

Szymon BYCZKO*

 <https://orcid.org/0000-0002-3754-439X>

UWAGI O CHARAKTERZE PRAWNYM KONSORCJUM

Abstrakt

Przedmiot badań: Przedmiotem pracy jest próba określenia charakteru prawnego umowy konsorcjum jako formy współpracy przedsiębiorców. Jest to zagadnienie o tyle istotne, że ta forma współdziałania, dość często spotykana przy realizacji dużych zadań gospodarczych, nie jest uregulowana prawnie. Brak jest także obszerniejszych wypowiedzi doktryny co do konsorcjum, a zwłaszcza prób określenia charakteru prawnego tej umowy.

Cel badawczy: Ustalenie, czy konsorcjum może być uznane za samodzielną umowę o współpracy gospodarczej, czy też jest ono jedynie podtypem spółki cywilnej. Ustalenie samodzielności konstrukcji konsorcjum wymagało z kolei zbadania charakteru prawnego tej umowy.

Metoda badawcza: W badaniach zagadnienia oparto się na analizie dość skąpego piśmiennictwa dotyczącego konsorcjum oraz – znacznie bogatszego – orzecznictwa Sądu Najwyższego. Orzecznictwo Sądu Najwyższego dotyczące konsorcjum jest utrwalone i konsekwentne, uwzględniając specyfikę tej konstrukcji prawnej i praktyczne potrzeby podmiotów, które zdecydowały się na wybór takiej właśnie formy prawnej. W pracy konieczne było także odwołanie się do poglądów doktryny dotyczących charakteru prawnego spółek, tak by wskazać na samodzielność i odrębność konstrukcji prawnej konsorcjum.

Wyniki: Analiza wykazała, że konsorcjum należy uznać za samodzielną umowę nienazwaną, dość wyraźnie odróżniającą się od spółki cywilnej oraz spółek prawa handlowego. Umowa ta realizuje pewne powtarzalne potrzeby ekonomiczne przedsiębiorców, odmienne jednak niż w przypadku spółek. Konsorcjum posiada w związku z tym własne cechy charakterystyczne, odmienne od spółki cywilnej i spółek prawa handlowego. W przypadku konsorcjum można wskazać na specyficzne, inne niż w spółkach zasady prowadzenia spraw i reprezentacji, z charakterystyczną konstrukcją lidera konsorcjum będącego pełnomocnikiem konsorcjantów. Stosunkowo krótka praktyka funkcjonowania konsorcjum w obrocie gospodarczym nie pozwala jednak na wskazanie utrwalonych cech, które pozwoliłyby ustawodawcy na wprowadzenie umowy konsorcjum do katalogu umów nazwanych.

Słowa kluczowe: konsorcjum, spółka cywilna, lider konsorcjum, spółki handlowe, umowy o współpracy gospodarczej.

* Dr hab., prof. UŁ, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Katedra Prawa Gospodarczego i Handlowego; e-mail: sbyczko@wpia.uni.lodz.pl

1. Wprowadzenie

Konsorcjum to konstrukcja prawna, która zawdzięcza swoją popularność głównie potrzebie koncentracji działań grup przedsiębiorców przy realizacji dużych zamówień publicznych. Jest to związane z treścią art. 58 Prawa zamówień publicznych¹, który przewiduje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Utworzona w tym celu wspólnota przedsiębiorców często przyjmuje właśnie postać konsorcjum. Umowa konsorcjum nie posiada żadnej regulacji prawnej, będąc typową umową nienazwaną². Tworzenie konsorcjów jest koniecznością rynkową, umożliwiając uzyskiwanie efektu synergii w działalności gospodarczej. Jednocześnie, powszechne tworzenie konsorcjów jest wyrazem niechęci profesjonalnych uczestników obrotu do tworzenia spółek cywilnych. Przedmiotem niniejszej pracy jest próba ustalenia cech charakterystycznych konsorcjum pozwalających na wykazanie jego konstrukcyjnej samodzielnosci. Wymaga to przede wszystkim wskazania na różnice, jakie dzielą konsorcjum i spółkę cywilną.

Artykuł dotyczy tylko konsorcjów krajowych, pomijając bogatą tematykę konsorcjów międzynarodowych, zwłaszcza służących realizacji transgranicznych projektów europejskich³. Uwaga będzie skoncentrowana na konsorcjach wykonawczych. Konsorcja bankowe i ubezpieczeniowe, mimo pewnych podobieństw funkcjonalnych, są jednak odrębnymi konstrukcjami prawnymi, regulowanymi częściowo w odpowiednich aktach prawnych⁴.

Pojęcie konsorcjum przez długi czas nie występowało w języku prawnym⁵, choć jednocześnie dość często używano go w doktrynie i orzecznictwie dla opisywania umów zawieranych przez przedsiębiorców dla łącznej realizacji zadań

¹ Ustawa Prawo zamówień publicznych z 11.09.2019, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129. Przepis ten utrzymał regułę, która występowała w art. 23 nieobowiązującej już ustawy Prawo zamówień publicznych z 29.01.2004 r.

² Co do istoty umów nienazwanych zob. **W.J. Katner**, w: **W.J. Katner** (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, Warszawa 2018, s. 11–25.

³ Co do konsorcjów w innych państwach zob. **E. Juchniewicz, J. Kruczalak-Jankowska, D. Maśniak** (red.), *Consortia in Central and Eastern Europe*, Gdańsk 2019.

⁴ Co do konsorcjum bankowego por. art. 73 ustawy z 29.08.1997 r. Prawo bankowe, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896, w przypadku ubezpieczeń utworzenie konsorcjum może być związane z koasekuracją, którą definiuje art. 3 ust. 1 pkt 15 ustawy z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1130.

⁵ Pierwszym aktem prawnym, w którym wprost użyto tego pojęcia, była nieobowiązująca już ustawa o zasadach finansowania nauki z 2010 r.

gospodarczych⁶. Jako „konsorcjum” opisuje się od lat zwłaszcza porozumienia osób występujących o zamówienie publiczne, o których mówi art. 58 ustawy Prawo zamówień publicznych⁷. Zgodnie z tym przepisem przedsiębiorcy mogą wspólnie ubiegać się o zamówienie publiczne. Dla wspólnego ubiegania się o zamówienie konieczne jest rzecz jasna zawarcie jakiegoś porozumienia, regulującego prawa i obowiązki uczestników postępowania i właśnie takie porozumienie niejednokrotnie określa się mianem konsorcjum.

Skąpa regulacja prawna nie odzwierciedla gospodarczego znaczenia konsorcjum, niezbyt bogate jest także piśmiennictwo dotyczące tej konstrukcji prawnej⁸. Umowa konsorcjum jest jednak przedmiotem orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów niższych instancji, które poświęciły tej formie prawnej prowadzenia działalności gospodarczej wiele orzeczeń, a które rzecz jasna będą wykorzystane w niniejszej pracy.

Ze względu na bardzo złożoną problematykę konsorcjum i bardzo rozległy obszar badawczy, dotyczący tej umowy, niniejszy artykuł może być traktowany jako wstęp do szerszej dyskusji nad istotą omawianej tu konstrukcji prawnej.

2. Konsorcjum a spółka cywilna

W związku z tym, że cechą charakterystyczną konsorcjum, wskazywaną przez akty prawne będące oparciem dla tej konstrukcji, jest wspólne działanie jego uczestników dla osiągnięcia celu o charakterze gospodarczym, naturalne jest kojarzenie konsorcjum z umową spółki. Brak podmiotowości prawnej konsorcjum powoduje, że jedyną spółką, z którą można porównywać tę konstrukcję, jest spółka uregulowana w art. 860 i nast. k.c., czyli spółka cywilna. Szeroka

⁶ Pierwszą obszerniejszą wypowiedzią na temat konsorcjum w polskiej doktrynie jest praca **L. Steckiego**, *Konsorcjum*, Toruń 1997. Autor dochodzi w niej do wniosku, że konsorcjum jest w swojej istocie po prostu spółką cywilną. Z nowszych prac: **K. Muchowska-Zwara**, *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015.

⁷ Ustawa nie posługuje się pojęciem „konsorcjum”, lecz zarówno w literaturze, jak i w orzecznictwie uznaje się, że takie wspólne działanie występujących o zamówienie publiczne przyjmuje zwykle charakter prawny konsorcjum, por. np. **I. Skubiszak-Kalinowska**, **E. Wiktorowska**, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23 uzp., LEX 2017, teza 1*, wyrok SN z 9.07.2015 r., I CSK 353/14, postanowienie SN z 6.03.2015 r., III CZP 113/14.

⁸ Oprócz wspomnianej wcześniej pracy **L. Steckiego** szersze uwagi dotyczące konsorcjum por. **A. Opalski**, *Umowa konsorcjum*, w: **W.J. Katner** (red.), *System Prawa prywatnego*, t. 9, Warszawa 2016, s. 1044; **A. Herbet**, *Spółka cywilna*, w: **A. Szajkowski** (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, Warszawa 2008, s. 603.

definicja tej spółki określa, że przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. Takie ujęcie elementów przedmiotowo istotnych spółki cywilnej pozwala na zakładanie tego typu spółek dla realizacji najróżniejszych celów gospodarczych, w tym także polegających na realizacji pojedynczego zadania, jak to ma miejsce w przypadku realizacji zamówienia publicznego, udzielenia kredytu lub zawarcia umowy ubezpieczenia w układzie podmiotowym koasekuracji. Co więcej, współdziałanie wspólników dla realizacji wspólnego celu może polegać na innym działaniu niż wniesienie wkładów. Może to być choćby podział działań zmierzających do zawarcia umowy w ramach zamówienia publicznego. Z tego względu wielu autorów utożsamia konsorcjum ze spółką cywilną, uznając jedynie, że jest to spółka celowa, oparta na wspólnocie interesów wspólników, a nie na wniesieniu wkładów⁹. Sama nazwa „konsorcjum” nie ma znaczenia dla oceny charakteru prawnego tej konstrukcji ze względu na dyrektywy wykładni zawarte w art. 65 § 2 k.c., zgodnie z którymi dosłowne brzmienie umowy nie ma decydującego znaczenia przy tłumaczeniu oświadczeń woli. Jeśli strony zawarły umowę, której istotą jest wspólne działanie dla osiągnięcia wskazanego celu gospodarczego, oznacza to zawarcie umowy spółki cywilnej, nawet gdy strony nazwały ją „konsorcjum”¹⁰.

Z zasad wykładni oświadczeń woli można wyprowadzić jednakże mocny argument dla poglądu negującego tożsamość konstrukcji konsorcjum i spółki cywilnej. Umowy konsorcjum, zawierane w kontekście współpracy wskazanej w art. 58 Prawa zamówień publicznych, z reguły powstają właśnie dlatego, że przedsiębiorcy wspólnie realizujący zadanie publiczne zdecydowanie chcą uniknąć formy prawnej spółki cywilnej. Jest tak z wielu powodów. Jako najważniejsze należy tu wymienić: brak woli związania się w sposób trwały z pozostałymi konsorcjantami, odejście od zasad zarządzania i reprezentacji spółki cywilnej (art. 865 i 866 k.c.), zapewnienie trwałości konsorcjum poprzez brak możliwości wypowiedzenia umowy (art. 869 i 870 k.c.), brak woli utworzenia majątku wspólnego objętego współwłasnością łączną (art. 863 k.c.). Konsorcjum nie przewiduje także z reguły żadnego podziału zysku pomiędzy konsorcjantami. W przeciwieństwie do spółki każdy z uczestników konsorcjum otrzymuje wynagrodzenie za swoją część prac, które to wynagrodzenie nie jest zyskiem z uczestnictwa w konsorcjum, lecz zapłatą za prace wykonane samodzielnie na

⁹ S. Włodyka, *Prawo spółek*, Kraków 1996, s. 98.

¹⁰ J. Lic, *Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej*, Warszawa 2013, s. 385.

rzecz zamawiającego. Wola konsorcjantów jest w tym zakresie jednoznaczna: współpraca ma się odbywać w oparciu o zasady inne niż te przyjęte dla spółki cywilnej.

Mniejsze znaczenie ma kwestia odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania wynikające z działalności spółki cywilnej (art. 864 k.c.). Za zobowiązania wynikające z działań konsorcjum i tak zwykle uczestnicy odpowiadają solidarnie, co wynikać będzie z wymagań stawianych przez zamawiającego albo wprost z ustawy¹¹.

Powyższe pozwala na przyjęcie, że mamy do czynienia z pewnym paradoksem. Treść umowy konsorcjum sprowadzona do elementów podstawowych: realizacja wspólnego celu poprzez współdziałanie uczestników wypełnia elementy definicyjne spółki cywilnej z art. 860 k.c. Z drugiej jednak strony, uczestnicy konsorcjum odrzucają możliwość utworzenia takiej spółki, odrzucając istotne i obligatoryjne, choć znajdujące się poza katalogiem elementów przedmiotowo istotnych, elementy konstrukcyjne spółki cywilnej.

Wola uczestników konsorcjum jest niejednokrotnie podkreślana poprzez zamieszczenie zwrotu, zgodnie z którym zawierana umowa nie jest umową spółki w rozumieniu art. 860 i nast. k.c. Trzeba w tym miejscu uznać, że wola stron jest nie tylko wyrażona jednoznacznie, ale także ma swoje uzasadnienie. Chodzi o stworzenie struktury służącej realizacji pewnego zadania, ale zbudowanej inaczej niż spółka cywilna. Nie można oczywiście wykluczyć istnienia konsorcjów, które są spółkami cywilnymi. Stanie się tak wtedy, gdy mimo nadania odmiennej nazwy umowie będzie ona posiadać wszelkie cechy spółki cywilnej, a wola nadania odmiennego charakteru prawnego wzajemnym powiązaniom nie będzie oczywista. Pojawia się jednak pytanie, czy jest prawnie dopuszczalne zaakceptowanie takiego swoistego *manifestum contra factum proporium* – i zawarcie umowy posiadającej elementy przedmiotowo istotne spółki cywilnej, lecz z woli uczestników niebędącej taką spółką.

3. Dopuszczalność stworzenia konsorcjum niebędącego spółką cywilną w świetle zasady swobody umów

Zgodnie z zasadą swobody umów strony mogą ukształtować łączący je stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku prawnego, ustawie ani zasadom współżycia

¹¹ Solidarną odpowiedzialność wykonawców przewiduje art. 445 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

społecznego. Pojawia się pytanie, czy umowa konsorcjum przewidująca wspólną realizację pewnego zadania gospodarczego mieści się w tak zarysowanych ramach swobody umów. Wątpliwości, jak się wydaje, budzi zwłaszcza sprzeczność z naturą stosunku prawnego, w związku z podobieństwem do konstrukcji spółki cywilnej. Ujmując rzecz inaczej: czy można, korzystając z zasady swobody umów, zbudować strukturę służącą realizacji wspólnego celu gospodarczego, która jednak nie będzie spółką cywilną (ani tym bardziej żadną ze spółek prawa handlowego).

Budowanie samodzielnej konstrukcji prawnej konsorcjum nie miałoby żadnego sensu, jeśli byłoby możliwe takie zmodyfikowanie konstrukcji spółki cywilnej, by zaspokoila ona potrzeby gospodarcze uczestników porozumienia konsorcjalnego. Jak się wydaje nie jest to jednak możliwe. Cechą niezwykłą spółki cywilnej jest bowiem wspólnota majątkowa, która powstaje w wyniku zawarcia tej umowy¹². Majątek spółki cywilnej jest objęty współwłasnością łączną i co do zasady pozostaje niepodzielny do momentu rozwiązania spółki. Wyjątkiem od tej zasady jest jedynie możliwość okresowego podziału zysku pomiędzy wspólników. Bez znaczenia dla istnienia majątku spółki cywilnej jest to, czy w chwili jej tworzenia wspólnicy wnoszą wkłady. Na majątek spółki złożą się bowiem wszystko to, co uzyska ona w toku swojej działalności. W przypadku konsorcjum wykonawczego byłyby to w pierwszej kolejności wierzytelności związane z wykonywanym zamówieniem. Jak już jednak wcześniej zaznaczono, taka konsekwencja prawna powstania spółki cywilnej jest z reguły nie do zaakceptowania przez konsorcjantów. Płatności dokonywane przez zamawiającego powinny bowiem trafić do tych uczestników umowy, którzy wykonywali objęte płatnościami prace, nie stanowią natomiast żadnego „majątku konsorcjum” lub „zysku konsorcjum”, który następnie mógłby być dzielony pomiędzy jego uczestników.

Współwłasność łączna majątku spółki cywilnej wymusza z kolei zasady zarządzania spółką¹³. W spółce opartej na współwłasności łącznej każdy ze wspólników dysponuje pełnią praw – a więc decyzje dotyczące tej współwłasności muszą zapadać jednomyślnie. Ze względu na to, że cel spółki jest gospodarczy, trudno sobie wyobrazić decyzje, które nie dotyczyłyby majątku spółki, czyli takie, które z woli wspólników mogłyby być podejmowane większością głosów¹⁴.

¹² J. Lic, *Spółka cywilna*, s. 504.

¹³ *Ibidem*, s. 520–523 uznaje wręcz, że charakter majątku spółki przemawia za jej podmiotowością prawną. Jest to pogląd odosobniony.

¹⁴ Pomijam tu szczegółowe zagadnienia dotyczące prowadzenia spraw spółki cywilnej, ograniczając się do prezentacji istoty tego mechanizmu.

Z kolei w przypadku konsorcjum wiele decyzji związanych z prowadzeniem jego spraw podejmowanych jest w związku z kolejnymi etapami wykonywania zamówienia i nie wymaga zgody lub nawet udziału konsorcjantów, którzy danym etapem nie są zainteresowani. Może tak być zwłaszcza wtedy, gdy jeden z uczestników konsorcjum zrealizował swoją część prac, otrzymał wynagrodzenie i nie jest w żaden sposób zainteresowany uczestniczeniem w dalszej działalności. Z tego względu umowy konsorcjum przewidują występowanie „lidera konsorcjum” jako tego uczestnika, który koordynuje działania, podejmuje bieżące decyzje oraz reprezentuje konsorcjum na zewnątrz¹⁵.

Wskazane wyżej cechy stosunku prawnego spółki cywilnej, stanowiące konsekwencje jej natury, pozostają w zdecydowanej sprzeczności z potrzebami uczestników konsorcjum. Konsorcjum wymaga sprawnego i elastycznego zarządzania, a podejmowanie decyzji jednomyślnie może oznaczać paraliż decyzyjny takiej struktury. Uczestnicy konsorcjum oczekują także bieżącego regulowania wszelkich należności za wykonywane przez nich w ramach konsorcjum zadania. Świadczenia te nie mają charakteru udziału w zysku, lecz stanowią zapłatę za samodzielnie wykonywane przez uczestników prace. Podział wynagrodzenia uzyskanego od zamawiającego ma następować na bieżąco, a nie w jakichś sztywno określonych okresach, związanych z podziałem zysku. Konsorcjum jako takie zresztą z reguły nie osiąga własnego zysku, lecz jedynie przychód dzielony zgodnie z porozumieniem pomiędzy uczestników w związku z realizacją kolejnych etapów zamówienia. Konsorcjant liczy na zapłatę po realizacji własnych zadań, a nie na koniec funkcjonowania konsorcjum czy na koniec roku obrachunkowego. Nie jest to dla niego zysk do podziału – lecz zapłata za wykonaną pracę, zbliżona swoim charakterem do świadczenia należnego podwykonawcy¹⁶.

W przypadku konsorcjów, w których poszczególni uczestnicy realizują kolejne etapy zamówienia, dla konsorcjantów, którzy zakończyli swoje zadania, dalsza realizacja umowy nie ma już żadnego znaczenia. O ile w przypadku spółki cywilnej można mówić o przychodach, kosztach i zysku do podziału (co uwzględnia prawo podatkowe, uznając częściową podmiotowość prawną tej spółki), o tyle w przypadku konsorcjum te kategorie dotyczą odrębnie każdego

¹⁵ W Prawie zamówień publicznych ustanowienie takiej osoby przewiduje art. 58 ust. 2, wskazując, że jest to pełnomocnik pozostałych wykonawców.

¹⁶ Samodzielnym zagadnieniem, nieporuszonym w tej pracy, jest odróżnienie konsorcjum od podwykonawstwa. W niektórych konstrukcjach, zwłaszcza przy silnej pozycji lidera konsorcjum, odróżnienie obu konstrukcji może być trudne.

z konsorcjantów, który ma własne przychody, koszty i zyski niezajdujące odzwierciedlenia w wyniku finansowym konsorcjum.

Powyższe uwagi pozwalają na przyjęcie, że utworzenie spółki cywilnej, która zaspokajałaby potrzeby konsorcjum w wielu przypadkach, będzie niemożliwe. Wymagałoby bowiem odejścia od konstrukcji współwłasności łącznej, co byłoby sprzeczne z naturą stosunku prawnego spółki cywilnej (a zapewne też z prawem, ze względu na treść art. 861–863 i 875 § 1 k.c.).

Prowadzi to do wniosku, że tworząc konsorcjum, strony dążą do zawarcia umowy o współdziałaniu, która jest odmienna od konstrukcji spółki cywilnej. Tworzenie takich umów nie jest zabronione przez prawo, a fakt, że ustawodawca wprowadził do języka prawnego pojęcie konsorcjum sugeruje, że dopuszcza on istnienie takiej formy współpracy.

4. Konsorcjum w orzecznictwie sądowym

Trzeba tu także wskazać na to, że SN w swoim orzecznictwie konsekwentnie uznaje możliwość istnienia umów o współpracy, które nie są spółkami cywilnymi i do których nie stosuje się przepisów o spółce cywilnej. Za cechy konstytutywne takiej umowy uznaje się brak majątku wspólnego oraz duży zakres swobody i niezależności uczestników. Jako charakterystyczny dla linii orzeczniczej SN w tym względzie należy przytoczyć fragment uzasadnienia postanowienia z 6 marca 2015 r.¹⁷: „Konsorcjum należy do tych organizacji przedsiębiorców, ukształtowanych w praktyce obrotu, które zawiązywane są dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, ale nie stanowią odrębnych podmiotów prawa i nie mają osobowości prawnej [...] podstawą ich powołania jest umowa o wspólne działanie (tzw. konsorcjalna), przy zawieraniu której strony w szerokim zakresie, uwzględniając indywidualne potrzeby oraz charakter przedsięwzięcia, korzystają ze swobody kontraktowej i nie są związane wymogiem zachowania jednolitej formy organizacyjno-prawnej (art. 353¹ k.c.) [...]”. I dalej: „(Konsorcjum) Może [...] stanowić podtyp spółki cywilnej lub być spółką cywilną, gdy w danym wypadku występują jej przedmiotowo istotne elementy, albo mieć charakter samodzielny, za czym przemawiałyby zwłaszcza brak majątku wspólnego, więzi organizacyjnych oraz tymczasowy charakter współpracy [...]”.

Dopuszczalność tworzenia umów o współpracy gospodarczej, które nie będą spółkami cywilnymi, można uznać za pogląd utrwalony w orzecznictwie

¹⁷ Postanowienie SN z 6.03.2015 r., III CZP 113/14, LEX 1733674.

SN. Jednakże Sąd Najwyższy podkreśla stanowczo konieczność jednostkowego badania treści tego typu umowy, zwłaszcza pod kątem ustalenia, czy ostatecznie nie jest to jednak spółka cywilna¹⁸.

5. Charakter prawny umowy konsorcjum

Poniżej zostaną wskazane jedynie niektóre cechy umowy konsorcjum, te, które należy uznać za najważniejsze dla uzasadnienia samodzielności tej konstrukcji prawnej wobec umowy spółki cywilnej. Pominięte zostaną więc te cechy, które nie stanowią o odrębności konsorcjum wobec spółki cywilnej.

5.1. Umowa nienazwana

Umowa konsorcjum jest umową nienazwaną. Mimo użycia zwrotu „konsorcjum” w kilku aktach prawnych¹⁹ nie zdecydowano się na zdefiniowanie tej umowy poprzez określenie jej elementów przedmiotowo istotnych. Jest to niewątpliwie słuszne, ponieważ trudno byłoby już dzisiaj wskazać na ewentualne elementy typowe tej umowy. Jak się wydaje, najwłaściwsze jest dalsze obserwowanie praktyki funkcjonowania konsorcjów (zarówno w praktyce obrotu, jak i w orzecznictwie), tak by z biegiem czasu odtworzyć pewien powtarzalny schemat, będący wyrazem powtarzających się potrzeb ekonomicznych uczestników obrotu. Podobnie swego czasu ustawodawca uczynił z umową leasingu, która dopiero po latach funkcjonowania w charakterze umowy nienazwanej doczekała się swojej konkretyzacji w k.c.²⁰

5.2. Umowa zobowiązująca

Charakter zobowiązania stron wynika z charakteru wspólnego przedsięwzięcia. Konsorcjum powstaje z reguły dla realizacji celu, który jest niemożliwy do zrealizowania przez pojedynczego konsorcjanta. Dopiero ich łączne możliwości,

¹⁸ Można tu odesłać choćby do orzeczeń: I CSK 14/18 z 16.05.2018 r., LEX 2488076; II CSK 562/17 z 6.07.2018 r., LEX 2518909; II CSK 710/18 z 16.10.2019 r., LEX 2729314.

¹⁹ Można tu wskazać zwłaszcza: art. 73 ustawy z 26.08.1997 r. Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896) art. 15b ustawy z 27.04.2006 r. o spółdzielniach socjalnych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2085) art. 132a ustawy z 27.08.2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1285).

²⁰ Na konieczność rozważnego typizowania umów nienazwanych wskazuje, na przykładzie leasingu, **W.J. Katner**, *Umowy nienazwane*, s. 18–20.

umiejętności, doświadczenia wzajemnie się uzupełniają i pozwalają na wykonanie zamówienia²¹. Strony umowy dążą do osiągnięcia celu poprzez realizację swoich zobowiązań o komplementarnym, a nie łącznym charakterze. Każdy z konsorcjantów realizuje własny cel, a osiągnięcie celu ostatecznego konsorcjum jest możliwe tylko przy równoczesnym zaangażowaniu pozostałych. Działania mają charakter komplementarny, a nie wspólny. To odróżnia tę umowę od spółki cywilnej (a także od spółek prawa handlowego), w której zobowiązanie wspólnika dotyczy wspólnej realizacji celu, który dla każdej ze stron umowy spółki jest ten sam. Oczywiście, także i w spółce cywilnej może zdarzyć się pewien podział ról pomiędzy wspólnikami, ale w przypadku konsorcjum jest on regułą.

Zobowiązanie konsorcjantów ma zwykle charakter jednorazowy, realizuje ono bowiem jedno konkretne zadanie, wynikające z zamówienia. W przypadku spółek, choć mogą one powstawać także okazjonalnie jako spółki celowe, zwykle jednak chodzi o działania trwałe, bez wskazania ich granic czasowych. Trzeba zresztą zaznaczyć, że spółki cywilne o charakterze celowym, chociaż powszechnie dopuszczane w doktrynie – w praktyce obrotu zdarzają się bardzo rzadko. Sposób realizacji celu może w przypadku spółki cywilnej się zmieniać, choćby poprzez zmianę przedmiotu przedsięwzięcia spółki – w przypadku konsorcjum jest to zazwyczaj niemożliwe, ponieważ powstaje ono dla realizacji konkretnego zadania, wynikającego z umowy zawartej z zamawiającym.

Umowa konsorcjum nie ma charakteru rozporządzającego, ponieważ w przeciwieństwie do spółki cywilnej nie tworzy się odrębnej masy majątkowej, objętej współwłasnością łączną. Wskazuje na to zwłaszcza praktyka dokonywania rozliczeń w konsorcjach. Płatności dokonywane przez zamawiającego na rzecz konsorcjum nie wchodzą w skład majątku wspólnego konsorcjantów i nie są dzielone tak jak zysk w spółce (choćby na zasadach wskazanych w art. 868 k.c.), lecz są wypłacane tym spośród konsorcjantów, którzy wykonywali rozliczane prace. Inne składniki majątkowe konsorcjum, jeśli w ogóle będą istniały, mają raczej drugorzędne znaczenie, służąc ewentualnie technicznemu zabezpieczeniu jego działalności (np. wspólne biuro, obsługa techniczna itp.).

Ze względu na brak cech spółki, ze stosunku prawnego konsorcjum nie wynika prawo ani obowiązek prowadzenia spraw konsorcjum. Zwykle czynności te są powierzane jednemu z uczestników konsorcjum, określanego

²¹ Na niedopuszczalność stawiania wymagań przetargowych wobec wszystkich uczestników konsorcjum z osobna, lecz tylko wobec konsorcjum jako całości zwraca się uwagę w orzecznictwie por. wyrok NSA z 9.12.2016 r. II GSK 2695/16, LEX 2237909.

„liderem konsorcjum”, na zasadzie pełnomocnictwa. Podejmowanie decyzji w sprawach przekraczających kompetencje lidera powinno wynikać z treści umowy konsorcjum.

5.3. Umowa kauzalna

Kauzalność umowy konsorcjum należy wywodzić z generalnej zasady kauzalności czynności prawnych w prawie polskim²². Należy oczywiście zdawać sobie sprawę z tego, że zasada kauzalności nie ma umocowania ustawowego i jest raczej pewnym postulatem doktrynalnym. Niemniej, trudno sobie wyobrazić abstrakcyjną czynność prawną konsorcjum, co wynika z jego celu nakierowanego na osiągnięcie pewnego z góry ustalonego efektu gospodarczego. Istnienie takiej typowej, przeciętnej przyczyny zawarcia umowy konsorcjum pozwala na wstępne ustalenie jej kauzalnego charakteru.

Causa umowy konsorcjum będzie miała charakter *obligandi vel aquirendi*, w postaci charakterystycznej *causa societatis*, podobnej do *causa* stanowiącej podstawę zawarcia umowy spółki cywilnej²³. Konsorcjum zawiązuje się bowiem nie tylko po to, by zobowiązać pozostałe strony umowy, lecz także, by wytworzyć pewną wspólnotę wokół zadania, które mają zrealizować strony. Niezależnie od tego, że konsorcjum nie jest podmiotem prawa, należy jednak uznać, że tworzy ono pewną strukturę organizacyjną, nieposiadającą zdolności prawnej.

Wspólnota leżąca u podstawy *causa societatis* charakterystycznej dla konsorcjum przejawia się w:

- konieczności koordynacji działań poszczególnych konsorcjantów;
- konieczności wspólnego występowania wobec zamawiającego lub innych podmiotów nienależących do konsorcjum;
- odpowiedzialności solidarnej za zobowiązania wynikłe z funkcjonowania konsorcjum. Trzeba jednak tu wskazać, że solidarność ta wynika nie z natury stosunku, lecz jest wprowadzana bądź przepisem ustawy (np. art. 445 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych), bądź wynika z odpowiedniego postanowienia umowy zawartej z zamawiającym.
- możliwości dochodzenia roszczeń z tytułu działań samego konsorcjum (np. za wykonane roboty dodatkowe).

²² Co do reguły kauzalności por. **Z. Radwański**, *Rodzaje czynności prawnych*, w: **Z. Radwański** (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2002, s. 245–260.

²³ **A. Herbet**, *Spółka cywilna...*, s. 526.

Causa societatis, choć podobna do *causa* spółki handlowej lub spółki cywilnej, jest jednak w tym przypadku odmienna, wykazując inne przyczyny i cele współpracy niż w przypadku spółek.

Należy w tym miejscu zaznaczyć, że wskazane wyżej przyczyny utworzenia struktury organizacyjnej w postaci konsorcjum wymagają starannego przemyślenia jego struktury i wzajemnych obowiązków. Nie do przecenienia jest tu pozycja lidera konsorcjum oraz zakresu przekazanych mu uprawnień do zarządzania konsorcjum i reprezentacji jego członków.

5.4. Wzajemność i odpłatność konsorcjum

Wzajemność umów tworzących wszelkiego rodzaju struktury organizacyjne jest kwestią dyskusyjną²⁴. O ile trafny wydaje się pogląd, zgodnie z którym w przypadku umowy spółki trudno mówić o wzajemności między współnikami, jako że poprzez zawarcie umowy zobowiązują się oni raczej wobec spółki, a nie wobec siebie nawzajem, o tyle inaczej może wyglądać sytuacja umowy, która nie tworzy żadnego podmiotu. W przeciwieństwie do umowy spółki cywilnej umowa konsorcjum jest bardziej nakierowana na skoordynowanie działań poszczególnych konsorcjantów – niż na osiągnięcie celu zewnętrznego. Przystępują oni do konsorcjum, ponieważ pozostali uczestnicy uzupełniają ich możliwości działania. Wzajemność będzie tu o tyle widoczna, że bez udziału któregokolwiek z uczestników cel konsorcjum nie może być osiągnięty. Taki charakter współdziałania wskazuje na pewne cechy wzajemności konsorcjum, widoczne wyraźniej niż w przypadku umowy spółki. Inną kwestią jest możliwość stosowania wobec umowy konsorcjum przepisów księgi trzeciej k.c. o umowach wzajemnych, co, podobnie jak w przypadku spółki cywilnej, wydaje się wątpliwe. Przyczyna jest tu dość oczywista: wspomniane przepisy nie były konstruowane z myślą o umowach tworzących struktury organizacyjne, lecz z myślą o innych umowach zobowiązaniowych.

Umowa konsorcjum nie jest umową odpłatną, mimo że realizacja zadania zamierzonego przez konsorcjum przynosi korzyść każdemu z konsorcjantów. Otrzymują oni pewną część wynagrodzenia płaconego przez zamawiającego, proporcjonalnie do swojego udziału w spełnieniu świadczenia oraz zgodnie z zasadami określonymi w umowie konsorcjum. Celem działania konsorcjum jest realizacja zamówienia – za co konsorcjum otrzyma wynagrodzenie płatne

²⁴ Co do wzajemności umowy spółki por. **M. Romanowski**, *Umowa spółki*, w: **A. Szajkowski** (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, Warszawa 2008, s. 129 i powołana tam literatura.

każdemu z jego uczestników, zgodnie z treścią umowy konsorcjum. Wynagrodzenie nie wynika jednak z umowy konsorcjum, lecz z umowy o wykonanie zamówienia zawartej z zamawiającym.

Niekiedy wynagrodzenie jest przewidywane za samo uczestnictwo w konsorcjum, zwłaszcza wtedy gdy udział konkretnego podmiotu jako konsorcjanta ma kluczowe znaczenie dla funkcjonowania lub powodzenia konsorcjum. Jest tak zwłaszcza wtedy gdy jeden z konsorcjantów posiada szczególne właściwości lub doświadczenie wymagane przez zamawiającego, choć jego udział w realizacji zamówienia będzie ostatecznie znikomy. W takim przypadku umowa będzie miała charakter odpłatny wobec tego uczestnika.

6. Podsumowanie

Umowa konsorcjum to umowa o współpracy gospodarczej, ale niekreująca nowego podmiotu. Posiada ona cechy zbliżone do spółki cywilnej, lecz z woli uczestników nie jest taką spółką. Trzeba ją także odróżnić od umowy o podwykonawstwo ze względu na równorzędny charakter podmiotów. Jej odrębność od spółki cywilnej jest spowodowana historycznie tym, że ta ostatnia umowa nigdy nie była przewidziana do prowadzenia działalności profesjonalnej²⁵. Odrębność konsorcjum od spółki cywilnej byłoby zresztą dość łatwo uzasadnić, gdyby ustawodawca zdecydował się na ograniczenie roli spółek cywilnych w obrocie profesjonalnym, co było przewidywane podczas tworzenia Kodeksu spółek handlowych²⁶. Gdyby zasada ta została utrzymana, konsorcja, prowadzące zwykle znaczącą działalność gospodarczą, z mocy prawa nie mogłyby być uznane za spółki cywilne. Można uznać, że to właśnie te cechy, które wynikają z nieprofesjonalnego charakteru spółki zbudowanej wokół współwłasności łącznej, skłaniają uczestników obrotu do tworzenia, na potrzeby realizacji działalności gospodarczej – właśnie konsorcjów wykonawczych²⁷.

²⁵ W okresie obowiązywania Kodeksu handlowego wprost wykluczano możliwość podejmowania działalności profesjonalnej w formie spółki cywilnej, podobną, nieudaną, próbę wykluczenia spółki cywilnej z kręgu obrotu profesjonalnego podjęto w 2001 r. w Kodeksie spółek handlowych.

²⁶ Chodzi tu zwłaszcza o art. 26 § 4 ksh, który w pierwotnym brzmieniu przewidywał obowiązek przekształcania spółek cywilnych w spółki jawne, wykluczając możliwość prowadzenia działalności w większym rozmiarze w tej formie prawnej.

²⁷ Można w tym miejscu przypomnieć, że w okresie międzywojennym ustawodawca wyraźnie wykluczył spółkę cywilną z obrotu profesjonalnego, dla którego zastrzeżone były tylko podmioty wskazane w Kodeksie handlowym (było to konsekwencją treści art. 4 § 1 k.h.).

Bibliografia

Akty prawne

- Ustawa z 23.04.1964 r. Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1740.
Ustawa z 29.08.1997 r. Prawo bankowe, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1896.
Ustawa z 15.09.2000 r. Kodeks spółek handlowych, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1526.
Ustawa z 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (nieob.), t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.
Ustawa z 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1285.
Ustawa z 27.04.2006 r. o spółdzielniach socjalnych, t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2085.
Ustawa z 30.04.2010 r. o zasadach finansowania nauki (nieob.), t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 87.
Ustawa z 11.09.2015 r. o działalności ubezpieczeniowej i reasekuracyjnej, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1130.
Ustawa z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129.

Opracowania

- Herbet A.**, *Spółka cywilna*, w: A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, Warszawa 2008, s. 463–749.
Juchniewicz E., Kruczałak-Jankowska J., Maśniak D. (red.), *Consortia in Central and Eastern Europe*, Gdańsk 2019.
Katner W.J., *Umowy nienazwane*, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, Warszawa 2018, s. 6–25.
Lic J., *Spółka cywilna. Problematyka podmiotowości prawnej*, Warszawa 2013.
Muchowska-Zwara K., *Prawne problemy funkcjonowania konsorcjów uczestniczących w obrocie regulowanym przez Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2015.
Opalski A., *Umowa konsorcjum*, w: W.J. Katner (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 9, Warszawa 2016, s. 1189–1201.
Radwański Z., *Rodzaje czynności prawnych*, w: Z. Radwański (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 2, Warszawa 2002, s. 245–303.
Romanowski M., *Umowa spółki*, w: A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 16, Warszawa 2008, s. 85–191.
Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 23 uzp.*, LEX 2017.
Stecki L., *Konsorcjum*, Toruń 1997.
Włodyka S., *Prawo spółek*, Kraków 1996.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 6.03.2015 r., III CZP 113/14, LEX 1733674.
Postanowienie SN z 16.05.2018 r., I CSK 14/18, LEX 2488076.

Zniesienie podziału na struktury organizacyjne profesjonalne i nieprofesjonalne, będące wynikiem uchylecia Kodeksu handlowego, stało się w dużym stopniu przyczyną rozmaitych kłopotów ze spółką cywilną, której praktyczne zastosowanie wyszło daleko poza pierwotne założenia ustawodawcy.

Wyrok NSA z 9.12.2016 r., II GSK 2695/16, LEX 2237909.

Wyrok SN z 9.07.2015 r., I CSK 353/14, LEX 1765999.

Wyrok SN z 6.07.2018 r., II CSK 562/17, LEX 2518909.

Wyrok SN z 16.10.2019 r., II CSK 710/18, LEX 2729314.

Szymon BYCZKO

NOTES ON THE LEGAL NATURE OF THE CONSORTIUM

Abstract

Background: Subject matter of this work is legal nature of consortium contract. This problem is important, as consortium is rather popular in Poland as a form of cooperation between entrepreneurs, but it has no regulation in any legal act (situation is similar in many other legal systems). In our doctrine there are only few works on consortium, but it may be seen as an important problem in several judicial decisions of the Supreme Court of Poland.

Research purpose: The scope of this work is to recognize whether consortium is just a form of civil law partnership or may be treated as a distinct contract of cooperation between entrepreneurs. In case of the latter, it is necessary to explain its legal nature.

Methods: Analyzing the doctrine (not very rich in case of consortium) and court decisions (with stable and precise idea of consortium contract) leads to the conclusion that a consortium is a contract of cooperation, distinct from civil law partnership. It was also necessary to undertake some analysis on the nature of partnership and company in Polish law.

Conclusions: In effect, a consortium should be treated as a form of professional cooperation, with no legal personality and no joint property. Consortium as a contract fulfills different needs of entrepreneurs compared to partnership or company. It differs from civil partnership as members of consortium do not act like partners, but rather act independently and gain their own profits. There are no profits for the whole consortium to be divided between participants. In a consortium, members are usually acting one after the other so it is necessary to appoint one of them as a coordinator, called “leader of the consortium”. The leader acts as an agent for other participants. In Polish law the consortium is a well known and a frequently used legal construction, nonetheless its scheme and models are quite different in different economical situations. It leads to the conclusion that it is still not possible to create any formal regulation for this contract.

Keywords: consortium, civil law partnership, joint property, consortium leader, companies.