders at all intermediate stages of the award procedure is conditional on compliance with the principles provided by Art. 2 (2) of Law no. 98 of 2016, meaning that the re-evaluation can be done in a unified manner and in compliance with the principle of equal treatment. Concluding, NAPP considers that only to the extent that the report of the procedure was not approved by the head of the contracting authority and no communications were thus sent on the outcome of the award procedure, the provisions of Art. 127 (3) of Government Decision no. 395 of 2016, in the sense of full reassessment, with the appointment of another evaluation commission.

In a similar case,²⁹ the contracting authority requested methodological advice on the possibility of returning to an earlier evaluation stage of a tender procedure, i.e. the ESPD evaluation stage, since the evaluation commission found, after passing into the evaluation phase of technical proposals, that a particular tenderer falls within the grounds for exclusion provided for in Art. 167 (1) (g) of Law no. 98 of 2016. In this context, NAPP invoked the provisions of Art. 166 (8) of Government Decision no. 395 of 2016.³⁰ For example, in the event that the ascertaining document reflects the fulfilment of the cumulative conditions provided for in Art. 167 (1) (g) of Law no. 98 of 2016, the contracting authority has the obligation to exclude from the award procedure the respective tenderer. Furthermore, according to Art. 193 (1) (a) of Law no. 98 of 2016 on public procurement, ESPD serves as preliminary evidence instead of certificates issued by public authorities or third-parties that also confirm that the economic operator is not in any of the exclusion situations referred to in Art. 164, 165 and 167 of the same normative act. At the same time, Art. 169 of Law no. 98 of 2016 establishes the obligation of the contracting authority to exclude an economic operator at any time of the award procedure in which it

²⁹ <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/92/653/true>.

³⁰ According to para. (8) of Art. 166 of Government Decision no. 395 of 2016: “When taking the decision to reject a candidate/tenderer, based on such a finding document, the evaluation commission has the obligation to analyse whether it reflects the fulfilment of the cumulative conditions provided in Art. 167 (1) (g) of the law.”

becomes aware that the economic operator is in one of the situations provided for in Art. 164, 165 and 167, such as to entail exclusion from the award procedure. In relation to these legal provisions, if the contracting authority finds the incidence of the obligation provided for in Art. 169 of Law no. 98 of 2016, considering that this can happen at any time of the procedure and therefore including in any of the phases of verification of tenders, the respective tender will be rejected at that time, with the notification of the tenderer according to Art. 215 of Law no. 98 of 2016. In the present case, NAPP considers that it is not necessary to return to the evaluation phase of the ESPD, especially since technically, in the system, the evaluation phase of the ESPD and the evaluation phase of the technical proposals are carried out simultaneously, being sufficient to change the evaluation status of the respective tenderer from “Admitted” to “Rejected”.

In another methodological advice, which aims at the possibility of the evaluation commission to consider as sufficient for the evaluation of the ESPD support documents, the presentation of the tax attestation certificates only for the main registered office of the first-placed tenderer and holding a very large number of working points / secondary offices, in order to demonstrate the fulfilment of the requirement regarding the obligations of payment of local taxes and fees, NAPP replied that the contracting entity has the obligation to request and the first-placed tenderer has the obligation to present the tax attestation certificates also for the ONRC certificate. The reasoning is that it is necessary for the contracting authority / entity to relate to the economic operator as a whole, consisting of all the secondary offices / working points that represent / fall into its composition. The fact that the contracting entity has not expressly provided for in the procurement documents the requirement for the presentation of supporting documents also for secondary establishments, if they exist, cannot constitute a ground for non-request / non-submission of the documents concerned, given that, by participating in the procedure, the economic operator must assume responsibility for fulfilling the conditions of participation in relation to the whole entity it represents. These conclusions are also reflected in the decisions of Bacău Court of Appeal (Decision no. 1562 of 2013, Apr. 11 and Decision no. 1865 of 2012, Oct. 5),³¹ where applicable legal provisions outside the legislative framework in the field of public procurement are invoked, which, in conjunction, lead to the conclusion that tax attestation certificates on the payment of local taxes and fees must also be presented for secondary offices / working points. The role of ESPD is precisely that of reducing the administrative effort, but the first-placed tenderer, with whom the contracting entity is to conclude the purchase contract, has the obligation to submit all documents as proof of the information contained in

³¹ <http://portal.cncs.ro/sivadoc/download.aspx?docUID=ODlhNDM5MzEtZDAwZC00MzJkLTk0NjktMjFiY-jc1OWY4YjMz&pdfa1=ZmFsc2U=&filename=Qk8yMDIxXzI2NS5wZGY=&action=aW5saW5l>.

ESPD, obtaining these documents cannot be considered “unjustified” – given that the conclusion of the contract is conditional on the presentation of these documents.

Practice has also demonstrated types of irregularities at the stage of organizing the procedure and awarding the contract / framework agreement. Thus, in one of the identified cases, the contracting authority declared the winner of the tender of the 2nd place economic operator, since the operator ranked 1st in the intermediate ranking did not respond to the request for the submission of supporting documents to support the information of the ESPD dated 26.11.2021, with the deadline for reply on 09.12.2021. Moreover, on 03.12.2021, the contracting authority returned to the financial evaluation stage due to the finding of inconsistencies in the annex to the financial offer form of the operator SC X SRL and requested clarifications with a reply deadline of 06.12.2021. According to the minutes of evaluation financial offers, the evaluation commission evaluated the responses to the requests for clarification and found that the tenderer SC X SRL responded conclusively to the requests for clarification 2 at the financial evaluation stage, which is why it considered necessary to submit supporting documents to support the information from ESPD. The economic operator SC X SRL did not submit the documents on 09.12.2021, and the contracting authority considered the offer unacceptable, so it requested the supporting documents to the operator in place 2. In the present case, it was found that the contracting authority misled the economic operator to whom additional clarifications were requested at the financial assessment stage, after it had been requested the supporting documents to support the information in the ESPD, and after analysing the answers, it was not informed that: the financial verification activity was completed and that it remains in 1st place in the intermediate ranking, to be required the supporting documents to support the information in the ESPD after the conclusion of the minutes dated 07.12.2021. Thus, the contracting authority declared the tender of SC X SRL unacceptable, without requesting the supporting documents when it completed the verification process on 07.12.2021, choosing to go to the economic operator in the 2nd place, between the two tenderers being a considerable price difference. Or, in accordance with the legal provisions, the contracting authority had the obligation to take all the steps to ensure that it will award a contract in conditions of economic and social efficiency as provided by Law 98 of 2016.

It is necessary to take into account also the declaration of false information by the tenderer at the time of filling in the ESPD, and relevant in this aspect is the Decision 1492/R of 2018, Sept. 4 which involved a procedure for awarding a sector procurement contract under Law no. 99 of 2016 on sectoral public procurement. In the present case, the tenderer, by the way he completed the ESPD, avoided the sanction of exclusion from the procedure by the evaluation

commission, unlike the other two economic operators, in the same situation, who completed the ESPD transparently, and after the checks carried out by the evaluation commission were excluded from the procedure. The economic operator was required to assume the possibility of being excluded from the proceedings, including judicial proceedings in which the relevance of the acts referred to in the ESPD would be examined. In the present case, the Superior Court held that the first instance wrongly treated the exclusion cases regulated by two distinct provisions of Law no. 99/2016, respectively Art. 180 (1) (g) [corresponding to Art. 167 (1) (g) of Law no. 98 of 2016] and Art. 180 (1) (h) [corresponding to Art. 167 (1) (h) of Law no. 98 of 2016]. The two cases of exclusion are different and become incidents in different situations. The case regulated by Art. 180 (1) (g) regulates the assumption of serious violations of previous contracts that have produced negative consequences, while the case regulated by Art. 180 (1) (h) regulates the assumption in which tenderers make false statements.

Thus, the tenderer completed the ESPD in the sense that he would not be in the situation of exclusion provided by Art. 180 (1) (g) of Law no. 99 of 2016 on “early termination, damages or other comparable penalties.” Or, compared to the express request from ESPD, the tenderer had the obligation to indicate in ESPD the existence of such situations, ESPD representing a declaration on own responsibility in which the tenderer has the obligation to present the real and true situation of their status, by the statement made the tenderer knowingly omitting to present an ascertaining document and to fill in the ESPD accordingly. Although that ascertaining document was annulled by a subsequent Court decision, it merely confirms that at the time the ESPD was completed and the tender submitted, the ascertaining document was in force and produced all the effects that the law confers on it, which is why it is obvious that the tenderer made false statements. For example, through the prism of Art. 180 (1) of Law no. 99 of 2016, the contracting entity had the obligation to sanction the economic operator for their false statements by excluding them from the procedure. Although the contracting entity asked the tenderer for clarifications regarding the negative ascertaining document and its non-declaration within the ESPD, the tenderer sent a reply motivating and proving the non-declaration of the existence of this ascertaining certificate, motivated by the decision of the final Court of Appeal annulling the negative final ascertaining certificate, following the annulment of the administrative act which was the basis for its issuance. Related to this aspect, the contracting entity did not consider that the tenderer was within the provisions of Art. 180 (1) (h) of Law no. 99 of 2016.

Furthermore, the tenderer submitted documents showing that the tenderer had done the necessary work to prove that the final ascertaining certificate was unlawful. In the present case, the Court of Appeal held that the mere exis-

tence of an ascertaining document in the history of the activity of a company is not equivalent to the assumption of a serious professional misconduct, of the nature of that regulated by the provisions of Art. 180 (1) (g) of Law 99 of 2016, a deviation that could lead to the exclusion of a tenderer from another procedure. However, the Court held that the tenderer is guilty of making false statements in the content of the information submitted at the request of the contracting entity for the purpose of verifying the absence of grounds for exclusion under the provisions of Art. 180 (1) (h) of Law 99 of 2016 meaning that the Evaluation Commission had the obligation imposed by the law to order its exclusion from the procedure. Such a sanction is automatically imposed when the conditions imposed by the legal text are established, given that the purpose of this regulation is to protect the integrity of the Public Procurement Procedure (see recitals in Decision C-178/16 of the CJEU). The behaviour of the economic operators participating in a procurement procedure, namely the correctness of the information they submit to the contracting entity (in particular the completion of the ESPD in the context of the provisions of Art. 202 of Law 99 of 2016) represent essential elements in the assessment of the existence of exclusion cases concerning their personal situation. From this perspective, the Court held that, if interpreted to the contrary, the provisions governing ESPD and the effects it has in the procurement procedure would be lacking in content.³²

The relevance of this case at this point in the research is reflected in what the Court also pointed out in the judgment, namely, on the one hand, the importance of separately analysing the grounds for exclusion in a public procurement procedure, especially when the sanction of exclusion from the procedure occurs, and on the other hand, the importance of transparency and fairness of the economic operator from the initial moment, that of completing the ESPD. As the CJEU held in the questions referred for a preliminary ruling in case C-387/14,³³ “Article 45 (2) (g) of Directive 2004/18, which allows an economic operator to be excluded from participation in a public contract, *inter alia*, if it has been ‘seriously guilty’ of making false statements by providing the information requested by the contracting authority, it must be interpreted as meaning that it may be applied where the operator concerned has been liable for negligence of a certain gravity, that is to say negligence which is likely to have a determining influence on decisions to exclude, select or award a public contract, independent of the finding of an intentional misconduct in the charge of that operator.”

In reality, the interpretation of the information in the ESPD generates multiple challenges, in particular with regard to the grounds for exclusion.

³² https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-l6coh7eo/#google_vignette.

³³ CJEU C-387/14, Krajowa Izba Odwoławcza (Poland) – Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie, 2017, May 4, ECLI:EU:C:2017:338 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190329&doclang=RO>.

For example, in case C-66/22-*Infraestruturas de Portugal S.A.*³⁴ registered at the registry of the Court on 2022, Feb. 2, which concerned the Court's interpretation of the optional grounds for exclusion and the interpretation of Art. 57 (4) (d) of Directive 2014/24/EU (2), under which contracting authorities may exclude an economic operator from participating in a public procurement procedure where it has concluded agreements with other operators aimed at distorting competition, the question of transposition of the directive on Portuguese law has been raised. The referring Court thus asked whether the reason for exclusion referred to in Article 57 (4) (d) of Directive 2014/24 constitutes a 'reserved matter' to the decision of the contracting authority. The Court noted that such a question had already been settled in the sense that "it is apparent from the text of Article 57 (4) of Directive 2014/24 that the EU legislator intended to entrust the contracting authority, and only it, at the selection stage of tenderers, with the task of assessing whether a candidate or tenderer is to be excluded from a public procurement procedure," this finding being consistent with Article 56 (1) (b) of Directive 2014/24, according to which the contracting authority is obliged to ensure that "the tender was submitted by a tenderer who is not excluded in accordance with Article 57." It is therefore, in any event, for it to decide whether a tenderer should be excluded from the public procurement procedure. However, the Court held that that categorical finding must be nuanced where, in an earlier final decision of the competent authority, conduct incompatible with access to public procurement was established or the tenderer was prohibited from participating in such procedures.

Consequently, the question referred for a preliminary ruling concerned three possible scenarios in the context of anti-competitive behaviour attributed to a tenderer:

- ◆ "where the operator concerned has previously been excluded by final decision from participating in public procurement procedures as a result of anti-competitive behaviour, the contracting authority must comply with this prohibition. The sanctioned economic operator shall not be entitled to the possibility of proving its reliability by means of corrective measures or self-cleaning during the exclusion period resulting from the judgment in the Member State in which it is enforceable;
- ◆ where the prohibition to participate has not been ordered by a final decision but by a decision of the contracting authority, the contracting authority shall not be inexorably linked to it: it may verify that the operator concerned has taken the corrective measures and nevertheless allow it to participate in the contract award procedure;

³⁴ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=A96434D29A7E04E63E9D-60A74CD5710A?text=&docid=273622&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=295239>.

- ♦ this will also be true *a fortiori* where the contracting authority has not imposed any prohibition on participating in public procurement procedures but has sanctioned the economic operator for collusive behaviour.”

In the present case, the Court held³⁵ that the first subparagraph of Article 57 (4) of Directive 2014/24 contains an obligation for Member States to transpose into their national law the optional grounds for exclusion listed in that provision. At the same time, the Court stated that the EU legislator wished to entrust only to the contracting authority the task of assessing whether a candidate or tenderer should be excluded from a public procurement procedure, verifying the integrity and reliability of each of the economic operators participating in such a procedure. In a situation involving infringements of competition law and where the National Competition Authority is charged with carrying out investigations in this regard, the contracting authority must, in the context of its assessment of the evidence provided, rely in principle on the outcome of such a procedure. Thus, by judgment delivered on 21 Dec. 2023,³⁶ the Court held that point (d) of the first subparagraph of Article 57 (4) of Directive 2014/24/EU must be interpreted as precluding national legislation which limits the possibility of excluding a tender by a tenderer on account of the existence of serious indications of conduct by the tenderer likely to distort competition rules in the public procurement procedure in which that conduct occurred. In addition, the Court held that point (d) of the first subparagraph of Article 57 (4) of Directive 2014/24 must be interpreted as precluding national legislation which confers on the national competition authority alone the power to decide on the exclusion of economic operators from public procurement procedures as a result of an infringement of competition rules. Moreover, the Court held that point (d) of the first subparagraph of Article 57 (4) of Directive 2014/24, read in the light of the general principle of sound administration, must be interpreted as meaning that the decision of the contracting authority as to the reliability of an economic operator, adopted on the basis of the grounds for exclusion provided for in that provision, must be reasoned.

These cases reflect, on the one hand, the importance of the moment T0, that of the completion of the ESPD, followed by its verification by the evaluation commission, and on the other hand, the extensive range of “levers” within the contracting authority’s reach to remedy any omission in the analysis of the information completed in the ESPD and to redress and ensure that

³⁵ CJEU, C-66/22, *Infraestruturas de Portugal and Futrifer Indemnstrias Ferrovi Emnrias*. Public procurement in the transport sector, 2023, Dec. 21., Jud. dr. Octavia Spineanu-Matei, member of the panel of judges, 2023, Dec. 22 – <https://www.juridice.ro/718927/cjue-c-66-22-infraestruturas-de-portugal-si-futrifer-industrias-ferroviarias-achizitii-publice-in-sectorul-transporturilor-jud-dr-octavia-spineanu-matei-membru-al-completului-de-judecata.html>.

³⁶ <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=280770&pageIndex=0&doclang=RO&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=8294583>.

the legal conditions for exclusion and selection criteria are met at any time of the procurement procedure. Moreover, the contracting authority is obliged to relate to everything declared by the tenderer in ESPD.³⁷

Conclusions

The often-flawed practice shows that there are still administrative barriers and uneven interpretations that make the public procurement procedure more difficult. The reality is that most of the time, the participants in the public procurement procedure depart from the purpose and rationale of the regulation, precisely from the desire to expedite the purchase and to conclude the contract, neglecting, in reality, the observance of the principles governing the matter of public procurement such as transparency, non-discrimination, equality, proportionality.

Moreover, practitioners say that no matter how much they insist on the initial verification of the information declared by the ESPD document in order to evaluate the tenders and subsequently the supporting documents for demonstrating the information from ESPD, the reality is that ESPD can represent more of a formal barrier, since the true technical and professional capacity of an economic operator is materialized at the time of the execution of the contract, when the impediments and inability to complete the assumed contract are actually 'revealed'.

At the same time, we must admit that practitioners, especially members of evaluation committees, are very burdened in terms of administrative management of an award procedure, in the sense of elaborating and loading the award documentation, which in reality makes the procurement process more difficult.

Furthermore, it is difficult for the evaluation commission to legally interpret and evaluate each individual supporting document, and there is no template for this, in particular with regard to tenderers outside the country (who are also subject to national legislation, specific and applicable to the authorities of the country of origin, issuing authorities of those documents), to which a legal regime similar to that of tenderers outside the country also applies. For example, due to the complexity of the applicable regulations and the interdependence with numerous other national legal provisions, there are multiple discrepancies at Union level regarding the form, substance and issue of the supporting documents underlying the information in the ESPD com-

³⁷ Collection of cases in the field of procurement carried out by beneficiaries and to avoid irregularities in the management of projects financed by the regional Operational Programme 2014-2020 – <https://pr2021-2027.adroltenia.ro/wp-content/uploads/2023/05/Ghid-achizitii-Colectie-de-spete-2023.pdf>.

municated by that tenderer. For this reason, it is necessary, on the one hand, unification measures regarding the certificates issued, so that there is a form accepted by all EU countries, and on the other hand, a laborious training of public procurement practitioners for the interpretation of these documents. *De lege ferenda*, forms for standard certificates accepted at EU level, laborious working procedures for interpreting the information contained in the ESPD and explanations on the entries found / entered in the documents submitted by tenderers would be useful, especially dedicated to insolvency practitioners who encounter extremely many interpretation problems, especially in providing guidance to potential tenderers who are often unable to understand the substantive and form aspects of the certificates / documents requested by the Romanian contracting authority in order to demonstrate the criteria established by the ESPD.

Equally, taking into account the practical problems generated so far but also the option of the Romanian legislator to tighten the regime proposed by the European Directives, keeping in the national law of public procurement and the optional reasons for excluding tenderers as mandatory reasons, it is necessary to constantly refer to the case law of the CJEU for a harmonization that seems to be far more within the reach of the practitioners of the law than to that of the legislator’.

Abstrakt

Skonfigurowany jako narzędzie usprawniające procedurę udzielania zamówień publicznych przez uproszczenie zadań administracyjnych – zarówno dla wykonawców, jak i dla instytucji zamawiającej – ESPD pozostaje pod lupą debat w nauce prawa; w ich świetle zamierzamy zbadać możliwe sposoby interpretacji krajowych norm prawnych i to, jak odbija się to na trybach stosowania i rozwijania dodatkowych instrumentów harmonizacji procedury udzielania zamówień.

Słowa kluczowe: jednolity europejski dokument zamówienia (ESPD), regulacje krajowe, przesłanki wykluczenia, kryteria kwalifikacji i wyboru oferenta, zalety i wady stosowania ESPD.

REFERENCES

CJUE, C-66/22 – Infraestruturas de Portugal și Futrifer Indústrias Ferroviárias. Public procurement in the transport sector. Judge dr. Octavia Spineanu-Matei, member of the panel of judges, 2023 Dec. 22 – <https://www.juridice.ro/718927/cjue-c-66-22-infraestruturas-de-portugal-si-futrifer-industrias-ferroviarias-achizitii-publice-in-sectorul-transporturilor-jud-dr-octavia-spineanu-matei-membru-al-completului-de-judecata.html>.

Dobrotă E.M., DUAE – un ajutor în ofertare sau o barieră?, [DUAE – An Aid in Bidding or a Barrier?], 26 October 2016 – <https://www.juridice.ro/475225/duae-un-ajutor-in-ofertare-sau-o-bariera.html>.

Gherghina S., Rațiu M.A., Rolul și efectele documentului constatator în procedurile de achiziții publice [The Role and Effects of the Ascertaining Document in Public Procurement Procedures], 'Forum Juridic' 2022, 2 <https://drept.unibuc.ro/documente/2022/2,%202022,%205.%20Simona%20Gherghina,%20Monica%20Ratiu%20-%20Rolul%20si%20efectele.pdf>.

Lăzăroiu P., Cochintu I., Popescu M.A., Cărlan M.V., Curs de achiziții publice. Aspecte teoretice și aplicații practice [Public Procurement Course. Theoretical aspects and practical applications], rev. and added 2nd ed., Hamangiu Publishing House 2018.

Răducanu D.-R., Titorian I., Corecta interpretare a diferenței dintre furnizor și subcontractant în achizițiile publice [Correct Interpretation of the Difference Between Supplier and Subcontractor in Public Procurement], 30 March 2023 – <https://www.juridice.ro/499788/corecta-interpretare-a-diferentei-dintre-furnizor-si-subcontractant-in-achizitiile-publice.html>.

Sârbu E., Ionescu M., Stabilirea și aplicarea criteriilor de calificare, criteriilor de selecție și a criteriilor de atribuire în achizițiile publice [Establishment and Application of Qualification Criteria, Selection Criteria and Award Criteria in Public Procurement], 16 May 2020 - <https://www.oglindapartners.ro/noutati/stabilirea-si-aplicarea-criteriilor-de-calificare-criteriilor-de-selecție-si-a-criteriilor-de-atribuire-in-achizitiile-publice-58>.



Amelia Gheoculescu*

The Legal Regime of Associations Concluded to Bid for a Public Procurement Contract in Romanian Law

[Reżim prawny stowarzyszeń, które złożyły ofertę o udzielenie zamówienia publicznego, w Rumunii]

Abstract

The legal regime of associations concluded to bid for a public procurement contract in Romania is mainly regulated by Law no. 98/2016 on public procurement and associated methodological norms. These associations, usually formed in the form of a consortium or a temporary association, have several essential characteristics. Entering into an association to bid for a public procurement contract gives economic operators the opportunity to collaborate and leverage their resources and expertise. However, this type of association is subject to a strict legal regime aimed at protecting the public interest and ensuring a proper execution of the contract.

Keywords: association, legal regime, public procurement contract.

Introduction

In Romania, associations with a view to participating in public tenders have a specific legal regime, regulated mainly by public procurement legislation and specific associative legislation, being allowed to form temporary associations between natural or legal persons to participate in public tenders. Depending on the complexity of the project, this form of association is attractive because it allows the combination of resources and expertise of various entities to meet the qualification conditions required in tenders.

* **Amelia Gheoculescu** – PhD in Law, University Lecturer, National University of Science and Technology POLITEHNICA Bucharest – Pitești University Centre (affiliation); <https://orcid.org/0000-0001-7179-2875>; amelia.gheoculescu@upb.ro / dr nauk prawnych, wykładowca, Narodowy Uniwersytet Nauki i Technologii POLITEHNICA w Bukareszcie – Centrum Uniwersyteckie Pitești (afiliacja).

In this context, the steps of the qualitative analysis are to examine the concept of association, identify the applicable legal framework, the purpose of the regulation, examine legal or practical barriers.

Legal Aspects of Associations

The main legal aspects that regulate the associations, such as consortiums¹ or joint ventures,² with a view to participating in public tenders, are:

The legal framework

Law No. 287/2009 on the Civil Code³ provides the general rules for association and operation of partnership contracts.⁴ Law no. 98/2016 on public procurement⁵ regulates the procedures for awarding public procurement contracts and establishes the criteria that economic operators must comply with. In the event that a person considers to have been harmed in one of her rights or in a legitimate interest by an act of a contracting authority, the provisions of Law No. 101/2016 on remedies and appeals in the award of public procurement contracts, sectoral contracts and works concession and service concession contracts, as well as for the organization and functioning of the National Council for the Resolution of Complaints will be applicable.⁶

These rules represent the transposition into national law of the EU directives on public procurement (Directive 2014/23/EU,⁷ 2014/24/EU,⁸ 2014/25/EU⁹) to ensure a uniform framework for application in the Member States.

¹ T. Szanciło, Consortium as an 'entity' in public procurement, JLAS supplement 2024, C.H. Beck, pp. 273–291; K. Kuźma, W. Hartung, Consortia in public procurement, 'Monograph Chapter Colectia Law' 2020, pp. 122–185, <https://doi.org/10.4337/9781789904857.00011>; <https://www.concurrences.com/en/dictionary/Consortium-12192>.

² A. Gheoculescu, Contractul de societate. Teză de doctorat [in progress of publication], p. 43; D. Campbell (ed.), International Joint Ventures – second edition, Mona Musat, Romania 2011.

³ Published in Official Gazette no. 505 of 2011, July 15.

⁴ S. Golub, Asocierea în participație – de la fiducia romană la struțo-cămila română..., 'Revista Romana de Drept al Afacerilor' 2020, 6, pp. 83–114.

⁵ Published in Official Gazette no. 390 of 2016, May 23.

⁶ Published in Official Gazette no. 393 of 2016, May 23.

⁷ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts, published in OJ L 94, 28.03.2014, pp. 1–64, consolidated version available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0023-20240101>.

⁸ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, published in OJ L 94, 28.03.2014, pp. 65–242, consolidated version available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0024-20240101>.

⁹ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, published in OJ L 94, 28.03.2014, pp. 243–374, consolidated version available on <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02014L0025-20240101>.

The harmonized rules at European level on public procurement associations are an integral part of the European Union's efforts to create a competitive, transparent and non-discriminatory environment in this area.

The method of forming the association

Freedom of association is a fundamental principle in the field of public procurement, which allows economic operators to collaborate to participate in tender procedures. In the context of public procurement in Romania, it is established by Law no. 98/2016 on public procurement, which gives economic operators the right to participate either individually or jointly, by forming an association. The association for participation in public tenders is, as a rule, a form of temporary collaboration between two or more economic operators (legal or natural persons)¹⁰ who wish to pool their resources and capacities in order to be able to fulfil the requirements of the procurement contract. They conclude an association agreement, in which they establish the conditions of collaboration, the responsibilities of each, the participation and liability quotas, the role of leader of the association and the coordination during the contract, which must be presented to the contracting authority.

The legislator places the joint venture¹¹ within the partnership agreement, as a subspecies thereof, thus being applicable to it the provisions of art. 1881–1884 of the Romanian Civil Code. From this perspective the joint venture is the contract by which two or more natural or legal persons undertake to contribute goods, sums of money, specific knowledge or services to the development of a profitable operation, without constituting a legal person, having the obligation to share the resulting benefits and losses, according to the provisions of article 1902 of the Civil Code.¹²

From this definition lies the fact that the joint venture must be studied from the perspective of the contract, and not of the associative structure. It has advantages over other similar institutions, such as the absence of registration and advertising obligations.¹³ This form of association includes detailed clauses to adapt roles and responsibilities according to the requirements of each tender. These clauses allow the partnership to dynamically adjust to the requirements of each contract without having to change the basic structure of the partnership. This approach increases adaptability and efficiency, facil-

¹⁰ I. Didea, D. M. Ilie, M. -M. Georgescu, *Asocierea persoanelor juridice în contractele de achiziții publice. Impedimente și soluții identificate în vederea finalizării unui contract de lucrări*, 'Curierul Judiciar' 2019, 2, pp. 88–95.

¹¹ Fl. A. Baiaș, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil – Comentariu pe articole*, C.H. Beck, 2012, p. 1964.

¹² A. Gheoculescu, *Contractul...*, *ibid.*

¹³ L. Săuleanu, *Regimul juridic al asocierii în participație în noul Cod civil*, 'Revista de drept comercial' 2011, 12, p. 134.

itating participation in a larger number of tenders and improving competitiveness.

However, in the event that the partnership agreement is concluded in authentic form or is declared to the tax authority, the occult nature disappears, the associate appointed to manage the association being the one who deals with the third party on his behalf.

The lack of legal personality of the partnership is expressly specified, from the provisions of art. 1951 of the Civil Code resulting in the imperative nature of these provisions. The Civil Code expressly provides through the provisions of art. 1952 the obligation to contribute, this being a condition for the validity of the partnership agreement imposed by the provisions of art. 1882 paragraph 3. In the event that the associate acts on behalf of the association, the legislator introduced, as a measure of protection against third parties, the joint and several liability of the associates, provided that the associate declares this capacity to third parties. The Romanian legislator provides in the provisions of art. 1954 of the Civil Code the contractual freedom of the parties.¹⁴

The association contract, regulated by Civil Code is an essential document within an association of economic operators who wish to participate in a public procurement procedure. This contract established the relations between the parties and the way of collaboration throughout the duration of the tender and, possibly, during the implementation period of the won contract.

Law 98/2016 defines in the article 4 paragraph 1 the concepts of association and partnership for participation in tenders like associations formed by one or more contracting authorities, set up to meet the needs of general interest.

In accordance with the provisions of law 98/2016, art. 172 and the following, the main characteristics of the association contract are:

1. **Regulation of Responsibilities:** The association agreement must contain clear details regarding the roles and responsibilities of each member. This aspect ensures a fair distribution of the tasks and contributions of each partner within the project.
2. **Designation of association leader:** The contract usually includes the appointment of an association leader who represents the association in relations with the contracting authority. This leader coordinates the joint activity and is the main point of contact.
3. **Joint liability clauses:** An essential feature is the establishment of joint and several liability of the members. This means that all members of the association are jointly responsible for the performance of their obligations towards the contracting authority, regardless of the individual contribution of each one.

¹⁴ A. Gheoculescu, *Contractul...*, p. 44.

4. Financial and contribution aspects: The contract must specify how revenues and expenses are shared, as well as the contributions of each member to the realization of the contract, both in terms of material resources and expertise.
5. How to manage disputes: It is important that the document includes clauses regarding the resolution of disputes that may arise between members of the association. These may include ways of mediation or arbitration, to avoid blockages in the implementation of the contract.
6. Duration of the association contract: The association contract can have a limited duration, usually until the completion of the public procurement contract won. However, the duration can be extended by mutual agreement of the parties, if necessary to complete the assumed obligations.
7. Modification and termination of the contract: The association contract must provide for the conditions under which it can be modified, including the situations of adding or withdrawing members. Cases in which the contract terminates, such as a member's default or termination of the main contract, must also be regulated.

This document provides a solid legal basis for collaboration between economic operators and clarifies all aspects related to participation in the public tender. In the absence of a well-structured contract, confusion and disputes can arise that can compromise the success of the association and even the implementation of the contract. In this regard, we have the National Council for Resolving Complaints decision no. 1378/2021.¹⁵ An association was excluded from the tender on the grounds that the association agreement was vague and did not clearly specify the role of each partner. The NCRC supported the contracting authority's decision, stressing that an association agreement must contain a clear description of the roles and responsibilities of each partner and provide for the coordination and execution of the contract. The NCRC found that the lack of such clarification risked leading to problems in the execution of the contract.

During the tender participation phase, the association is not obliged to adopt a specific legal form. However, if their bid is declared the winner, the contracting authority may request that the association become a separate legal entity for the signing and implementation of the contract. This can facilitate contract management and clarify long-term responsibilities.

The transformation of the association into a specific legal form refers to the process by which a temporary association of economic operators, initially created to participate in a public tender or to carry out a specific project, is transformed into a distinct legal entity, such as a company. During the procedure or during the execution of the contract, changing the structure of the association is allowed only under strict conditions. By law, any such change must be noti-

¹⁵ <http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=1378®:registrationDate=-#>.

fied and approved by the contracting authority, and new members must meet the same qualification and integrity criteria as originally imposed.

Liability of associates

According to the legislation, the associations are jointly and severally liable to the contracting authority for fulfilling the obligations of the public procurement contract. The association agreement specifies the role of each associate, including the designation of an association leader who will represent the association in relation to the contracting authority. In case of non-fulfilment of obligations, joint and several liability implies that the contracting authority may require each member of the association to be fully responsible for the non-observed obligations.

The Law no. 98/2016 provides in the art 154 paragraph 3 that the contracting authority is obliged to request the contractor to provide a performance guarantee¹⁶ in an amount of maximum 10% of the contract price, excluding VAT. Also, according to paragraph (4), the performance guarantee must be irrevocable and unconditional.

In this matter, we have for example the Decision of the Bucharest Court of Appeal no. 623/2018.¹⁷ The contracting authority imposed the execution of the performance guarantee on a single member of the association, for the entire amount, due to non-fulfilment of contractual obligations. The court confirmed that all members of the association are jointly and severally liable to the contracting authority, but it can request the enforcement of the guarantee against any member.¹⁸ The Court of Appeal reinforced the principle that joint and several liability allows the authorities to choose the partner from whom they demand compliance with contractual obligations in case of non-compliance.

The qualification capacity of the association

In tenders, the association must meet the qualification and selection requirements imposed by the contracting authority. Each associate can contribute part of the necessary experience, technical and financial resources, and the contracting authority will evaluate the association as a whole, thus allowing it to compete with other economic operators. Technical and financial

¹⁶ C. Voinescu, *Achizitiile publice. Oferta inacceptabila*, Revista Romana de Jurisprudenta 2019, 1, pp. 179–181; A. Tabacu, *Achizitie publica*, 'Revista Romana de Jurisprudenta' 2011, 4, <https://sintact.ro/#/publication/151006480?keyword=Andreea%20Tabacu,%20%20Achizitie%20publica,%20&cm=SFIRST>.

¹⁷ [https://portal.just.ro/SitePages/cautare.aspx?k=decizia 623](https://portal.just.ro/SitePages/cautare.aspx?k=decizia%20623).

¹⁸ <https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/144>.

qualification is an essential requirement in the selection process of economic operators who wish to participate in public procurement procedures, the purpose of this requirement being to ensure that bidders have the ability to perform the contract to the standards imposed by the contracting authority.

In practice, there have been situations where the contracting authority has requested that each member of the association meet the established criteria, but the principle that associations can contribute in a complementary way to meeting the minimum requirements for experience and resources, should be respected. A case which underlines this principle is NCRC decision no. 145/2019.¹⁹ In this case, an association was disqualified because the contracting authority required that each member of the association individually fulfil all the qualification criteria, but the NCRC accepted the association's appeal and determined that it is legal for members to cumulatively meet the qualification requirements, unless the award documentation states otherwise. The same is stated in the NCRC decision no. 276/2020.²⁰ An association challenged a tender documentation that required all members to have specific equipment necessary for the execution of the contract. The NCRC found that this requirement was discriminatory, as it limited the possibility of the partners in the association to distribute their tasks according to each one's specialization. The NCRC decided to modify the documentation to allow cumulative fulfilment of the technical equipment requirement.

Also, within the Decision of the High Court of Cassation and Justice no. 140/2019,²¹ the Court analyzed the experience requirements for a public works contract in which an association participated. The contracting authority requested similar experience for each member of the association. The High Court of Cassation and Justice established that the authority cannot require each member to have individual experience, if this requirement is not explicitly provided for and justified, considering that the association's experience can be accumulated and evaluated as such.

Associations can accumulate resources and expertise to participate in large-scale or complex projects; it ensures flexibility and the possibility of collaboration between entities of different sizes and specializations. On the other side, the joint liability relationship involves additional risks for each member; also, each partner is exposed to the risk of incurring sanctions in case of non-compliance.

¹⁹ <http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=145®:registrationDate=-&page=2#>.

²⁰ <http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=276®:registrationDate=-&page=2#>.

²¹ <https://www.iccj.ro/en/about-institution/the-history-of-the-high-court-of-cassation-and-justice/the-romanian-high-court-of-cassation-and-justice/>.

The fiscal regime of the association²²

The Tax Code²³ is distinguishing between the joint venture and other forms of association without legal personality, such as joint venture, consortium and others, offering more instruments for determining the rules applicable to the association agreements for the execution of public procurement contracts. As described above, the associations are established to meet the qualification requirements related to the financial and economic situation and technical and professional capacity in case where several specialties are needed to for the fulfilment of the contract.

From the analysis of the Law no. 98/2016 and of its methodological norms it results that the association agreement which is part of the bid should indicate rather the actual part of the object of the contract which each member of the association will execute. When the members of a consortium participating together in public tenders do not intend to conclude a joint venture contract and they will not share revenues and expenses, they are not obliged to declare a percentage share of participation, but only the actual part of the public procurement contract which they will execute. If the association agreement operates as a joint venture, the expenses and revenues are accounted separately by one of the associates, according to the provisions of the contract of association in accordance with the provisions of the Accounting regulations and at the end of the reporting period, the expenses and revenues recorded by types are sent based on a statement to each associate for their registration in their own accounts and pays his taxes according to the regime applicable to him.

Termination of the association

After the contract is completed or if a mutual agreement is reached, the partnership can be terminated. The remaining contractual and financial obligations are resolved according to the association agreement and applicable law.

Thus, associations for participation in public tenders represent an efficient solution for companies, but it is essential that they are well documented through a clear association agreement, to ensure transparency and the correct assumption of responsibilities.

²² See A. Bilan, L. Ciobanu, *Legal and Tax Treatment of the Associations for the Participation in Tenders*, 'Perspective of Business Law Journal' 2017, 1.

²³ Law no. 227/2015 regarding Tax Code, published in Official Journal of Romania no. 688 of 2015 Sept. 10, available on https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/Cod_fiscal_norme_2023.htm.

Compliance with public procurement principles

The most important principles and their implications in the procurement process are:

1. The principle of transparency. Transparency implies that contracting authorities must conduct the public procurement process in an open and accessible manner to all interested parties. This principle ensures that: Relevant information about the procurement procedure, such as specifications, selection and evaluation criteria, is publicly available. Decisions taken by the contracting authority are clearly documented and communicated so that they can be subject to independent verification. Tender notices and tender results are published on the appropriate platforms, such as official websites or in the Official Journal of the European Union (for contracts of European interest).
2. The principle of non-discrimination and equal treatment. This principle requires that all participants be treated equally, without discrimination based on nationality or other irrelevant criteria. The implications are: Free access to the tender for all economic operators who meet the qualification requirements. Objective selection and award criteria that are uniformly applied to all bidders. Exclusion of barriers that could unduly favor certain economic operators.
3. The principle of proportionality. Proportionality means that the requirements imposed by the contracting authority must be proportionate to the object of the contract and not exceed what is necessary for its performance. Examples of application of this principle include establishing qualification and selection criteria according to the complexity and value of the contract. For example, asking for a turnover that is disproportionately high in relation to the value of the contract would violate this principle. The requested documents must be relevant and necessary for the evaluation of the bidders' capacity.
4. The principle of the efficiency of the use of public funds. Contracting authorities must use public funds responsibly and efficiently so as to obtain the best value for money. This involves evaluation of the offer based on established economic and qualitative criteria, such as the lowest price or the most economically advantageous offer; analysis of total costs over the life of the project, not just the initial bid price, to consider long-term sustainability and efficiency.
5. The principle of decision-making transparency and integrity. This principle requires that all decisions be made fairly and with integrity. Contracting authorities must ensure lack of conflicts of interest in the procurement process.²⁴ The adoption of anti-corruption measures to guarantee that the

²⁴ An association was disqualified on the grounds of conflict of interest, after the contracting authority discovered that one of the members of the association had commercial links with a representative of the con-

process is carried out without undue external influences. Justifying important decisions, such as disqualifying a bid or choosing a winning bid, through clear documents and reports.

6. The principle of competitiveness. Competitiveness ensures that the procurement procedure is open to a sufficiently large number of economic operators to stimulate competition and obtain the best procurement conditions.

The implementation of these principles contributes to increasing confidence in the procurement system, reducing corruption and obtaining higher quality services and products for the public benefit.

Electronicization of the Public Procurement Process

Electronicization of the public procurement process seems to be the future for associations and for the entire field of public procurement, and this trend has a number of essential advantages for the efficiency, transparency and accessibility of the procurement process. In the context of the digitalization of public administration and technological evolution, electronicization can bring significant improvements to the way associations participate in public tenders, with a direct impact on the management of offers, cooperation between partners and the relationship with contracting authorities.

1. Simplification of the registration and submission of offers process. Through electronicization, all stages of the procedure – from registration and submission of the offer to the communication of documents and their verification – become faster and easier to manage. This facilitates collaboration between associated partners, who can upload and access the necessary documents directly on dedicated electronic platforms. Digital procurement platforms, such as the Romanian EPPS (Electronic Public Procurement System), allow partners in an association to collaborate more efficiently to prepare and submit bids in one place, without the need for physical travel.
2. Transparency and accessibility of tenders. Electronicization increases the transparency of the public procurement process, providing open access to information related to contract requirements, selection criteria and score allocation. This reduces the risks of favoritism and encourages fair competition. Also, all documents and communications are archived electronically, providing accessibility and traceability. Any partner within the association can check the progress of the procedure and communicate with

tracting authority. The NCRC supported the disqualification, emphasizing the importance of impartiality and transparency in public procurement and the danger of compromising the integrity of the procurement process. (NCRC decision no. 783/2020).

other partners and the contracting authority through the platform, which increases trust and transparency.

3. Improving communication and cooperation between associates: Electronic platforms allow easy and secure communication between partners of an association, allowing the transfer of documents, updating deadlines and monitoring the responsibilities of each partner. In the case of international associations, electronicization eliminates communication and logistical barriers, facilitating collaboration between partners from different countries and access to cross-border tenders. Partners in an association can participate together in international tenders without being limited by geographical distances or the specific legislation of each state.
4. Increasing data security and integrity modern electronic systems use advanced data encryption and security technologies, which provides increased security for confidential information in offers. This is especially essential in the context of associations, where risks related to protecting the know-how of each party may arise. Electronic platforms can thus ensure the protection of documents and sensitive information, minimizing the risks of unauthorized access or data loss.
5. Saving resources and time participating in tenders through electronic platforms involves lower costs and time savings, as it is no longer necessary to prepare and deliver physical documentation. This is a major benefit for associations in which partners need to collaborate remotely. Furthermore, all checks and evaluations of offers can be carried out faster and more efficiently, and the results are available almost instantly, thus reducing waiting times for all participants.
6. Access to information and opportunities on the global market. Electronicization can expand associations' access to international tenders by integrating public procurement platforms from different countries. Associations can thus more easily identify new opportunities and participate in projects from different regions, having access to the specifications and requirements imposed by each contracting authority. Participation in international tenders is much easier and associations can benefit from exposure in new markets, through simple access to a global platform.

Electronicization brings multiple advantages for associations participating in public procurement, contributing to making the process more efficient, transparent and secure. With the help of electronic platforms, associations can more easily participate in tenders, coordinate their efficiently and can access relevant information in real time. These systems also open up opportunities for participation in international tenders and encourage cross-border collaborations, which can bring significant economic benefits to the partners involved. Recent developments show a trend towards digitization and simplification of procurement procedures.

Conclusions

Concluding, an association to participate in a tender in a public procurement contract can offer multiple advantages for the economic operators involved. This strategy allows companies to combine their resources and capabilities, increasing their chances of success in obtaining the contract. Here are the main benefits of such an association:

Consolidation of resources and expertise

The association allows companies to combine their financial, technical and human resources. This is particularly advantageous in the case of complex or large-scale projects, which require a level of expertise and equipment that a single economic operator may not possess. Each member of the association contributes their own specialized skills and knowledge, resulting in a stronger and more complete offering. The partnership may include companies that have specific equipment or technology needed to meet the contract's requirements.

Fulfilment of qualification and selection requirements

Some public procurement contracts impose high technical and financial qualification requirements that a single economic operator may not be able to meet. Associates can pool previous experience, turnover and other criteria necessary for qualification. Each member of the association can contribute to meeting the financial requirements imposed by the contracting authority, thus ensuring better financial stability.

Reduction of risks and distribution of responsibilities

Another important advantage of association is the distribution of risks and responsibilities between partners. The members of the association share the responsibilities related to the execution of the contract, which reduces individual risks and ensures more efficient implementation. In many cases, the members of an association are jointly and severally liable to the contracting authority, which provides additional guarantees regarding the fulfilment of contractual obligations.

Increased flexibility and adaptability

Associations can facilitate adaptation to the specific requirements of a project by distributing tasks between partners. Each member of the association can take on responsibilities according to his expertise, which allows for better organization of work and efficient fulfilment of contractual requirements. An association can respond more quickly to changes that occur during the course of the project, due to the diversity of the skills involved.

Increasing competitiveness

Participation as an association can increase the chances of success in the tender, as the joint offer can be more competitive and better structured. Combining resources and expertise enables the submission of a bid that better meets the requirements of the contracting authority and is more competitive against other individual bids. Association between companies with recognized experience in the field can give more credibility to the submitted offer.

Access to larger and more complex projects

Partnerships provide access to large-scale projects that may be difficult for a single company to handle. The association allows participation in tenders with strict technical and financial capacity requirements, which would otherwise be inaccessible to an individual economic operator. Participation in such projects allows association members to expand their portfolio, which can contribute to a stronger market position in the future.

Abstrakt

Reżim prawny stowarzyszeń zawieranych w celu ubiegania się o zamówienie publiczne w Rumunii jest regulowany głównie przez ustawę nr 98/2016 o zamówieniach publicznych i związane z nią normy metodologiczne. Stowarzyszenia te – zwykle tworzone w formie konsorcjum lub stowarzyszenia tymczasowego – mają kilka zasadniczych cech. Przystąpienie do stowarzyszenia w celu ubiegania się o zamówienie publiczne daje wykonawcom możliwość współpracy oraz wykorzystania swoich zasobów i wiedzy specjalistycznej. Ten rodzaj stowarzyszenia podlega jednak ścisłemu reżimowi prawnemu mającemu na celu ochronę interesu publicznego i zapewnienie prawidłowego wykonania umowy.

Słowa kluczowe: stowarzyszenie, reżim prawny, zamówienie publiczne.

REFERENCES

Baias Fl. A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., Noul Cod civil – Comentariu pe articole, C.H. Beck, 2012.

Bilan A., Ciobanu L., *Legal and Tax Treatment of the Associations for the Participation in Tenders*, 'Perspective of Business Law Journal', 2017, 1.

Campbell D. (ed.), *International Joint Ventures*, 2. ed., Juris Publishing, Inc., NY 2011.

Didea I., Ilie D. M., Georgescu M.-M., *Asocierea persoanelor juridice în contractele de achiziții publice. Impedimente și soluții identificate în vederea finalizării unui contract de lucrări*, 'Curierul Judiciar' 2019, 2.

Gheoculescu A., *Contractul de societate*. Teză de doctorat [in progress of publication].

Golub S., *Asocierea în participație – de la fiducia romană la struțo-cămila română...*, 'Revista Romana de Drept al Afacerilor' 2020, 6.

Kuźma K., Hartung W., *Consortia in public procurement*, 'Monograph Chapter Colectia Law' 2020, <https://doi.org/10.4337/9781789904857.00011>.

Săuleanu L., *Regimul juridic al asocierii în participație în noul Cod civil*, 'Revista de drept comercial' 2011, 12.

Szanciło T., *Consortium as an „entity” in public procurement*, JLAS supplement, C.H. Beck 2024.

Tabacu A., *Achizitie publica*, 'Revista Romana de Jurisprudenta' 2011, 4, <https://sintact.ro/#/publication/151006480?keyword=Andreea%20Tabacu,%20%20Achizitie%20publica,%20&cm=SFIRSThttps://www.concurrences.com/en/dictionary/Consortium-12192>.

Voinescu C., *Achizitii publice. Oferta inacceptabila*, 'Revista Romana de Jurisprudenta' 2019, 1.

<http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=1378®:registrationDate=-#>.

[https://portal.just.ro/SitePages/cautare.aspx?k=decizia 623](https://portal.just.ro/SitePages/cautare.aspx?k=decizia%20623).

<https://achizitiipublice.gov.ro/questions/view/144>.

<http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=145®:registrationDate=-&page=2#>.

<http://portal.cnsr.ro/decizii.html?a=search&DPD:NumarDeciziePublicat=276®:registrationDate=-&page=2#>.

<https://www.iccj.ro/en/about-institution/the-history-of-the-high-court-of-cassation-and-justice/the-romanian-high-court-of-cassation-and-justice/>.

https://static.anaf.ro/static/10/Anaf/legislatie/Cod_fiscal_norme_2023.htm.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELE%3A02014L0023-20240101>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELE%3A02014L0024-20240101>.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELE%3A02014L0025-20240101>.



Andreea Tabacu*

Procedures and Appeals Regarding the Public Procurement Contracts – Romanian Law

[Procedury i środki odwoławcze dotyczące zamówień publicznych – prawo rumuńskie]

Abstract

Public procurement, as the engine of a developing society, requires a series of jurisdictional procedures. These procedures are not just theoretical but have practical implications, guaranteeing compliance with the principles and rules of conducting the administrative procedures for awarding contracts and their development in accordance with the legal provisions.

Romania has transposed Directive no. 665/89, making a distinction between the jurisdictional procedures in which the documents drawn up in the phase prior to the conclusion of the contract, directly related to the administrative award procedure and those aimed at the execution of contracts, their nullity, resolution, termination, which can be completed after the completion of the award procedure during the contract.

Regardless of the situation, however, Romanian law gives concrete effects to the principle of celerity, which it protects through express rules that enshrine short terms for the procedure, for formulating some documents, for attacking the decision, although sometimes the same procedural provisions seem to affect this principle.

The paper aims to present these provisions, interpreted especially in the light of celerity and the requirements of the supranational regulation, which are imposed in the internal procedures, including through the jurisprudence of the Court of Luxembourg.

Keywords: public procurement, jurisdictional procedure, judicial procedure, control of contracting authority documents, procedural rules.

* **Andreea Tabacu** – PhD in Law, Associate Professor, National University of Science and Technology POLITEHNICA Bucharest – Pitești University Centre (affiliation); <https://orcid.org/0009-0006-7407-8769>; andreea.elena.tabacu@gmail.com / dr nauk prawnych, profesor uczelni, Narodowy Uniwersytet Nauki i Technologii POLITEHNICA w Bukareszcie – Centrum Uniwersyteckie Pitești (afiliacja).

A Brief Presentation of the Evolution of Romanian Regulation

Romania embraced the rigors of European rules in public procurement even before its accession to the European Union through Emergency Ordinance no. 34 of 2006,¹ which provided both substantive and procedural law rules to ensure the smooth running of public procurement procedures.

In this sense, it followed the observance of the established principles in this field, such as non-discrimination, equal treatment, transparency, proportionality, efficient use of public funds, and responsibility (art. 2 paragraph 2).

Also, the regulation's purpose was directly related to promoting competition between economic operators, equal treatment and non-discrimination of economic operators, transparency and integrity of the public procurement process, and efficient use of public funds through the application of the awarding procedures by the contracting authorities (art. 2 paragraph 1).

The legislator paid special attention to the jurisdictional and judicial procedures necessary to ensure the possibility of correcting possible deviations from the rules and from the behaviour imposed by the law. In this sense, he regulated specific procedures within the jurisdiction of the courts and other forums with jurisdictional powers, in this case, the National Council for the Resolution of Appeals (NCRA).

The mentioned emergency ordinance that entered into force on 30.06.2006² transposed several directives that were to be applied to Romania as well: Directive no. 2004/18/EC on the coordination of procedures for awarding works, supply, and service contracts³; Directive no. 2004/17/EC on the coordination of procurement procedures applied by entities operating in the water, energy, transport, and postal services sectors;⁴ Directive no. 1989/665/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the application of appeal procedures in the matter of awarding supply and works contracts;⁵ Directive no. 1992/13/EEC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the application of Community rules for procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors.⁶

For reasons of permanent adaptation to the new European requirements, this normative act, supple and clarifying to a certain extent, has been amended consecutively, on several occasions, both in terms of the rules regarding

¹ Concerning the awarding of public service contracts, public works concession contracts and service concession contracts, published in the Romanian Official Gazette, no. 418 of 2006, May 15.

² Art. 307 para. 1 of GEO no. 34 of 2006.

³ Published in OJ L 134, 2004, Apr. 30, pp. 114–240.

⁴ Published in the Official Journal of the European Communities (OJCE) no. L134 of 2004, Apr. 30.

⁵ Published in the Official Journal of the European Communities (OJCE) no. L395 of 1989, Dec. 30.

⁶ Published in the Official Journal of the European Communities (OJCE) no. L76 of 1992, March 23.

the awarding procedures of the public procurement contract but also regarding the procedural provisions applicable before the courts or jurisdictional forums before which the censure of some documents drawn up in the award procedure could be requested, and was later repealed.

This last legislative measure was justified by the fact that Ordinance no. 34/2006 included both substantive and procedural norms,⁷ which, on the European model, was considered lacking in efficiency and organization in the context where European directives were provided in this sense at the community level.

That is why, after the entry into force of Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of February 26, 2014, on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC,⁸ it was considered necessary to adopt separate regulations in Romania, on the one hand in the matter of the actual award procedure and, on the other hand, regarding the jurisdictional procedures necessary to challenge the documents drawn up in such procedures.

Thus, they were adopted separately: Law no. 98 of 2016 on public procurement⁹, Law no. 99 of 2016 regarding sectoral acquisitions,¹⁰ and Law no. 100 of 2016 regarding works concessions and service concessions,¹⁰ and Law no. 101 of 2016 on remedies and appeals in the matter of awarding public procurement contracts, sectoral contracts and works concession and service concession contracts, as well as for the organization and operation of the National Council for the Resolution of Appeals.¹¹ Each of these was separately based on European Directives no. 2014/24 and no. 2014/23, respectively 665/1989 and 92/13/CEE.

What is of interest in the present study, however, is only the second norm indicated (Law no. 101 of 2016), which provides for appeals within specific procedures and which, in turn, was not exempt from frequent changes, did not benefit from stability, but was subjected to some sometimes unjustified legislative processes, which were likely to upset both the concrete activity of awarding public procurement contracts and also the courts which, at least at the level of aspects related to the competence to resolve such disputes, have encountered problems that determined the prolongation of the procedures, a totally undesirable aspect in accordance with the spirit and provisions of the supranational regulations.¹²

⁷ Chapter IX.

⁸ Published in the Official Journal JO L 94, 2014, March 28, pp. 65–242.

⁹ Published in the Romanian Official Gazette, no. 390 of 2016, May 23.

¹⁰ Published in the Romanian Official Gazette, no. 392 of 2016, May 23.

¹¹ Published in the Romanian Official Gazette, no. 393 of 2016, May 23.

¹² By Decision no. 11 of 2023 (Official Gazette, Part I no. 753 of 2023, Aug. 18), the High Court of Cassation and Justice (HCCJ) admitted the appeal in the interest of the law filed by the Management Board of the Cluj Court of Appeal and ruled that in the interpretation and application of the provisions of art. 53 para. (1) and para. (11) from Law no. 101 of 2016 and art. Paragraph V. (3) of Law no. 208 of 2022, the substantive competence to resolve disputes regarding the execution of public procurement contracts registered in the courts after the entry into force of the amendments to Law no. 101 of 2016 by Law no. 208 of 2022, respectively after 10.09.2022, belongs to the administrative and fiscal litigation section of the court.

How the Romanian Legislator Saw the Transposition of Directive 89/665 EEC

Directive no. 89/665 on the coordination of the laws, regulations, and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts, aimed at the need to regulate in each member state the efficient and fast means of appeal in cases of violation of European legislation in the field of public procurement but also of domestic law regulations regarding the implementation of this legislation.¹³

That is why it was required that in any member state, it is possible to challenge the decisions of the contracting authorities through effective procedures and characterized by an effective speed. This would allow the annulment of the illegal decisions of the contracting authorities¹⁴ and, as the case may be, cover the damages of the persons affected by these decisions.¹⁵

Directive no. 92/13/CEE, which coordinated the laws, regulations, and administrative provisions relating to the application of Community rules on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport, and telecommunications sectors¹⁴, pursued a similar aim.

It is not possible to establish a uniformity of the regulations of the EU member states in this field; otherwise, the specifics of each determine the adoption of distinct rules in conditions where the European legislator did not intend to obtain the same procedural regulation but to achieve the goal imposed by the directive.

As the member states are each open to procedures that are integrated into their own procedural system, Romania has also provided several actions that are compatible with its constitutional provisions and that are coherently completed with the common law in the matter, respectively the Romanian Code of Civil Procedure¹⁶ but which also satisfy the European requirements regarding efficient and fast procedures.¹⁷

By Decision no. 40 of 2020 (Official Gazette, Part I no. 683 of 2020, July 31) HCCJ ruled in the clarification procedure of joint legal issues that in the interpretation and application of art. 55 para. (3) related to art. 53 para. (11) of Law no. 101 of 2016 the Decision pronounced in the first instance in the processes and requests arising from the execution of administrative contracts is appealed within 10 days from the communication to the hierarchically superior court – the section or panel specialized in disputes with professionals, according to the procedure provided by Law no. 101 of 2016.

¹³ Preamble to the Directive.

¹⁴ M. I. Niculeasa, *Public Procurement Legislation. Comments and explanations*, 2nd ed., CH Beck Publishing House, Bucharest, 2009, p. 640.

¹⁵ C. Bovis, *Access to Justice and Remedies in Public Procurement*, *European Procurement & Public Private Partnership*, 'Law Review' 2012, 3, pp. 200 and 201.

¹⁶ Law no. 134 of 2010, republished in the Official Monitor of Romania part I, no. 247 of 2015, Apr. 10 in force from 15.03.2013, is subject to important changes along the way.

¹⁷ C. Bovis, *The Priorities of EU Public Procurement Regulation*, 'ERA Forum' 2020, 21, pp. 283–297 <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00608-8>, p. 288.

It was provided, on the one hand, a council with jurisdictional powers (NCRA), which is not part of the court system but which behaves like a court of law, applying procedures similar to those provided for in common law, and on the other hand, the principle of free access to justice was maintained, those interested in contesting the documents of the contracting authorities drawn up in the awarding procedures having the opportunity to address the courts directly, being part of the judicial system, the jurisdictional path before the NCRA being optional, left at the disposal and choice of those interested in filing an appeal.

Thus, the jurisdictional procedures provided by Law no. 101 of 2016 include the appeal filed before the National Council for the Resolution of Appeals, the action for contesting the documents drawn up in the procedure for awarding the public procurement contract directly before the courts, and, actions regarding the granting of compensation for the reparation of damages caused during the award procedure, as well as actions regarding the cancellation or nullity of administrative-public procurement contracts.

The distinction that is easily made between these types of actions is given by the moment in which the public procurement procedure is located.¹⁸ Thus, during the award procedure, the person who considers himself injured within the meaning of the provisions of art. 3 paragraph 1 letter f of Law no. 101 of 2016¹⁹ has the possibility to choose the promotion of an administrative appeal before the NCRA, respectively the judicial way before the court in order to challenge an act of the contracting authority or to request its binding when issuing an act, when adopting a remedial measure or for recognizing the right claimed or the legitimate interest damaged in the award procedure. After the award procedure is completed, during the contract, the injured party can apply to the court to request compensation for the damage caused by the documents drawn up during the procedure, to request the execution of the contract, its nullity or cancellation if it was concluded in violation the conditions required by the legislation on public procurement.

Procedure Before the NCRA

Law no. 101 of 2016 allows a person who considers himself harmed in his right or legitimate interest by an act of a contracting authority or by not resolving a request within the legal term to request the cancellation of the act,

¹⁸ C. Bovis, *The Priorities...*, p. 287.

¹⁹ Person who considers himself injured – any economic operator who cumulatively fulfils the following conditions: (i) has or had an interest in connection with an award procedure; and (ii) has suffered, is suffering or is at risk of suffering damage as a consequence of an act of the contracting authority, likely to produce legal effects, or as a result of the non-resolution within the legal term of a request regarding an award procedure.

notify the NCRA to obtain a decision obliging the contracting authority to issue an act or to adopt remedial measures, or recognize the claimed right or legitimate interest.

The economic operator who has or had an interest concerning an award procedure and, at the same time, has suffered, is suffering, or is at risk of suffering damage as a consequence of an act of the contracting authority is likely to produce legal effects, is considered an injured person, or as a result of the non-resolution within the legal term of a request regarding an award procedure.²⁰

The interest about an award procedure is linked by law to its completion; it is justified only if the person in question has not yet been definitively excluded from the said procedure.²¹

The National Council for the Resolution of Appeals is a jurisdictional forum that brings together specialists in the legal, economic, or technical field with a certain seniority imposed by law, which denotes the need for experience in the field and applies the principle of independence from the parties.

The law requires Board members to be in good standing, at least half of the members to have a law degree and 10 years of experience in the legal field, and the other members to demonstrate at least 3 years of public procurement experience.²² The members are civil servants with special status (advisors for the resolution of appeals in the field of public procurement), assimilated from the point of view of the salary of the public function of competition advisor, and they enjoy stability. Incompatibilities, prohibitions and situations that may cause a conflict of interests are also provided for, which council members are obliged to avoid by refraining from participating in a certain procedure.

In order to notify the Council, the interested person must comply with the deadline imposed by law: 10 days if the estimated value of the public / sectoral procurement or concession procedure is equal to or greater than the value thresholds in relation to which submission for publication to the Official Journal is mandatory of the European Union of tenders, respectively 7 days, when the estimated value of the procurement procedure is lower than the value thresholds above.

For the term to run, the date of taking cognizance is relevant, which can be the date of communication or the date of publication of the contested act. However, it is necessary that the person could have taken cognizance of it, and the lack of transparency or publication is likely to affect this possibility.

The deadline must be strictly respected. The sanction provided by law is the rejection of the appeal as late, not only when it was not submitted to the

²⁰ Art. 3 letter f of L. no. 101 of 2016.

²¹ No appeal against that act can be formulated, it being exhausted or not being exercised.

²² Art. 44 and 45 of L. no. 101 of 2016.

Council within the deadline but also when it was not communicated to the contracting authority before the expiration of the legal appeal deadline.

As the appeal is submitted to the Council but is also communicated to the contracting authority, it can adopt the necessary remedial measures to avoid the continuation of the appeal procedure, measures which are communicated both to the appellant and to the other economic operators involved in the award procedure, as well as to the Council.

For the admissibility of the referral to the Council, a deposit must be paid within a maximum of 5 days from the date of referral to the Council. Its amount varies²³ in relation to the estimated value of the contract and the value thresholds provided for the need to publish a notice of participation in conjunction with the phase of the procedure (for appeals submitted in the stage up to the deadline for submitting requests for participation / offers / projects respectively in the stage after this deadline).

The application itself must include the elements of an ordinary summons application but also specific elements imposed by the speed of the procedure in this field. Unlike common law requests for which the Code of Civil Procedure provides for the possibility of indicating the electronic data necessary for rapid communication with the jurisdictional authority, in the present case, the law is imperative in the sense that it establishes the obligation of the person notifying the council to indicate the electronic mail address, the number telephone and fax number, as the case may be, to which any procedural document can be communicated.²⁴ When the appellant lives abroad, he is required to indicate the chosen domicile or residence in Romania where the communications regarding the resolution of the appeal will be sent to him.

A distinction is made between the challenged act of the contracting authority (which must be mentioned) and the object of the appeal, which may

²³ From 35,000 lei to 2 million lei – Art. 61 ind. 1 of Law no. 101 of 2016.

²⁴ “The circumstance that, in the case of transmission of the procedural documents by fax or e-mail, the date and time of their submission are not certified in the classic way of registering and attesting this operation in the case of their submission in a place other than the court’s headquarters – by the postal services or courier or by the administration of the place of detention, respectively by the military unit – but are those certified by the court’s fax or computer, cannot constitute an argument justifying the removal from application of the legal presumption established by art. 183 para. (1) of the Civil Procedure Code. Thus, the provisions of art. 183 para. (1) and (3) of the Code of Civil Procedure do not make any distinction between the proof of the «filing» of procedural documents within the term through an electronic means of communication, represented by the memory of these means of communication and attestation of the date and time of their filing to the post office, the courier service, the administration of the place of detention or the military unit, carried out by these services or institutions.

Both in the case of fax and in the case of electronic mail, the transmission operations are stored in the memory of these devices in the court’s equipment, thus ensuring the accurate reflection of both the transmission operations and the date and time at which they took place and, through therefore, determining them with certainty (...).”

Decission no. 313 of 2023, Apr. 4 Court of appeal Timișoara, cod RJ 23e4d6555 (<https://www.rejust.ro/juris/23e4d6555>).

be related to the measures that the interested party claims in opposition to the authority.

All the elements expressly mentioned in the law are mandatory. In the absence of them, the council requests the completion of the appeal within a very short period of 3 days, which, if not respected, determines the nullity of the application.

The appeal is resolved by a panel of three members of the Council, of whom at least one is a law graduate with at least nine years of experience in the legal field.²⁵ The panel is appointed randomly.

The principles of legality, speed, adversarial, ensuring the right to defense, impartiality, and independence of the administrative-jurisdictional activity, and good faith in the use of the procedural instruments provided by the law are applied in the procedure. This requires the parties to expose the factual situation to which the claims refer and their defense fairly and completely without misrepresenting or omitting information known to them.²⁶

For adversarial reasons but also for speed, the procedural documents must be sent either by post, fax, or electronic means,²⁷ with confirmation of receipt,²⁸ the electronic means being only a possibility as opposed to the procedure before the Council. The parties are required to carry out private communication with each other without waiting for official communication from the Council, which is not provided.

The same principle requires that the request be communicated to the contracting authority so that it knows the position expressed by that participant,

²⁵ Art. 13 para. 1 of Law no. 101 of 2016.

²⁶ Art. 15 of Law no. 101 of 2016.

²⁷ "The Court considers that the appellant's criticisms are unfounded according to which the communication of the sentence pronounced by the Court had to be carried out according to the general rules provided by art. 154 para. (1) and (2) Civil Procedure Code, respectively through a procedural agent, in a sealed envelope, with proof of delivery, provided that the appellant previously indicated to the court the appropriate data in order to communicate the procedural documents in electronic format, in accordance with the provisions Art. 154 para. (6) and (61) of the Civil Procedure Code, within the two collaboration agreements mentioned above. The interpretation of these procedural provisions in the manner proposed by the appellant cannot be accepted, since the text of art. 154 para. (6) C.pr.civ provides, for the communication of procedural documents in electronic format, only the requirement «if the party has indicated to the court the appropriate data for this purpose», without providing the condition that electronic correspondence data should be indicated in each case in part, under the conditions in which, before the litigation, an agreement was concluded between the party public institution and the court regarding the method of communication of procedural documents in electronic format." Decision no. 19 of 2024, Sept. 18 Court of appeal Ploiești, cod RJ 72526458d (<https://www.rejust.ro/juris/72526458d>).

²⁸ Decision no. 1569 of 2021, Dec. 14 Court of appeal Ploiești, cod RJ 3452e99g9 (<https://www.rejust.ro/juris/3452e99g9>): "the case was communicated to the court by electronic means on 14.06.2021, 10.06 p.m., and the fact that it was registered at the Court on 15.06.2021 is due to the fact that the expedition took place after the court's working hours, i.e. after 4:00 p.m. The registration at the court on 15.06.2021 proves, as long as there is no confirmation of the impossibility of sending, that the appeal was received at the court on the date of transmission, that is, 14.06.2021, so within the 10-day period, but being after schedule time, registered on 15.06.2021." Decision no. 774 of 2021, July 6 Court of appeal Alba Iulia, cod RJ g7965857 (<https://www.rejust.ro/juris/g7965857>).

possibly to take remedial measures but also to formulate a point of view or objection to the extent that it fails to remedy the deficiencies reported or believes that they are not real.

The authority must also send to the Council a copy of the public procurement, sectoral procurement, or concession file, respectively, proof of the submission of the point of view to the appellant, and any documents considered edifying, except the data published in Electronic System for Public Procurement (ESPP).

The adversarial nature is not exaggerated, being mitigated by the availability. If the contracting authority does not understand to formulate a point of view, the settlement of the appeal continues, and the authority loses the right to propose more evidence and invoke exceptions apart from those of public order.

As the procedure before the Council is written, the parties are heard only if the panel considers this necessary for resolving the appeal. Still, the parties may request to submit conclusions orally before the Council. Lawyers or legal advisers may represent them and may submit written submissions during the proceedings.

Access to the documents of the file that is created before the council is made similar to the access to the data of the file pending before the court, the provisions of the civil procedure code being applicable, but if an economic agent invokes and proves that certain data are confidential, including technical or commercial secrets and the disclosure it would harm their legitimate interests, access may be limited, the consultation of documents marked or indicated as confidential being allowed only with the written consent of the respective bidders.²⁹

The same idea of adversarially determines the possibility for the Council to request clarifications from the parties, to administer any means of evidence permitted by law, and to request any data and documents insofar as they are relevant in relation to the object of the appeal, such data can be requested and from other natural or legal persons.

In turn, the contracting authority must respond to any request of the Council and send it any documents relevant to the resolution of the appeal within a short period (maximum 3 days), which, if not respected, determines the resolution of the appeal only based on the documents already submitted to the file.

Celerity is guaranteed by the fact that the law requires the Council to resolve the appeal on the merits within 20 days from the date of receipt of the public procurement, sectoral procurement, or concession file, respectively, within 10 days in the event of an exception that prevents the analysis on the merits of the appeal. Indeed, in thoroughly justified cases, the deadline for

²⁹ Art. 19 of Law no. 101 of 2016.

resolving the appeal can be extended by 10 days. Still, for the culpable failure to comply with the deadline for resolving the appeal, the possibility of incurring the disciplinary liability of the panel members is foreseen.

The Council can order the suspension of the award procedure or the appeal resolution procedure. In the first case, the need to prevent imminent damage is considered, and in the second case, provisions similar to those in common law are applied, which allow waiting for a civil or criminal solution from another cause if this would essentially influence the outcome in the procedure before the Council.³⁰

From the perspective of the solutions that the Council can pronounce, it is required to analyse the legality and validity of the contested act and: annul it in whole or in part; to compel the contracting authority to issue an act / adopt the necessary measures to restore legality, with a clear and precise indication of the operations to be carried out by the contracting authority; cancel the award procedure, in the situation where it is not possible to remedy the challenged act.³¹

It is also possible to order, upon request, the modification / elimination of some technical specifications from the specifications or from other documents issued in connection with the award procedure, and if the Council considers that, apart from the acts attacked by the appellant, there are other acts that violate the provisions of the legislation in the field of public procurement, sectoral procurement or concessions, as the case may be, and which was not referred to in the appeal, notifies both the National Agency for Public Procurement and the Court of Accounts and transmits in this regard all the relevant data and / or documents in support of the notification, as well as the contracting authority.

If it admits the appeal but finds that no remedial measures can be ordered to allow the legal continuation of the award procedure, the Council orders its cancellation.

In the other situation, the Council can reject the appeal as unfounded, late, without interest, without object, introduced by a person without standing or by a person who does not have the capacity of representative, as well as on any other procedural or substantive exception that prevents the substantive resolution of the appeal or may take note of the waiver of the appeal.

The Council cannot decide to award the contract to a specific economic operator, except in the case where it has been designated by the contracting

³⁰ Art. 25 para. 1 of Law no. 101 of 2016: a) in the situation where this depends in whole or in part on the existence or non-existence of a right that is the subject of another judgment; b) when the criminal action was initiated for a crime committed in connection with the act challenged by the appellant.

³¹ Art. 26 para. 10 ind. 1 of L. no. 101 of 2016: In the situation where the appeal concerns the result of the award procedure and the re-evaluation of the offers is ordered, the Council will clearly and precisely indicate the limits of the re-evaluation, respectively the identity of the offers that are the subject of the re-evaluation, the stage/stages of the award procedure concerned/subject to re-evaluation and the concrete measures that the contracting authority will adopt in the re-evaluation.

authority or its quality as the winning tenderer results from the information contained in the complaint resolution file.

The decision by which the appeal is resolved must be clearly and unequivocally motivated and adopted with a majority vote of the panel members. A minute signed by the panel members is drawn up. In the case of a separate or competing opinion of a panel member, this is recorded in the issued decision as well as per minute.

Similar to a court decision, the Council's decision includes three parts (the practice, the considerations, and the disposition), indicating whether it is subject to an appeal and is communicated in writing to the parties within 3 days of the pronouncement, being also published on the internet of the Council, within the official bulletin, without the identification data of the parties, the personal data and the information that the economic operator specifies and proves as confidential. The decision is published by the contracting authority in ESPP under the same conditions for protecting confidential or personal data.

Procedure Before the Courts

The judicial procedure is regulated on several levels, considering, on the one hand, the hypothesis in which the council is notified and, on the other hand, the case where the judicial path is followed directly. For the first case, the law regulates the complaint against the decision of the NCRA, while in the case of direct referral to the court of law, it is possible to request the censure of some documents drawn up by the contracting authority in the procurement procedure, the abolition, execution, termination of the procurement contracts, including invoking assumptions of special nullities, for each of which the law regulates a separate procedure.

If the procedure before the council was followed, its decision, as a jurisdictional act, can be challenged further before the courts after a specific procedure, in which a deadline for formulating the complaint, the competent court, and specific rules to ensure speed are clearly provided the procedure before the court and types of solutions that it can pronounce.

Competence is assigned by law to a higher court in the structure of the judicial system, in this case, the court of appeal within the jurisdiction of which the headquarters of the contracting authority is located, except in the case of procedures for awarding services and / or works related to the transport infrastructure of national interest, for which competent is the Bucharest Court of Appeal, Administrative and Fiscal Litigation Section.

For clarity, the complaint is formulated in writing, with the mandatory mention of the name of the contract's object, the applied award procedure, the identification of the participation announcement from the ESPP, specifying the challenged act of the contracting authority, and the object of the complaint, being required to justify in fact and in law the request, and indicating the evidence on which it is based.

To ensure full adversarial, to avoid affecting the right to defense, and to ensure the limits of the initial vesting of the jurisdictional forum, the law does not allow the formulation of other reasons in the complaint against the acts of the contracting authority than those contained in the appeal addressed to the Council, nor the indication of other new evidence compared to those that were submitted in the appeal.

For the sake of celerity, the applicant is compelled to communicate the complaint to the opposing party and to send a copy to the NCRA, which submits to the court the file on which the decision was based, within 3 days of the latest from the receipt of the complaint.

The communication is private between the parties; the court does not have the obligation provided in the common law to communicate the complaint submitted to it, as it must be accompanied or followed by the submission of proof of communication by the owner to the opponent. This measure is provided under the penalty of rejection of the complaint as late if the petitioner does not submit proof of communication to the court by the first court term.

In turn, the respondent, who is obliged to make a response, must also communicate it to the court and the petitioner within 5 days of the petitioner's communication of the complaint.

Also, for celerity, the complaint is resolved urgently and especially within a term that must not exceed 45 days from the date of legal notification to the court; the first court term can be a maximum of 20 days from the date of registration of the complaint, and subsequent terms of a maximum of 15 days.³² Also, the ruling can be postponed for a period of 5 days, and the motivation of the decision is drawn up within 7 days of the ruling. It is immediately communicated to the parties concerned, a copy being sent to NAPP within 15 days from the date of writing, for publication in the Electronic System of Public Procurements (ESPP).³³

If the court admits the complaint, it orders either: annulment in whole or in part of the act of the contracting authority, either obliging the contracting authority to issue an act / adopt the necessary measures to restore legality with a clear and precise indication of the operations to be carried out by the contracting authority; or the fulfilments of an obligation by the contracting authority, including the removal of any discriminatory technical, economic

³² Art. 32 par. 4 and 5 of L. no. 101 of 2016.

³³ Art. 35 of L. no. 101 of 2016.

or financial specifications from the notice of participation, from the award documentation or from other documents issued in connection with the award procedure; or even the cancellation of the award procedure, in the situation where it is not possible to remedy the challenged act.

If the court finds that the NCRA's decision is the consequence of admitting a procedural exception, admitting the complaint, it annuls the respective decision and remands the case for trial on the merits, considering the reasons that led to the annulment of the decision.

Similarly, if the Council analyzed only part of the reasons invoked in the appeal, and the court considers that the complaint against the Council's decision is well-founded, at the retrial on the merits analyzing the reasons for appeal that were not the object of the Council's analysis.

It is observed in this situation that although the regulation declares the need to ensure a quick resolution, the legislator provides for a two-step procedure for the assumption of the admission of the complaint, respectively with the setting of a later term for retrial, which may be likely to affect the mentioned principle. Thus, it is stated that in order to comply with the principles of orality, adversariality and the right to defence, the substantive resolution of the case following the admission of the complaint is done by the court at a separate term, which is established after the ruling on the complaint,³⁴ which reveals the legislator's intention to give priority to the other principles applicable in the procedure, discounting speed.

Analysing the merits of the appeal is essential for applying the supranational rules in this matter³⁵ since the jurisprudence of the Luxembourg court clearly shows that if a tenderer is excluded from a tender procedure and brings before a court an action that seeks to demonstrate the irregularity of this proceeding, the merits of this action must be examined by this court.

It is important to state that, as a rule, the law does not allow the court to decide the award of the contract to a certain economic operator, this attribute belonging to the contracting authority. Still, if the authority has appointed a winner or this results from the information contained in the appeal resolution file, the court may retain this as the winner.

If he chooses not to notify the NCRA but directly to the court for the resolution of the appeal by judicial means, the person who considers himself injured can address the court in whose territorial jurisdiction the seat of the contracting authority is located, the section for administrative and fiscal litigation.

³⁴ Art. 34 para. 2 and 4 of the same law.

³⁵ C. Lycourgos, *Notable Judgements of the Court of Justice of the European Union in the Field of Public Procurement* (March 2021–March 2022), 'ERA Forum' 2022, 23, pp. 221–235, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00715-8>, p. 234.

This is a quick procedure, which must be completed within a maximum period of 45 days from the date of the legal notice to the court; subsequent trial periods cannot exceed 15 days.

Celerity is also evident from the obligation established under the penalty of rejecting the appeal as late in submitting it both to the competent court and to the contracting authority no later than the expiry of the legal term for appeal.

Contradiction is ensured by establishing the obligation to communicate the appeal through ESPP, and in the case of award procedures whose initiation is not carried out by publication in ESPP, the contracting authority must also communicate the appeal to the other economic operators interested / involved in the procedure, within one day from the date of its receipt, through any means of communication provided by the legislation on public procurement.

Quickly, within 5 days of receiving the appeal sent by the appellant, the authority sends a copy of the public procurement file unless the award documentation is available and can be downloaded directly from ESPP.

The defendant is obliged to submit the objection within 5 days of the court communicating the appeal and to communicate it to the plaintiff within the same term. The plaintiff is obliged to submit an answer within 3 days of the defendant communicating the objection.

The decision is pronounced immediately, except in the case where it is ordered to postpone the pronouncement for 5 days. It is drawn up within 7 days of the pronouncement and immediately communicated to the parties in question. It can be challenged with an appeal within 10 days of communication.

The legislator has expressly shown this time that the contracting authority has the obligation to conclude the contract with the bidder declared the winner after the ruling of a decision to maintain the result of the award procedure by the court, even if the said decision was appealed and the case was not resolved in definitely. In other words, for the quick completion of the procurement procedure, it is not necessary to wait for the completion of the appeal procedure, the decision of the first court being enforceable, and it is not possible to suspend its execution.

Unlike the complaint, which is exempt from stamp duty, the appeal submitted to the competent court is taxed with 2% of the estimated value of the contract, but not more than 100,000,000 lei and the appeal against the decision to resolve the appeal is taxed with 50% of the above fee.

The third category of litigation concerns the lawsuits and claims regarding the granting of compensation for the reparation of damages caused during the award procedure, as well as those regarding the execution, cancellation, nullity, resolution, termination or unilateral denunciation of contracts that are resolved in the first instance, emergency and in particular, by the administrative and fiscal litigation section of the court in whose jurisdiction the

contracting authority is located or in whose jurisdiction the claimant has its registered office / domicile, or by the court at the place of conclusion of the contract if a unit belonging to the contracting authority.

Speed is required here as well, with the litigation having to be completed before the same level of jurisdiction within 45 days.

Also, for the sake of celerity and because an administrative litigation procedure is being discussed, the law eliminates the preliminary procedure. It establishes a maximum term for the referral to the court.

Thus, the term is 1 year from the birth of the right for the actions regarding the granting of compensation for the reparation of damages caused in the award procedure, respectively 3 years from the birth of the right for the actions regarding the execution, cancellation, nullity of the contracts, unless by special laws provide for other limitation periods for the material right to action related to the breached legal or contractual obligations. Regarding the actions arising from the resolution, termination, unilateral denunciation, or early termination of public procurement contracts, the term for filing the action is 30 days from the birth of the right if no other statutes of limitation for the material right are provided for by special laws to the action related to the breached legal or contractual obligations.³⁶

Here, too, the court can postpone the ruling for 5 days, must draw up the decision within 7 days of the ruling, and immediately communicate it to the parties concerned.

The communications are carried out similarly to the procedure provided above regarding the direct notification of the administrative litigation court with a request to cancel an act drawn up in the contract award procedure.

For reasons that cannot be explained in legal logic, given that all these actions are resolved by the administrative litigation court according to the rules applicable to this special matter, the law distinguishes, on the one hand, between the judgment pronounced in the case of disputes and requests regarding the granting compensations for the reparation of damages caused in the awarding procedure of those regarding the execution, cancellation, nullity, resolution, termination or unilateral denunciation of administrative contracts and those regarding the ascertaining documents issued by the contracting authority / entity, relating to the execution of the contract.

In the first case, the sentence can be challenged by appeal, within 10 days from the communication, to the administrative and fiscal litigation section of the court of appeal, which judges in a panel specialized in public procurement, and in the second case, the decision can only be appealed with appeal (recourse), within 10 days from the communication, both being resolved ur-

³⁶ Art. 53 para. 8 and 9 of Law no. 101 of 2016.

gently and especially within a term that cannot exceed 30 days from the date of the legal notice to the court.

Apart from the fact that different appeals are provided in the same matter of administrative law, related to the same type of contracts, the law does not specify in the first case whether the appealed decision is final or subject to appeal to clearly know the appeals that can take place in the case, the possibility of exercising a second appeal against the appeal decision remains questionable. In contrast, in the hypothesis of the ascertaining document only the appeal is provided for, within which the pronounced decision is final, no longer being able to be contested with another appeal for reformation.

Regarding compensations, the legislator brings a series of clarifications that impose substantive conditions for the exercise of legal action, these being related to the way in which the contracting authority or other participant acted.

Compensation can be determined by damage caused either by an act of the contracting authority issued in violation of the legal provisions in the matter of public procurement or because of the non-resolution within the legal term of a request regarding the said award procedure. In both cases, to file a claim for compensation, it is necessary to first order the cancellation of the respective act or the taking of any other remedial measures by the contracting authority.

The damage can be particularized in relation to the type of act drawn up in the administrative award procedure, such as the case of the one represented by the expenses necessary for preparing the offer and participating in the award procedure. Still, in this case, related to the beginning of the procedure, to formulate a request for compensation, the injured person must prove the damage, the violation of the provisions of the public procurement legislation, as well as the fact that he would have had a real chance to win the contract, and this was compromised because of that violation.

Regarding the contract's nullity, the law pays special attention to situations of (absolute) nullity³⁷ that appear as obvious violations in relation to

³⁷ 1. The contracting authority awarded the contract without complying with the obligations related to the publication of a tender notice, according to the provisions of the legislation on public procurement, the legislation on sectoral procurement or the legislation on works concessions and service concessions; 2. When the contracting authority aims to acquire the execution of a work, a service or a product, which would place the respective contract in the category of contracts subject to the legislation on public procurement, the legislation on sectoral procurement or the legislation on works concessions and service concessions, but the authority the contractor concludes another type of contract, with non-compliance with the legal award procedure; 3. The contract/additional act to it was concluded under less favorable conditions than those provided for in the technical and/or financial proposals that constituted the declared winning offer; 4. Failure to comply with the qualification and selection criteria and/or the assessment factors provided for in the tender notice that were the basis for the declaration of the winning bid, leading to the alteration of the result of the procedure by canceling or reducing the competitive advantages; 5. The contract was concluded before the receipt of the decision to resolve the appeal by the Council or the court or with non-compliance with the decision to resolve the appeal. 6. The contracting authority awarded the contract following an award procedure

the rules governing the award procedure. For these situations, the legislator also enshrines a procedure characterized by speed, which also has other particularities attracted precisely by the specifics of the invalidity grounds in question.

Here the action can be exercised both by an interested person within the meaning of the law and by National Agency for Public Procurement (NAPP).

Special, very short terms are provided for notifying the court to invoke the absolute nullity of the contract for the above hypotheses. Celerity is also present here in that an action can be introduced within 30 days from the date of publication of the notice of award of the contract but no more than 6 months from this date.

If the contract award announcement does not include the motivation for which the respective act was drawn up, then the term runs from the date on which the participants were informed in a relevant way regarding these considerations that determined the award.

These disputes are resolved urgently and primarily by the administrative and fiscal litigation section of the court in whose jurisdiction the seat of the plaintiff or defendant is located.

The court sentence can only be appealed with an appeal within 10 days from the date of communication to the administrative and fiscal litigation section of the court of appeal, which judges in a panel specialized in public procurement. The appeal is resolved urgently and especially in a maximum period of 30 days from the date of legal notification to the court.

Conclusions

In general, the internal regulation respects the European rules in the matter of public procurement procedures, regardless of their field.

During the application of these regulations and the transposition of the directives, there was also a series of failures determined by the legislator's indecision regarding the competent court or even the procedure to be followed. Still, in most cases, transparency, adversarial, the right to defense, and celerity were respected.

The way in which the Romanian legislator understood to comply with the purpose provided in the Directive is likely to favour the interested person to attack the documents drawn up in the award procedure or request compensation or to request the censure of the contract or its execution.

that was the subject of ex ante control and in which National Agency for Public Procurement (NAPP) issued a conditionally compliant opinion, and the contracting authority carried out and completed the award procedure without remedying the deviations found by NAPP.

Still, it can also determine an extension in time of jurisdictional procedures, which is not beneficial for the fluency and efficiency of procurement procedures.

Also, electronification is revealed in jurisdictional procedures through the method of communication, transmission of documents and procedural acts, which certainly reduces the time required for the procedure to be carried out in compliance with the principles of adversariality and the right to defense.

Abstrakt

Zamówienia publiczne – jako motor rozwijającego się społeczeństwa – wymagają stosowania szeregu procedur jurysdykcyjnych. Procedury te nie są tylko teoretyczne, ale mają praktyczne implikacje, gwarantując zgodność z zasadami i regułami prowadzenia postępowań administracyjnych oraz ich rozwój oparty na przepisach prawa.

Rumunia dokonała transpozycji dyrektywy nr 665/89, wprowadzając rozróżnienie między procedurami jurysdykcyjnymi, w których dokumenty sporządzane są na etapie poprzedzającym zawarcie umowy, bezpośrednio związanymi z administracyjną procedurą udzielania zamówień, a procedurami mającymi na celu wykonanie umów, ich unieważnienie, rozstrzygnięcie, rozwiązanie, które mogą zostać sfinalizowane po zakończeniu procedury udzielania zamówień w trakcie trwania umowy.

Niezależnie jednak od sytuacji prawo rumuńskie nadaje konkretne skutki zasadzie szybkości, którą chroni poprzez wyraźne przepisy przewidujące krótkie terminy na przeprowadzenie procedury, sformułowanie niektórych dokumentów, zaskarżenie decyzji, chociaż czasami te same przepisy proceduralne wydają się wpływać na tę zasadę.

Artykuł ma na celu przedstawienie tych przepisów, interpretowanych w szczególności w świetle szybkości i wymogów rozporządzenia ponadnarodowego, które są narzucające w procedurach wewnętrznych, w tym przez orzecznictwo Trybunału Luksemburskiego.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, procedury jurysdykcyjne, postępowanie sądowe, kontrola dokumentów zamawiającego, przepisy proceduralne.

BIBLIOGRAPHY

Bovis C., Access to Justice and Remedies in Public Procurement, *European Procurement & Public Private Partnership*, 'Law Review' 2012, 3.

Bovis C., The Priorities of EU Public Procurement Regulation, *'ERA Forum'* 2020, 21, <https://doi.org/10.1007/s12027-020-00608-8>.

Lycourgos C., *Notable judgements of the Court of Justice of the European Union in the field of public procurement (March 2021–March 2022)*, 'ERA Forum' 2022, 23, <https://doi.org/10.1007/s12027-022-00715-8>.

Niculeasa M. I., *Public Procurement Legislation. Comments and explanations*, 2nd ed., CH Beck Publishing House, Bucharest 2009.

Romanian Civil Procedure Code, Law no. 134 of 2010.



Simoni Takashvili*
Giorgi Mtchedlishvili**

The Scope of Contractor's (Employee's) Liability for Breach of Construction Contract Under Georgian Law

[Zakres odpowiedzialności wykonawcy (pracownika) za naruszenie umowy o roboty budowlane w prawie gruzińskim]

Abstract

The legal issues related to the process of performing construction and the contractor's liability are very specific and interesting in Georgian Law. The Georgian legislation regulates the relationship between contractor (employee) and the employer, but there are some problematic issues which might be arisen in practice. The present article analyzes the grounds for the contractor's liability and its legal impact on the construction process.

The present paper is related to Georgian legislation only and there is no comparison between other states' legal approaches. The aim of the article is to analyze Georgian case law and the prevailing court practice of the Supreme Court of Georgia. The article is totally based on the court practice and practical problems. In the end of the article there is a conclusion which summarizes the results of this paper.

Keywords: construction contract, contractor's liability, construction disputes.

* **Simoni Takashvili** – PhD in Law, Associate Professor, Sulkhani-Saba Orbeliani University, Tbilisi, Georgia (affiliation), Attorney-at-Law; <https://orcid.org/0000-0001-8608-170X>; s.takashvili@sabauni.edu.ge / dr nauk prawnych, profesor uczelni, Uniwersytet Sulchana Saby Orbelianiego w Tbilisi, Gruzja (afiliacja). Jest też adwokatem.

** **Giorgi Mtchedlishvili** – PhD candidate, Sulkhani-Saba Orbeliani University, Tbilisi, Georgia (affiliation); CEO of a construction company; <https://orcid.org/0009-0007-5075-5953>; g.mchedlishvili@sabauni.edu.ge / doktorant, Uniwersytet Sulchana Saby Orbelianiego w Tbilisi, Gruzja (afiliacja). Zarządza ponadto dużą firmą budowlaną.

Introduction

The construction sector in Georgia is one of the most advanced in terms of development and growth, it shows a new improved indicator in economic terms every year¹ and is regulated by construction law,² which, in turn, is divided into two parts: civil and administrative law.³ Both in private law relations and for administrative / public law purposes, the issue of the liability of the contractor / person performing the work is one of the important and problematic issues.

The present article is aimed at the analysis of the arrangement established by the Civil Code of Georgia, which sets the general standard of the contractor's responsibility. Also, the aim of the article is to highlight the problematic issues that exist in public procurement relations. For this purpose, the article discusses the recent trends of both Georgian legal literature and legal practice and provides some interim summaries.

The structure of this article is built in such a way that it contains a separate discussion on the issues of liability in private legal relations between the contractor / person performing the work and there is a separate discussion on obligations arising from state procurement, which is part of a hybrid (unity of public and private law) legal relationship.

The General Scope of the Construction Contract Under Civil Code of Georgia

The main principles of the contract

Article 629.1 states that Under a work contract, the contractor commits to completing the specified tasks outlined in the agreement, while the client agrees to pay the contractor the agreed-upon compensation. The parties to the contract are defined by legislation: the customer and the contractor / person performing the work.⁴ Contract for work belongs to the type of service contract and by its nature it is a mutually binding ('*sinalagma*'), commutative and consensual contract.⁵

¹ National Statistics Office of Georgia, <https://www.geostat.ge/ka/modules/categories/80/mshenebloba>.

² P. Turava, *Main Concepts and Institutes of Construction Law*, 'Journal of Law' 2009, 2, p. 121.

³ *Ibid.*

⁴ Law of Georgia on Construction Activities, Article 3.

⁵ Decision AS-408-2024 of Civil Cases Chamber of the Supreme Court of Georgia dated 5th July, 2024.

The contract for work is a mutually binding contract, because each party to the contract (both the Narde and the customer) has rights and obligations. There is the existence of mutual obligations of the parties: the performance of certain work by contractor and the payment of the agreed remuneration by the customer.⁶

The amount of compensation paid to the contractor is usually determined by agreement of the parties. Remuneration is expressed through the payment of a certain amount of money, although remuneration can also be determined in kind.⁷

Contractor's (employee's) obligations

Based on the construction legal relationship, the issue of contractor's responsibility in the contract of work is relevant, where the customer's contractual rights dominate.⁸ The general contractual obligation is that a party to a contract must perform the relevant obligation exactly as it stands, no more and no less.⁹

In the Civil Code, the most important obligation of the contractor / person performing the work is given in Article 639. More precisely, if the services involve the production of an item (for example construction item), the contractor shall deliver the item to the client free from any material or legal defects. Also, the contractor is obliged to provide the client the item / construction without any legal and material defects. The Civil code is very strict to the contractor and stipulates that a construction is legally free of defects if third parties cannot assert any rights against the client. Also, a construction is considered free of material defects if it meets the agreed-upon conditions. If no such conditions are specified, the construction shall be deemed free of material defects if it is suitable for the purpose outlined in the contract or for ordinary use. A material defect is also considered to exist if the contractor produces an article different from what was ordered or in a smaller quantity.

Where a construction contract specifies a particular day for performance, failure to do so without lawful excuse is a breach of contract which might cause damages.¹⁰ Where no time is specified, performance must take place within a reasonable time and of course there is no any specific reasonable time and it depends on the nature of the contract.¹¹ Besides the abovementioned issues it is also very important to determine the place of performance

⁶ Z. Dzierishvili, Commentaries on Civil Code of Georgia, Article 629, p. 4, available at: <https://gcc.tsu.ge/wp-content/uploads/2022/07/Art.-629.pdf>.

⁷ Z. Dzierishvili, Commentaries..., p. 6, available at: <https://gcc.tsu.ge/wp-content/uploads/2022/07/Art.-629.pdf>.

⁸ Decision AS-265-2024 of the Supreme Court of Georgia dated 26th April, 2024.

⁹ J. E. Stannard, D. Capper, Termination for Breach of Contract, Oxford, 2014, p. 68.

¹⁰ J. E. Stannard, D. Capper, Termination..., p. 66.

¹¹ Ibid.

in the contract. Determining the place of performance can be important not only for the purpose of deciding whether a breach has taken place for other purposes too¹² such as court jurisdiction, applicable law etc. Accordingly, the Georgian law very strictly regulates the scope of the contractor's obligations and determines the remedies for client for breaching these obligations by the contractor.

Contractor's (employee's) liabilities – remedies

The Civil Code of Georgia stipulates the liabilities of the contractor if the construction is defected. The client may request additional performance. The contractor may choose either to remedy the defect or to produce a new construction. For the purpose of additional performance, the contractor is obliged to cover the necessary expenses, including transportation, labor, and materials. The contractor may refuse additional performance if it would require disproportionate expenses.¹³ Also, the client is entitled to demand the damages. The purpose of compensating the claimant for the fact that he or she has not received the performance concluded by the parties is undoubtedly the most important.¹⁴ In general and especially in construction contract a breach of contract always entitles the innocent party to nominal damages.¹⁵ In general damages protect the Claimant's rights to performance.¹⁶

The ways in which the contractor may breach a contract for construction services are similar to those for goods because the service may not be provided, they might be delayed, or they may be defective.¹⁷ The burden of proof lies with the injured party, but it is the responsibility of the liable party to prove that he / she acted without fault.¹⁸

As for the amount of financial liabilities of the contractor, it is very important under Georgian Law. Under the breach of construction contract the client is able to demand financial damages from the contractor. Presumptively, the burden of proof is on the claimant to prove the existence and amount of any financial loss he / she suffered.¹⁹

¹² J. E. Stannard, D. Capper, Termination..., p. 67.

¹³ The Civil Code of Georgia, Article 642.

¹⁴ A. Tettenborn, Remedies, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, Fourth Edition, London 2023, p. 476.

¹⁵ N. Andrews, Breach and Performance, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies, Fourth Edition, London 2023, p. 91.

¹⁶ A. Tettenborn, Remedies..., p. 477.

¹⁷ K. Barnett, Damages for Breach of Contract, London 2022, p. 28.

¹⁸ T. Frad, The International Compendium of Construction Contracts: A Country by Chapter Review (Austria), ed. by Phillip Greenham and the Society of Construction Law Australia, Berlin 2021, p. 82.

¹⁹ A. Tettenborn, Remedies..., p. 484. Also A. Kramer, The Law of Contract Damages, Second Edition, Oxford 2018, p. 499.

The client / customer may have the following requirements towards the contractor / person performing the work under the following articles of Civil Code of Georgia: Due to poor-quality work, the request for compensation according to Articles 629.1, 641.1 (An article shall be considered to be free of material defects if it corresponds to the agreed conditions; and if no such conditions are agreed upon, then an article shall be deemed to be free of material defects if it is suitable for the use stipulated in the contract or for ordinary use.), Article 394.1 If the obligor breaches an obligation, the obligee may claim damages arising from the breach. This rule shall not apply when the obligor is not responsible for breach of the obligation.), Article 408.1 (A person who is liable to pay damages shall restore the state of affairs that would have existed if the circumstances giving rise to the duty to pay damages had not occurred.) and Article 409 (If damages cannot be paid by restitution or if such restitution would require disproportionately high expenses, then the obligee may be given monetary compensation).²⁰ It is also important that the first way in which the law limits the recoverable damages is by allowing the creditor only to claim compensation for the real loss and deprived profits he / she suffers.²¹

Under Civil Code of Georgia damages shall be compensated not only for the loss of property actually incurred but also for lost profits.²² The evidence used to prove lost profits will vary depending upon the type of business in issue and the type of contract and breach.²³ Regarding the lost profit the Supreme Court of Georgia stated that:

“Compensation is subject to damages that were foreseeable to the debtor and are a direct result of the damage-causing action. When a party to a contract fulfills an obligation, it is meant to assume only the risk that is lawfully connected with the performance of the contract. Based on the above, he can only be requested to compensate for the damage that is perceived as a normal result of the breach of contract. Compensation is subject to unearned income, i.e. lost profit (*lucrum cessans*). Unearned income is an estimated income. Attention should be paid to how much it was expected to be received.

Unearned income, by its very nature, refers to pure economic loss experienced by the party to the contract, which would not have existed if the contract had been properly executed. In order for income to be considered unaccepted, it must have a direct and immediate connection with the debtor's breach of obligation. Direct connection refers to the logical connection of events, action and result that leaves no reason for doubt about the real possibility of receiving income.”²⁴

²⁰ The Supreme Court of Georgia, Case number: AS-810-2023, May 27, 2024.

²¹ M. J. Smits, *Contract Law: A comparative introduction*, Third Edition, Edward Elgar Publishing, United Kingdom 2021 p. 221.

²² The Civil Code of Georgia, Article 411.

²³ Kramer A., *The Law...*, p. 504.

²⁴ The Supreme Court of Georgia, Case number: AS-1398-2023, July 26, 2024.

It is also important whether only financial loss can be compensated in case of non-performance or also immaterial damage.²⁵ Under Civil Code of Georgia, a monetary compensation for non-property damages can only be sought in the specific cases outlined by law, provided in the form of fair and reasonable compensation.²⁶ Accordingly, damages for non-pecuniary losses can only be awarded when the law confers such a right to the innocent party.²⁷ In construction service the client is unable to demand non-property (non-pecuniary) damages.

Construction projects and disputes arisen from these projects commonly involve complex claims which courts / tribunals are called upon to determine.²⁸ As for the construction dispute resolution, it should be mentioned that the traditional method for dispute resolution is a court. However, there are several construction projects which determine arbitration clause. Historically, Disputes in the construction industry were resolved through litigation or arbitration and this remains common practice Today.²⁹ If any dispute or difference arises in construction relationship the parties have to refer it to the agreed arbitration.³⁰ Accordingly, if the parties agreed to arbitration the national courts usually lack jurisdiction.³¹

The General Principles of the Construction Contract in Public Procurement Law

The parties of the contract

According to Article 5, the participants in construction activities are the customer and the contractor, according to Article 97, the customer may be the person who is:³² construction permit applicant or construction permit holder.

A construction permit applicant is a person who plans to construct a building of class I–IV and carries out relevant actions for this.³³ This includes pre-design work, such as topographic-geodetic, engineering-geological, de-

²⁵ M. J. Smits, *Contract...*, p. 224.

²⁶ The Civil Code of Georgia, Article 413.

²⁷ T. Beumers, W. van Boom, *Tortious and Contractual Liability from a Dutch Perspective* [in:] *Tortious and Contractual Liability, Chinese and European Perspective*, Ernst Karner (ed.), Wien 2021, p. 239.

²⁸ A. Wahab, *International Construction Disputes, A Practitioner's Guide*, A. J. Roquette, T. Christopher Pröster (ed.), München 2022, p. 233.

²⁹ H. C. Lenz, S. Osing, *The International Compendium of Construction Contracts: A Country by Chapter Review (Germany)*, ed. by Phillip Greenham and the Society of Construction Law Australia, Berlin 2021, p. 384.

³⁰ A. Jaeger, G. Hök, *FIDIC: A Guide for Practitioners*, Springer-Verlag Berlin, 2010, p. 397.

³¹ *Ibid.*

³² Spatial Planning, Architectural and Construction Code of Georgia, Article 97.

³³ *Ibid.*

velopment, and other surveys.³⁴ In practice, these pre-design surveys are important for successfully implementing a project.³⁵

In order to save costs in construction projects, detailed design cannot or is not done. New things are often discovered during construction that require changes in the project. A lot of resources and a significant amount of time are spent in construction, which leads to the contractor's liability.³⁶

The holder of a construction permit has the right to construct buildings of classes I–IV from the relevant authority, which is issued by the municipality within the territorial unit.³⁷

Under the current circumstances in the Georgian construction market, the largest customer is the state itself, its governing government, municipalities, or other legal entities, which carry out public procurement following the state's administrative norms.³⁸ It is precisely because of the large budget and numerous projects that, taking into account the legislative possibilities, pre-design work is carried out in a way that subsequently creates several difficulties for the contractor during the implementation of the project. However, in practice, the issue is very relevant and especially problematic, since the problem of the contractor's liability often arises, which is expressed in the imposition of default interest and other sanctions.³⁹

In construction legal relations, a contractor can be an individual or a legal entity.⁴⁰ They perform the following works: Pre-design; Design-exploration; Construction-installation; Commissioning-commissioning; Launch-control.

The contractor must be a person who has received a design and construction license for the implementation of the aforementioned under the rules established by the legislation of Georgia and is responsible for the implementation of these works and the activities of the sub-contractor. Each work is specific depending on its importance, however, the pre-project activity is distinguished by its specific relevance, because it is as a result of its implementation that important information is obtained, conducted studies, and planned: design works, budget, and others.

It is because of the incompletely performed long-term design works that the contractor has to deal with many difficulties during the implementation of construction works,⁴¹ many changes are included in the project and the completion date is delayed.

Thus, in a construction contract concluded for the implementation of construction works, the contractor can be either an individual entrepreneur or

³⁴ P. Turava, K. Kalichava, *Construction Law*, Tbilisi 2020, p. 179.

³⁵ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber Decision No. AS-243-2023 of Sept. 28, 2023.

³⁶ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, Oct. 30, 2024 Ruling No. AS-1052-2024.

³⁷ Spatial Planning, Architectural and Construction Code of Georgia, Article 100.

³⁸ Transparency International – Georgia's Conclusion on the 2024 State Budget of Georgia, Tbilisi 2023.

³⁹ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, Nov. 15, 2024, Ruling No. AS-61-2023.

⁴⁰ Law of Georgia on Construction Activities, Article 3.

⁴¹ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber Decision No. AS-1066-2023 of July 26, 2023.

a legal entity, who is selected in accordance with the work to be performed. In the case of a state construction project, based on a public procurement announced by an administrative entity or another authorized legal entity.⁴²

Rights and obligation in general

Georgian legislation defines contractual legal relations,⁴³ several important issues of the rights and obligations of the parties to a construction project.⁴⁴ The contractor is selected by several methods, the use of which depends on the customer / specificity of the work to be performed. Procurement can be carried out: directly⁴⁵ or by announcing a tender.⁴⁶ Direct procurement, which characterizes civil relations, is easily carried out by a contract concluded during the procurement of construction works.

A large share of the procurement of construction works through a tender falls on the state, which is carried out by its administrative bodies or a circle of persons who carry out the procurement through public procurement.

During tender procurement, the buyer has his requirements included in the tender documentation, as well as a draft contract to be concluded with the contractor.⁴⁷ In this regard, the difference is clear between public procurement and procurement by a private person because in public procurement, the draft contract is to be concluded with the contracting authority, its terms are attached to the announced tender, and its important characteristics are determined. However, in private procurement, the draft contract to be concluded later may be agreed upon with the winner later / the terms in the attached draft contract may be further specified or may be formed differently by agreement of the parties.⁴⁸

Considering that it is difficult to determine a specific line in the private sector as to what a small, medium, and large project can be. For this, a specific vision can be created from the state's public procurement, which the private sector is also actively guided by.⁴⁹ Accordingly, in construction relations, the difference in the project value between the contract projects to be concluded between small and large procurements is assumed to be 200,000 GEL.⁵⁰ How-

⁴² Law of Georgia on Public Procurement.

⁴³ Civil Code of Georgia.

⁴⁴ Draft State Procurement Agreement, NAT240015002.

⁴⁵ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, July 9, 2024 Ruling No. AS-748-2024.

⁴⁶ Law of Georgia on Public Procurement.

⁴⁷ Draft State Procurement Agreement, NAT240015077.

⁴⁸ Sh. Julakidze, G. Sisoshvili, Efficiency of Electronic Public Procurement: Collection of Scientific Papers, Tbilisi, 2021, p. 110.

⁴⁹ Agreement "NT-B-3-2020-FSI" concluded between the Georgian Farmers Association and "IB Construction Group" LLC, 2020.

⁵⁰ Law of Georgia on Public Procurement.

ever, despite this, the private sector does not have any restrictions on this, and this separation is carried out only in the case of public procurement.⁵¹ When there are specific articles in the contract on the rights and obligations of the parties, unlike public, the relations of private individuals in the contractual part are rather free and oriented towards the mutual agreement of the parties, and during public procurement, the legislation stipulates that in the case of a large procurement, the contractor must submit a guarantee of contract performance to the customer.⁵² Accordingly, the rights and obligations of the parties still differ in terms of the contractual value of the project, such as the timing of the start of work, which must begin within 3–5 days from the conclusion of the contract according to the schedule, although in the private sector this reservation is not found and the obligation is directed to the observance of the schedule agreed between the parties. This differs from public procurement where there is a specific reservation at the start of work and informing the customer about it.⁵³ However, when selecting materials, there is a similar obligation that the contractor must agree with the customer on the materials to be used and their appearance. The contractor must also comply with the project specifications before starting work. This is a very important provision that serves to prevent many unforeseen problems later.⁵⁴

The rights and obligations of the parties to the contract clearly show how the conditions are formulated according to the total value of the contract. Despite the differences in the contracts, there are also common conditions that must be fulfilled a clear example of this is when the contractor discovers an inaccuracy in the construction project, he must notify the customer and suspend the work until it is corrected. This fact affects the total deadline and causes the work to be delayed.⁵⁵

Thus, several factors prevent the existing plan and schedule in contractual relations from being fulfilled, which subsequently leads to the issue of contractor's liability. In addition to the specified deadlines, there are often changes in meteorological conditions and seasons, which have a very serious impact on the intensity of work on the current project, especially in the winter period. Accordingly, the issue of contractor's liability cannot be caused by any factor independent of it, which can be caused by the customer using his rights and obligations.⁵⁶

⁵¹ U. Hagenlocher, *Architect's Responsibility in Germany*, 'Georgian-German Journal of Comparative Law' 2024, 2, p. 7.

⁵² Draft State Procurement Agreement, NAT240015002.

⁵³ Agreement "NT-B-3-2020-FSI" concluded between the Georgian Farmers Association and "IB Construction Group" LLC, 2020.

⁵⁴ Draft State Procurement Agreement, NAT240015002.

⁵⁵ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, July 9, 2024 Ruling No. AS-AS-748-2024.

⁵⁶ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, Ruling No. AS-850-2023 of June 4, 2024.

Contractor's (employee's) liability

The issue of contractor's liability arising from the construction legal relationship is determined based on Georgian legislation and the construction contract concluded with the customer. In the case of a construction contract concluded during the construction relationship, the liability differs in terms of severity, which is directed to contractor, depending on the contractual value of the project.⁵⁷ Although the contracts concluded in the case of public procurement and private procurement differ, in the event of untimely or improper performance by contractor, a large default interest will still be imposed. Legal practice takes into account several circumstances and in many cases exempts contractor from paying the default interest imposed (in full or in large part).⁵⁸ As for the reduction of the default interest, it is explained that the imposition of a default interest should be aimed at compensating the customer for damage, and not at enrichment.⁵⁹

The root of the problems in practice is clearly visible when studying the circumstances of the case, which is related to the incomplete implementation of pre-design works and some changes to the project during construction. Suspension of construction before making changes to the project and subsequent continuation has its own deadline. If the mobilization necessary to continue the work is hindered by several factors, including meteorological conditions, which means that the work will continue, but achieving a specific pace, which is related to the project plan and schedule, is difficult. In particular, in the case of one of the projects, during construction work on-site, it turned out that it would not be possible to arrange a concrete road surface with heavy equipment and this had to be done manually.⁶⁰ Of course, this is related to a completely different deadline and meteorological conditions have a greater impact on the work, which would have been identified in the case of proper pre-design works and a completely different project concept would have been developed.⁶¹ Accordingly, the implementation of construction works on site and the issue of liability of contractor is very specific from a practical point of view and requires a conscientious approach from the customer.

The grounds of the liability

Regardless of whether the procurement is public or private, the customer has the option of imposing several types of default interests on contractor,

⁵⁷ Draft State Procurement Agreement, NAT240015077.

⁵⁸ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, Ruling No. AS-850-2023 of June 4, 2024.

⁵⁹ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, January 18, 2024, Ruling No. AS-51-2023.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ U. Hagenlocher, *Architect's...*, p. 5.

including a default interests of 0.1% for each day of delay,⁶² 1% of the contractual amount for poor-quality work, along with compensation for damage,⁶³ a default interest for violating the plan-schedule, and finally, if the amount of the default interest reaches 3% of the contract, the customer has the right to unilaterally withdraw from the contract.⁶⁴

If the customer himself violates the terms of the contract, he must pay contractor only 0.02% of the remaining contractual amount as a default interest.⁶⁵ This is the case if the supplier / contractor terminates the contract for his own reasons, in which case he will exceed 5% of the total value of the contract. In addition to all this, the most severe sanction against contractor is when the customer blacklists him.⁶⁶ And in the case of a large purchase, the existing draft contract is characterized by a much higher default interest, for example, in case of inadequate or non-fulfillment of work, the default interest is 5% for unfulfilled work, and 0.1% for each day of delay beyond the plan.⁶⁷ There is positive judicial practice on which.⁶⁸

Thus, in the case of simplified electronic procurement, the legal status of contractor / supplier under the contract for the implementation of a construction project is associated with heavy legal liability and must be consistent with judicial practice. Which clearly establishes the scope of liability on the part of contractor's liability.

Exemption of liability

According to the contractual terms that exist between the parties during the implementation of a construction project, the parties differ, especially in terms of liability.⁶⁹ Which is clearly regulated by legal practice, concerning the release from obligation. Practice shows that the contractual obligation is much greater than the damage determined by the circumstances.⁷⁰ In particular, if for each overdue day from the plan schedule, contractor is liable for 0.1% of the remaining work in the form of a penalty. The court, having studied the circumstances, determined that 0.02% would be sufficient to compensate for the damage in the form of a default interest.⁷¹

⁶² Draft State Procurement Agreement, NAT240015077.

⁶³ G. Okruashvili, *Personal Punishment / Adaptation to Changed Circumstances*, 'Georgian-German Journal of Comparative Law' 2021, 5, p. 55.

⁶⁴ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, April 26, 2024 Ruling No. AS-265-2024.

⁶⁵ Draft State Procurement Agreement, NAT240015077.

⁶⁶ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber Decision No. AS-243-2023 of September 28, 2023.

⁶⁷ Draft State Procurement Agreement, NAT240015002.

⁶⁸ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, April 26, 2024 Ruling No. AS-265-2024.

⁶⁹ Draft State Procurement Agreement, NAT240015002.

⁷⁰ Supreme Court of Georgia, Civil Cases Chamber, December 4, 2023 Ruling No. AS-1164-2023.

⁷¹ Ibid.

Thus, contractor was partially exempted from the default interest, and fully from the default interests that were imposed due to the failure to fulfill the plan schedule on time. The fact that the court will study the existing factual circumstances was also highlighted⁷² and clearly indicates the changes in the project to which contractor has to adapt. Ultimately, several changes included in the project will negatively affect contractor's activities and lead to the imposition of disproportionate default interests on him. The scope of which has been established by judicial practice and must be reflected in the relevant contracts of the company, both in the case of private and public procurement.

Conclusion

From the presented discussion, several important issues can be highlighted. First and foremost, it should be noted that Georgian legislation recognizes both private and public legal relationships in construction law. The most significant legal act in construction relationships is the Civil Code of Georgia, which explicitly defines the rights and obligations of the client and the contractor.

Particularly noteworthy is the issue of compensation when the contractor fails to fulfill their obligations during the construction process. Non-fulfillment of obligations grants the client the right to demand compensation and damages. This issue is particularly problematic and inconsistent in Georgian judicial practice.

According to the recent court practice, compensation is subject to damages that were foreseeable to the debtor and are a direct result of the damage-causing action. When a party to a contract fulfills an obligation, it is meant to assume only the risk that is lawfully connected with the performance of the contract. Based on the above, he can only be requested to compensate for the damage that is perceived as a normal result of the breach of contract. Compensation is subject to unearned income, i.e. lost profit (*lucrum cessans*). Unearned income is an estimated income. Attention should be paid to how much it was expected to be received.

It should be mentioned that the method of the dispute resolution of construction is very important. The traditional method for dispute resolution is a court. However, there are several construction projects which determine arbitration clause. Arbitration became more popular in recent construction projects.

As for the public procurement and public construction law, Several problematic issues have been identified in public procurement, which should be

⁷² Ibid.

resolved in a way that leads to equalization of rights between the parties. In particular, when construction is suspended due to a project flaw, this additional period should be included in the contract itself, with an appropriate reservation, and the damage taken should be compensated for each day of this delay by the employer.

Abstrakt

Kwestie prawne związane z procesem wykonawstwa robót budowlanych i odpowiedzialnością wykonawcy w Gruzji ujęte są ciekawie i bardzo specyficznie. Gruzjińskie ustawodawstwo reguluje relacje między wykonawcą (pracownikiem) a pracodawcą, występują tu jednak w praktyce pewne sporne kwestie. Niniejszy tekst analizuje podstawy odpowiedzialności wykonawcy i jej prawny wpływ na przebieg procesu budowlanego.

Artykuł odnosi się wyłącznie do gruzińskiego ustawodawstwa i nie zajmuje się rozwiązaniami przyjętymi w innych państwach w aspekcie prawnoporównawczym. Jego celem jest zbadanie gruzińskiego orzecznictwa i dominującej praktyki sądowej Sądu Najwyższego Gruzji. Tekst w całości opiera się właśnie na praktyce sądowej i rzeczywistych problemach w niej występujących. Zamyka go konkluzja podsumowująca wyniki badań.

Słowa kluczowe: umowa o roboty budowlane, odpowiedzialność wykonawcy, spory budowlane.

BIBLIOGRAPHY / REFERENCES

Andrews N., *Breach and Performance, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*, Fourth Edition, London 2023.

Barnett K., *Damages for Breach of Contract*, London 2022.

Hagenloch U., *Architect's Responsibility in Germany*, 'Georgian-German Journal of Comparative Law' 2024, 2.

Jaeger A., Hök G., *FIDIC: A Guide for Practitioners*, Springer-Verlag Berlin, 2010.

Julakidze S., Sisoshvili G., *Efficiency of Electronic Public Procurement: Collection of Scientific Papers*, Tbilisi, 2021.

Karner E., (ed.), *Tortious and Contractual Liability: Chinese and European perspective*, Wien 2021.

Kramer A., *The Law of Contract Damages*, Second Edition, Oxford 2018.

Okruashvili G., *Personal Punishment / Adaptation to Changed Circumstances*, 'Georgian-German Journal of Comparative Law' 2021, 5.

Smits M. J., *Contract Law, A Comparative Introduction*, Third Edition, Edward Elgar Publishing, United Kingdom 2021.

Stannard J. E., Capper D., *Termination for Breach of Contract*, Oxford 2014.

Tettenborn A., *Remedies, Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies*, Fourth Edition, London, 2023.

The International Compendium of Construction Contracts: A Country by Chapter Review, ed. by P. Greenham and the Society of Construction Law Australia, Berlin, 2021.

Turava P., *Main Concepts and Institutes of Construction Law*, 'Journal of Law' 2009, 2.

Turava P., Kalichava K., *Construction Law*, Tbilisi, 2020.

Wahab A., *International Construction Disputes, A Practitioner's Guide*, A. J. Roquette, T. Christopher Pröstler (eds), München 2022.



Informacje dla Autorów

W Redakcji Europejskiego Przeglądu Prawa i Stosunków Międzynarodowych (nazwa skrócona: EPPiSM) zasady publikowania tekstów są następujące:

1. Przekazując tekst Redakcji, Autor przenosi na Wydawcę wyłączne prawo do jego publikacji.
2. Zgoda Autora na publikację w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych obejmuje wersje: elektroniczną (e-publikacja) oraz drukowaną (papierową).
3. Wersję elektroniczną Europejskiego Przeglądu Prawa i Stosunków Międzynarodowych uważa się za podstawową.
4. Tekst zgłoszony do publikacji w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych nie może być wcześniej opublikowany w innym czasopiśmie (w wersji elektronicznej i / lub drukowanej) ani rozpatrywany pod kątem publikacji.
5. Teksty przekazuje się drogą elektroniczną (email: ewspa.kwartalnik.eppism@gmail.com) albo pocztową (adres: ul. Okopowa 59, 01-043 Warszawa, 4. piętro) – w drugim przypadku z zapisaną na odczytywalnym nośniku wersją elektroniczną oraz z papierowym, jednostronnym wydrukiem.
6. Każdy tekst poddawany jest wstępnej ocenie Redakcji, która może go odrzucić, w szczególności gdy nie zachowano podstawowych reguł naukowej lub językowej poprawności, a także gdy naruszono choćby jedną z zasad publikacji właściwych dla EPPiSM, w tym zwłaszcza zasadę autorskiej rzetelności (np. ghostwriting, guest authorship). Tekst, który nie został odrzucony, poddawany jest ocenie merytorycznej co najmniej dwóch niezależnych recenzentów w procedurze anonimowej (double-blind). Przygotowują oni na piśmie recenzje zawierające uwagi i wskazówki dla Autorów oraz jednoznaczny wniosek w kwestii dopuszczenia tekstu do publikacji. Na tej podstawie Redakcja podejmuje decyzję: a) o przyjęciu go do publikacji; b) o warunkowym przyjęciu do publikacji – po uwzględnieniu przez autora wskazanych przez recenzentów zmian; c) o odmowie przyjęcia do publikacji.
7. Redakcja nie ujawnia nazwisk recenzentów poszczególnych materiałów. Co najmniej raz w roku publikuje się listę recenzentów na stronie internetowej kwartalnika.

8. Minimalna objętość nadsyłanych do EPPiSM artykułów naukowych i glos wynosi 20 000 znaków (tu i dalej liczonych ze spacjami i przypisami).
9. Maksymalna objętość artykułu naukowego nie powinna być większa niż 60 000 znaków. W razie przekroczenia – zwłaszcza znaczącego – wskazanego limitu Redakcja może zaproponować Autorowi podział tekstu na części. Objętość glosy nie powinna przekraczać 40 000 znaków.
10. W artykule i glosie znajdują się dodatkowo: tytuł w języku angielskim, abstrakt w językach polskim i angielskim (o orientacyjnej objętości 500–2500 znaków), słowa kluczowe w językach polskim i angielskim (co najmniej trzy), a także bibliografia załącznikowa.
11. Autor dołączy ponadto: informację o sobie (status naukowy, zawodowy, afiliacja, numer ORCID, adres poczty elektronicznej, telefon itp.) oraz oświadczenie, że tekst nie został dotychczas nigdzie opublikowany, a Redakcja EPPiSM nabywa na wyłączność prawo do jego publikacji. W wypadku publikacji wieloautorskich podanie informacji o sobie i obowiązek złożenia oświadczenia dotyczy wszystkich Autorów.
12. Artykuł naukowy prócz abstraktu powinien zawierać wyodrębniony, najlepiej kilkudzaniowy wstęp (lid). Abstrakt należy sporządzić z użyciem słów kluczowych (każde słowo kluczowe winno być w nim użyte). Abstrakt dotyczy treści artykułu, czyli jest streszczeniem – i jako taki powinien zawierać zwroty typu: „Celem artykułu jest...” albo „Przedmiotem artykułu jest”, a także przedstawić syntetyczne wyjaśnienie, jak ten cel został zrealizowany, np. „Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie...”, „Autor udzielił odpowiedzi pozytywnej / negatywnej” – jest to *minimum minimorum* abstraktu. Wstęp odnosi się natomiast do tematyki poruszonej w artykule, czyli jest syntetycznym do niej wprowadzeniem. Wstęp nie powinien (nawet we fragmencie) powielać ani parafrazować abstraktu.
13. Nieodłączną częścią każdego artykułu naukowego i glosy są końcowe wnioski (konkluzje).
14. W razie przywoływania w tekście publikacji elektronicznych oprócz autora i tytułu należy podać adres strony internetowej wraz z datą dostępu.
15. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przytacza się z obligatoryjnym wskazaniem jednostki redakcyjnej danego orzeczenia – czyli punktu (TSUE) lub paragrafu (ETPC) – przykładowo w następujący sposób:

¹ Postanowienie TS z 12 lutego 2019 r., RH, C8/19 PPU, EU:C:2019:110, pkt 60.

² Wyrok Sądu UE z 15 grudnia 2010 r., E.ON.Energie/Komisja, T141/08, EU:T:2010:516, pkt 56 i przywołane tam orzecznictwo.

³ Wyrok ETPC z 25 marca 1998 r., *Belziuk v. Polska*, skarga nr 23103/93, § 37. W kolejnych przytoczeniach tego samego orzeczenia pomija się sygnaturę ECL (TSUE) albo numer skargi (ETPC).

16. Orzecznictwo krajowe przykładowo przytacza się następująco:

¹ Wyrok SN z 12 marca 2008 r., I CSK 430/07, OSNC 2009, nr 5, poz. 75.

² Postanowienie TK z 27 września 2005 r., U 2/05, OTK ZU-A 2005, nr 8, poz. 96, cz. II, pkt 2.

³ Wyrok TK z 3 grudnia 2015 r., K 34/15, OTK ZU-A 2015, nr 11, poz. 185, cz. III, pkt 6.12.

⁴ Wyrok NSA z 24 października 2000 r., V SA 613/00, OSP 2001, nr 5, poz. 82.

⁵ Wyrok SA w Krakowie z 23 kwietnia 1998 r., II AKa 48/98, LEX nr 35155.

⁶ Postanowienie SA w Łodzi z 15 lutego 2023 roku, II AKz 74/23 (niepublikowane).

W kolejnych przytoczeniach tego samego orzeczenia krajowego pomija się miejsce publikacji lub adnotację o jej braku.

17. Po przyjęciu tekstu do publikacji Redakcji przysługuje prawo opracowania edytorskiego, typograficznego, językowego itp.

18. Za publikację w Europejskim Przeglądzie Prawa i Stosunków Międzynarodowych nie wypłaca się honorariów autorskich ani nie pobiera się opłat (APC).

Wydawca EPPiSM



Information for Authors

The Editorial Board of the European Law & International Relations Review [Europejski Przegląd Prawa i Stosunków Międzynarodowych] (abbreviated name: EL&IRR [EPPiSM]) has the following rules for publishing texts:

- (1) By submitting a text to the Editor, the Author transfers to the Publisher the exclusive right to publish it.
- (2) The Author's consent to publication in the European Law & International Relations Review includes the electronic (e-publication) and printed (paper) versions.
- (3) The electronic version of the European Law & International Relations Review is considered the primary version.
- (4) A text submitted for publication in the European Law & International Relations Review must not have been previously published in another journal (electronic and/or print) or considered for publication.
- (5) Texts are submitted either electronically (e-mail: ewspa.kwartalnik.eppism@gmail.com) or by post (address: 59 Okopowa St., 01-043 Warsaw, 4th floor) – in the latter case with an electronic version saved on a readable medium and with a paper, single-sided printout.
- (6) Each text is subjected to an initial assessment by the Editorial Board, which may reject it, in particular if the basic rules of scientific or linguistic correctness have not been observed, or if at least one of the principles of publication proper to the EL&IRR has been violated, including in particular the principle of Author's integrity (e.g. ghostwriting, guest authorship). A text that has not been rejected is subjected to substantive assessment by at least two independent reviewers in a double-blind procedure. They prepare written reviews containing remarks and instructions for the Authors and a clear conclusion as to whether the text should be accepted for publication. On this basis, the Editorial Board decides: a) to accept it for publication; b) to accept it conditionally for publication – after the Author has incorporated the changes indicated by the reviewers; c) to refuse to accept it for publication.
- (7) The editors shall not disclose the names of reviewers of individual materials. A list of reviewers is published at least once a year on the quarterly's website.

- (8) The minimum length of scientific articles and glosses submitted to the EL&IRR shall be 20,000 characters [here and hereafter counted with spaces and footnotes].
- (9) The maximum volume of a scientific article should not exceed 60,000 characters. If this limit is exceeded – particularly significantly – the Editors may suggest that the Author divide the text into parts. The volume of the glossary should not exceed 40,000 characters.
- (10) The article and the review will additionally contain: the title in English, an abstract in Polish and English (approximate length 500–2500 characters), keywords in Polish and English (at least three), and an appendix bibliography.
- (11) In addition, the Author shall include: information about him/herself (academic and professional status, affiliation, ORCID number, e-mail address, telephone number, etc.) and a statement that the text has not been published anywhere before and that the EL&IRR Editorial Board acquires the exclusive right to publish it. In the case of multi-authored publications, the information about oneself and the obligation to submit a statement apply to all Authors.
- (12) In addition to the abstract, the scientific article should include a separate, preferably several-sentence introduction (leader). The abstract should be written using keywords (each keyword should be used in the abstract). The abstract is concerned with the content of the article, i.e. it is a summary – and as such should contain phrases such as “The aim of the article is...” or “The subject of the article is...” and also provide a synthetic explanation of how this aim has been achieved, e.g. “The aim of the article is to answer the question...”, “The Author has provided a positive/negative answer” – this is the *minimum minimorum* of the abstract. The introduction, on the other hand, refers to the subject matter covered in the article, i.e. it is a synthetic introduction to it. The introduction should not (even in part) duplicate or paraphrase the abstract.
- (13) Final conclusions are an integral part of every scientific article and glossary.
- (14) Where reference is made in the text to electronic publications, in addition to the Author and the title, the address of the website should be given, together with the date of access.
- (15) Case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights shall be cited with the obligatory indication of the editorial unit of the decision in question – i.e. point (CJEU) or paragraph (ECHR) – for example as follows:

¹ Order of the CJ of 12 February 2019, RH, C 8/19 PPU, EU:C:2019:110, para 60.

² Judgment of the EU General Court of 15 December 2010, E.ONEnergie/Commission, T 141/08, EU:T:2010:516, para 56 and case law cited therein.

³ ECtHR judgment of 25 March 1998, *Belziuk v. Poland*, Application no. 23103/93, § 37. Subsequent citations of the same judgment omit either the ECL (CJEU) or the complaint number (ECtHR).

(16) National case law is cited by way of example as follows:

¹ Judgment of the Supreme Court of 12 March 2008, I CSK 430/07, OSNC 2009, no. 5, item 75.

² Order of the Constitutional Court of 27 September 2005, U 2/05, OTK ZU-A 2005, no. 8, item 96, part II, point 2.

³ Judgment of the Constitutional Court of 3 December 2015, K 34/15, OTK ZU-A 2015, no. 11, item 185, part III, point 6.12.

⁴ Judgment of the Supreme Administrative Court of 24 October 2000, V SA 613/00, OSP 2001, no. 5, item 82.

⁵ Judgment of the Court of Appeal in Kraków of 23 April 1998, II AKa 48/98, LEX no 35155.

⁶ Decision of the Court of Appeal in Łódź of 15 February 2023, II AKz 74/23 (unpublished). Subsequent citation of the same national judgment shall omit the place of publication or a note of its absence.

(17) Once a text has been accepted for publication, the Editor has the right to make editorial, typographical, linguistic, etc. adjustments.

(18) No royalties or fees (APCs) shall be paid for publication in the European Law & International Relations Review.

Publisher of the ERL&IR [EPPiSM]



Europejska Wyższa Szkoła Prawa i Administracji

Cena detal. – 45 zł; ISSN-2018-0903; nr indeksu 388602

ISSN 2081-0903

