

Udział podwykonawców robót budowlanych w zamówieniach publicznych. Część I – postępowanie o udzielenie zamówienia

Zgodnie z Kodeksem cywilnym (KC) zaangażowanie podwykonawców w realizację robót budowlanych wiąże się z zagadnieniem solidarnej odpowiedzialności inwestora i generalnego wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia skutecznie zgłoszonym podwykonawcom, wynikającym z art. 647¹ KC oraz zagadnieniem możliwości żądania gwarancji zapłaty, co wynika z art. 6495. Termin „podwykonawca” nie pojawia się w innych przepisach KC, nie jest również zdefiniowany. Inwestor oraz wykonawca (generalny wykonawca) procesu budowlanego, podlegającego jedynie przepisom KC oraz Prawa budowlanego, angażując podwykonawców spotykają się zatem tylko z tymi dwoma wynikającymi z KC, a dotyczącymi stricte podwykonawców, zagadnieniami. Na skutek nowelizacji z dnia 22 czerwca 2016 r. (Nowelizacja) podwykonawcom dużo więcej uwagi poświęca ustawa Prawo zamówień publicznych. W niniejszym artykule w dużym skrócie przedstawię zagadnienia związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia, które wykonywane będzie przy udziale osób trzecich. W drugiej części artykułu przedstawię prawne aspekty udziału podwykonawców w realizacji zamówienia publicznego.

Ustawa Prawo zamówień publicznych (PZP) zawiera definicję umowy o podwykonawstwo. Zgodnie Art. 2 pkt 9b PZP przez umowę o podwykonawstwo rozumieć należy umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami.

Możliwość zaangażowania podwykonawców w realizację zamówienia publicznego ma znaczenie już na etapie ubiegania się przez wykonawcę o to zamówienie. Zgodnie

z art. 36 pkt 11 PZP, zamawiający ma prawo określić wymagania dotyczące przyszłych, zawieranych przez wykonawcę umów o podwykonawstwo, których przedmiotem są roboty budowlane, a których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu do takiej umowy. Co więcej, zgodnie z art. 36a PZP, zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane. W takiej sytuacji, takie „kluczowe” części zamówienia nie mogą być wykonywane przez podwykonawców. Oczywiście, to zamawiający określa, które części zamówienia uznać należy za kluczowe. Składając ofertę wykonania zamówienia publicznego pamiętać należy również o art. 36b ust. 1 PZP, który stanowi, że już w ofercie należy wskazać części zamówienia, których wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz wskazać firmy (nazwy) podwykonawców. Co ciekawe, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) podkreśla się, że wskazanie na fakt korzystania z podwykonawców jedynie poprzez procentowe określenie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia jest nieprawidłowe. KIO podkreśla, że skoro ustawodawca umożliwił zamawiającemu ingerencję w decyzje wykonawców w zakresie powierzenia prac podwykonawcom, np. wprowadzenie wymogu wykonania przez wykonawcę, któremu zlecono zamówienie, kluczowych części zamówienia czy też podanie szczegółowych informacji o podwykonawcy, to wskazanie jedynie procentowego udziału zamówienia, który ma być powierzony podwykonawcy, czyniłoby uprawnienie zamawiającego iluzorycznym i nieskutecznym (KIO 416/17).

Bardzo istotny jest obowiązek wskazany w art. 25 ust. 5 PZP, który stanowi, że na żądanie zamawiającego wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec takich podwykonawców podstaw wykluczenia z udziału w postę-

powaniu zobowiązany jest złożyć dotyczące podwykonawców dokumenty lub oświadczenia. Podkreślić należy, że żądanie takich dokumentów jest prawem, a nie obowiązkiem zamawiającego, ale to wykonawca musi szczególnie uważnie analizować ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), aby takie życzenie zamawiającego odnotować.

Z zagadnieniem podwykonawstwa powiązane jest również prawo wykonawcy do powoływania się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 22 ust. 4 PZP, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Należy podkreślić, że sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi” jest pojęciem węższym niż „udział” tych podmiotów w realizacji zamówienia. W doktrynie podkreśla się, że wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia, a więc de facto Przepis art. 22a ust. 4 PZP nakłada obowiązek zrealizowania robót budowlanych lub usług przez podmiot udostępniający zasoby, do realizacji których są one wymagane, co potwierdza orzecznictwo KIO, z którego wynika, że powołanie się na udostępnienie przez podmiot trzeci wiedzy i doświadczenia bez udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia, jest jedynie pozornym powołaniem się na potencjał tego podmiotu, a nie realnym. Uznać należy, że zjawisko „handlu referencjami” i fikcyjnego udostępniania potencjału zostało przez Nowelizację poważnie ograniczone, a rola podwykonawców zwiększyła się.

Opisane w niniejszym artykule zagadnienia prawne sprowadzają się w istocie do zwiększenia obowiązków wykonawcy na etapie składania oferty. W kolejnym artykule opiszę zakres czynności oraz ograniczeń spoczywających na wykonawcy na etapie wykonywania zamówienia publicznego wynikających z faktu zaangażowania podwykonawcy.

Marcin Żak

Radca prawny

Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy Sp.k.