

BIBLIOTEČKA
ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH

eBOOK

PRAWO ZAMÓWIEN PUBLICZNYCH

Z KOMENTARZEM DO NOWELIZACJI

Stan prawny na 16 kwietnia 2014 r.

przygotowanym przez ekspertów

D.DOBKOWSKI sp.k.

Kancelaria Prawna stowarzyszona z KPMG w Polsce



Autorzy komentarzy:

Mikołaj Zdyb, radca prawny w kancelarii prawnej D. Dobkowski sp.k. stowarzyszonej z KPMG w Polsce

Anna Zawadzka, radca prawny w kancelarii prawnej D. Dobkowski sp.k. stowarzyszonej z KPMG w Polsce

Redaktor prowadzący:

Urszula Wróblewska

Wydawca:

Katarzyna Czech

Korekta:

Zespół

Projekt okładki:

Piotr Fedorczyk

ISBN: 978-83-269-3105-5

Copyright by Wydawnictwo Wiedza i Praktyka sp. z o.o., Warszawa 2014

Wydawnictwo Wiedza i Praktyka sp. z o.o.

tel. 22 518 29 29, faks 22 617 60 10

e-mail: zamowieniapubliczne@wip.pl

Skład i łamanie:

Raster studio, Norbert Bogajczyk

Publikacja "Prawo zamówień publicznych z komentarzem ekspertów kancelarii prawnej D. Dobkowski sp. k. stowarzyszonej z KPMG w Polsce" wraz z przysługującym Czytelnikom innymi elementami dostępnymi w subskrypcji (e-letter, strona www i inne) są chronione prawem autorskim. Przedruk materiałów opublikowanych w publikacji – bez zgody wydawcy – jest zabroniony. Zakaz nie dotyczy cytowania publikacji z powołaniem się na źródło.

Niniejsza publikacja została przygotowana przez ekspertów Kancelarii Prawnej D. Dobkowski sp. k. stowarzyszonej z KPMG w Polsce. Przy przygotowaniu publikacji Kancelaria Prawna D. Dobkowski sp. k. dołożyła wszelkich starań, aby uwzględniła ona najnowsze zmiany w prawie, a informacje w niej zawarte zostały przekazane w sposób jak najbardziej zrozumiały dla Czytelnika. Niemniej jednak, niniejsza publikacja zawiera wyłącznie interpretację przepisów autorów publikacji, która może różnić się od interpretacji innych podmiotów lub organów. Poglądy i opinie zawarte w publikacji nie stanowią wiążącej interpretacji przepisów, jak również nie mogą być one traktowane, jako rekomendacje lub porady prawne ze strony Kancelarii Prawnej D. Dobkowski sp. k. lub osobiście ze strony autorów publikacji. Ponadto, interpretacje i przykłady zawarte w publikacji mają charakter wyłącznie teoretyczny i dotyczą sytuacji modelowych i w związku z tym nie należy się na nich opierać przy podejmowaniu decyzji w indywidualnych sprawach, lecz w każdym przypadku należy przeprowadzić indywidualną analizę prawną okoliczności danej sprawy. Publikowane informacje nie zawierają również oficjalnego stanowiska organów władzy publicznej, ani nie zostały z nimi w żaden sposób uzgodnione lub skonsultowane.

Informacje zawarte w niniejszej publikacji mają charakter ogólny i nie odnoszą się do sytuacji konkretnego podmiotu. Ze względu na dynamikę zmian zachodzących w polskim prawodawstwie prosimy o upewnienie się w dniu zapoznania się z niniejszą publikacją, czy informacje w niej zawarte są wciąż aktualne. Zaproponowane w publikacji wskazówki, porady i interpretacje nie mają charakteru porady prawnej. Ich zastosowanie w konkretnym przypadku może wymagać dodatkowych, pogłębionych konsultacji z prawnikiem w oparciu o istniejący stan faktyczny. W związku z powyższym, Kancelaria Prawna D. Dobkowski sp. k., ani osobiście autorzy publikacji, nie ponoszą jakiegokolwiek odpowiedzialności za ewentualną szkodę powstałą na skutek podjęcia przez Czytelnika, w oparciu o elementy niniejszej publikacji, jakiegokolwiek decyzji mogącej rodzić skutki prawne, lub na skutek wykorzystania przez Czytelnika informacji zawartych w publikacji w jakikolwiek inny sposób.

Wszelkie roszczenia wobec Kancelarii Prawnej D. Dobkowski sp. k. lub jej następców prawnych lub wobec autorów publikacji, dotyczące ewentualnych szkód poniesionych w wyniku wykorzystania jakichkolwiek elementów niniejszej publikacji nie będą uwzględniane.

Publikacja zawiera aktualny stan prawny na 16 kwietnia 2014 r.

Spis treści

Komentarz do ustawy z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych

Wstęp	6
1. Wprowadzenie definicji umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp)	6
2. Rozszerzenie zakresu informacji zamieszczanych w SIWZ (art. 36 ust. 2 pkt 10–12 ustawy Pzp)	8
3. Ogólne zasady dotyczące podwykonawstwa (art. 36a ustawy Pzp)	9
4. Uprawnienia zamawiającego w zakresie obowiązków informacyjnych wykonawcy dotyczących podwykonawstwa (art. 36b ustawy Pzp)	11
5. Podwykonawstwo przy robotach budowlanych o terminie wykonania dłuższym niż 12 miesięcy (art. 143a ustawy Pzp)	11
5.1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidująca wypłatę wynagrodzenia wykonawcy w ratach	12
5.2. Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidująca wypłatę wynagrodzenia wykonawcy jednorazowo po wykonaniu całości robót budowlanych	13
6. Akceptacja i przedkładanie zamawiającemu umów o podwykonawstwo w zakresie zamówień na roboty budowlane (art. 143b ustawy Pzp)	14
6.1. Umowy o podwykonawstwo przy zamówieniach na roboty budowlane, których przedmiotem są roboty budowlane	14
6.2. Umowy o podwykonawstwo dotyczące zamówień na roboty budowlane, których przedmiotem są dostawy lub usługi	17
7. Dokonanie bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy przez zamawiającego (art. 143c ustawy Pzp)	18
7.1. Przesłanki bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy	19
7.2. Procedura poprzedzająca decyzję o dokonaniu bezpośredniej zapłaty	20
7.3. Konsekwencje dokonania bezpośredniej zapłaty	21



7.4. Prawo odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego	21
7.5. Relacja pomiędzy przepisami ustawy Pzp a przepisami Kc (art. 143c ust. 8 ustawy Pzp)	21
8. Zaliczki na poczet wynagrodzenia za wykonanie zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane (art. 151a ust. 2 pkt 2)	23
9. Wymogi co do postanowień umowy o roboty budowlane (art. 143d ustawy Pzp)	23
10. Przepisy intertemporalne	25

Komentarz do ustawy z 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw

Wstęp	26
1. Rozszerzenie zakresu wyłączeń spod ustawy Pzp (art. 4 ustawy Pzp)	26
1.1. Prace badawcze, prace rozwojowe oraz świadczenie usług badawczych	26
2. Podniesienie tzw. progu bagatelności (art. 4 pkt 8 ustawy Pzp)	27
3. Nowe kategorie wyłączeń spod ustawy Pzp – zamówienia z zakresu działalności naukowej oraz artystycznej (art. 4 pkt 8a i 8b ustawy Pzp)	28
4. Wyjątek od zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia – działalność kulturalna (art. 8 ust. 4 ustawy Pzp)	29
5. Rozszerzenie zakresu stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 1a ustawy Pzp)	30
6. Odbiurokratyzowanie postępowań w trybie z wolnej ręki w przypadku działalności twórczej oraz artystycznej (art. 67 ust. 6 ustawy Pzp)	30
7. Dodatkowa przesłanka unieważnienia postępowania w przypadku zamówień na badania naukowe lub prace rozwojowe (art. 93 ust. 1b ustawy Pzp)	32

Ustawa Prawo zamówień publicznych – tekst ujednolicony, stan prawny na 16 kwietnia 2014 r.	33
---	----



Wykaz skrótów:

- ustawa Pzp** – ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.)
- Nowelizacja** – ustawa z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 1473)
– ustawa z 14 marca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2014 r. poz. 423)
- art.** – artykuł
- Dz.U.** – Dziennik Ustaw
- Dz.U. UE** – Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
- kc** – ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r. poz. 121)
- KIO** – Krajowa Izba Odwoławcza
- nr** – numer
- poz.** – pozycja
- ust.** – ustęp
- Prezes UZP** – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
- SIWZ** – specyfikacja istotnych warunków zamówienia
- UZP** – Urząd Zamówień Publicznych
- z późn. zm.** – z późniejszymi zmianami



KOMENTARZ DO USTAWY Z 8 LISTOPADA 2013 R. O ZMIANIE USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Wstęp

Ustawa z 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych („nowelizacja”) została opublikowana w Dzienniku Ustaw 9 grudnia 2013 r. i weszła w życie 24 grudnia 2013 r.

Nowelizacja obejmuje kompleksową regulację problematyki podwykonawstwa przy realizacji zamówień publicznych i wzmacnia mechanizmy nadzoru nad właściwym wykonywaniem zamówień.

Zamiarem ustawodawcy było zwiększenie poziomu bezpieczeństwa prawidłowej realizacji zamówień publicznych, w tym w szczególności poprzez wprowadzenie rozwiązań, które mają zwiększyć poziom ochrony podwykonawców. Jednym z głównych celów tej nowelizacji jest przeciwdziałanie zjawisku tzw. zatorów płatniczych, czyli opóźnieniu się przez wykonawców z zapłatą należności podwykonawców. To powszechna bolączka podwykonawców i w skrajnych przypadkach prowadzi nawet do ich upadłości.

Ponadto celem uchwalonej 8 listopada 2013 r. nowelizacji jest:

- zapewnienie wyboru wykonawców, którzy mają odpowiedni potencjał do realizacji zamówień,
- ograniczenie ryzyka pojawiania się sporów na etapie realizacji zamówień publicznych,
- zapewnienie odpowiedniej jakości realizacji zamówień publicznych przez powierzanie ich podwykonawcom dającym gwarancję właściwego wykonania podzlecanych robót.

Jedną z zasadniczych zmian legislacyjnych wprowadzonych przez nowelizację jest objęcie zakresem bezpośredniej odpowiedzialności zamawiającego wiarygodności podwykonawców z tytułu umów o podwykonawstwo dostaw lub usług, realizowanych w ramach zamówień na roboty budowlane.

1. Wprowadzenie definicji umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp)

Nowelizacja wprowadza do ustawy Pzp definicję legalną umowy o podwykonawstwo.

Umowa ta charakteryzuje się następującymi cechami:

1) **forma pisemna**



Do zachowania formy pisemnej wystarczy złożenie na dokumencie obejmującym treść umowy własnoręcznych podpisów przez osoby upoważnione do reprezentowania stron lub wymiana pomiędzy stronami dokumentów obejmujących podpisane oświadczenie woli każdej z nich. Za równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej uznaje się oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej, które jest opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu.

Należy uznać, że ustawa Pzp zastrzega formę pisemną jedynie do celów dowodowych, w związku z czym jej niedochowanie nie wiąże się z nieważnością umowy o podwykonawstwo.

2) **odpłatność**

Odpłatność umowy oznacza, że każda ze stron powinna uzyskać określoną korzyść majątkową w związku z realizacją umowy. Nie wystarczy, żeby była to korzyść symboliczna (np. wynagrodzenie wynoszące symboliczne 1 zł), lecz korzyść o realnej wartości.

3) **przedmiot umowy stanowi część zamówienia publicznego**

Poprzez część zamówienia publicznego należy rozumieć wyodrębniony fragment usług, dostaw lub robót budowlanych stanowiących przedmiot zamówienia. Świadczenie objęte umową o podwykonawstwo powinno wchodzić w skład opisu przedmiotu zamówienia lub służyć wykonaniu przedmiotu zamówienia. Wydaje się, że świadczenia, które są jedynie pośrednio powiązane z przedmiotem zamówienia, lecz nie służą realizacji konkretnego zamówienia, nie są objęte zakresem umowy o podwykonawstwo.¹

PRZYKŁAD

W sytuacji gdy przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych:

- dostawa materiałów budowlanych służących do realizacji przez wykonawcę robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia stanowi część zamówienia,
- dostawa usług telekomunikacyjnych związanych z bieżącą obsługą administracyjną biura wykonawcy nie stanowi części zamówienia (choć pośrednio jest ona związana z realizacją zamówienia w tym znaczeniu, że służy prowadzeniu bieżącej działalności przez wykonawcę).

4) **strony umowy**

W przypadku zamówień na dostawy lub usługi za umowę o podwykonawstwo uznaje się wyłącznie umowę zawartą bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą.

W przypadku zamówień na roboty budowlane za umowę o podwykonawstwo uznaje się:

- umowę pomiędzy wykonawcą a podwykonawcą,

¹ Należy zastrzec, że nie można wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Przedmiotowa kwestia powinna zostać w przyszłości wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO.



- *umowę pomiędzy podwykonawcą a dalszym podwykonawcą, jak również umowę pomiędzy dalszymi podwykonawcami.*

Przedmiotem umowy o podwykonawstwo dotyczącej zamówienia na roboty budowlane mogą być nie tylko roboty budowlane, ale również dostawy lub usługi.

Definicja umowy o podwykonawstwo, która została określona przez nowelizację z 8 listopada 2013 r. w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, ma zastosowanie na gruncie całej ustawy Pzp, z wyjątkiem przepisów rozdziału 4a ustawy Pzp, który dotyczy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W odniesieniu do ww. przepisów obowiązuje autonomiczna definicja umowy o podwykonawstwo określona w art. 131m ust. 2 ustawy Pzp.

2. Rozszerzenie zakresu informacji zamieszczanych w SIWZ (art. 36 ust. 2 pkt 10–12 ustawy Pzp)

Nowelizacja rozszerza katalog informacji, które zamawiający podaje w SIWZ, o regulacje dotyczące podwykonawstwa. Chodzi tu o fakultatywne wymogi, które mogą zostać opcjonalnie przewidziane przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Katalog fakultatywnych regulacji w zakresie podwykonawstwa, o których informacje należy zamieścić w SIWZ, obejmuje:

- 1) Obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę.
Zamawiający ma prawo do określenia powyższego wymogu na podstawie art. 36a ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.
- 2) Wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, których niespełnienie spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego zastrzeżeń lub sprzeciwu.
Zamawiającemu przysługuje prawo do określenia powyższych wymagań przy zamówieniach na roboty budowlane.
- 3) Informację o umowach o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy lub usługi i które nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu.
Zamawiającemu przysługuje prawo do określenia powyższych umów przy zamówieniach na roboty budowlane.
- 4) Informację o procentowej wartości ostatniej części wynagrodzenia za wykonanie umowy.
Zamawiający ma prawo określić procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia, która nie może wynosić więcej niż 10% wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zamówień na roboty budowlane o terminie wykonywania dłuższym niż 12 miesięcy i gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje zapłatę wynagrodzenia należnego wykonawcy w ratach (art. 143a ust. 3 ustawy Pzp).



W przypadku gdy zamawiający nie podejmie w odniesieniu do danego zamówienia decyzji o określeniu powyższych fakultatywnych regulacji, obowiązek podawania tych informacji w SIWZ oczywiście nie powstaje.

Strona | 9 Ustawodawca zdecydował się także na uchylenie ust. 4 i ust. 5 w art. 36. Zgodnie z uchylonym ust. 4 zamawiający mógł żądać od wykonawcy wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Z kolei ust. 5 art. 36 umożliwiał wykonawcy powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom. Przy czym prawo to nie przysługiwało, gdy zamawiający ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zastrzegł w SIWZ, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom (por. uwagi w pkt 3 komentarza poniżej).

3. Ogólne zasady dotyczące podwykonawstwa (art. 36a ustawy Pzp)

Nowelizacja utrzymała ogólną zasadę, zgodnie z którą wykonawca ma swobodę powierzenia części zamówienia podwykonawcy (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp). Co więcej, zdaniem autora komentarza, można przyjąć, że jeżeli zamawiający nie skorzysta z uprawnienia do zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia, wykonawca może powierzyć podwykonawcy lub podwykonawcom wykonanie całości zamówienia.²

Zamawiający ma jednak możliwość wprowadzenia ograniczeń od powyższej zasady swobody podwykonawstwa. Zgodnie z art. 36a ust. 1 pkt 1–2 ustawy Pzp zamawiający może bowiem zastrzec, że niektóre prace mają być wykonane wyłącznie osobiście przez wykonawcę (czyli nie mogą zostać powierzone podwykonawcom).

Zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania może jednak dotyczyć wyłącznie:

- 1) kluczowych części zamówienia – w przypadku zamówienia na roboty budowlane lub usługi, lub
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem bądź instalacją – w przypadku zamówienia na dostawy.

W ocenie autora niniejszej publikacji kryteria warunkujące możliwość wprowadzenia obowiązku osobistego wykonania są niejasne. W szczególności dotyczy to kryterium *kluczowego* charakteru części zamówienia. Ustawa nie definiuje tego pojęcia. Zgodnie z definicją słownikową przymiotnik *kluczowy* jest synonimem słów *podstawowy*, *główny*, *najważniejszy*,

² Należy zastrzec, że nie można wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Przedmiotowa kwestia powinna zostać w przyszłości wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO.



wyjściowy („Słownika języka polskiego”. Tom pierwszy. Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 1978, str. 937).

A zatem ustalenie, które części zamówienia są kluczowe, będzie każdorazowo wymagało indywidualnej analizy przedmiotu zamówienia. Przy czym należy pamiętać, że ciężar właściwej oceny, które części zamówienia można uznać za „kluczowe”, obciąża zamawiającego.

Nowe zasady zastrzegania obowiązku osobistego wykonania zamówienia, określone w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, stanowią zasadniczą zmianę w stosunku do wcześniejszego stanu prawnego. Zgodnie z uchylonym art. 36 ust. 5 ustawy Pzp zamawiający miał prawo zastrzec, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom wyłącznie wówczas, gdy było to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia. Oznaczało to, że obowiązek osobistego wykonania mógł być zastrzeżony jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Na przykład gdy po przeprowadzeniu wnikliwej analizy przedmiotu zamówienia zamawiający był w stanie wykazać, że ze względu na szczególne właściwości danego świadczenia jego odpowiednie wykonanie jest uzależnione od osobistych cech wykonawcy. Jeżeli osobiste wykonanie nie było uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia, zamawiający nie miał możliwości zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zlecenia (niezależnie od tego czy chodziło o kluczowe części zamówienia).

Obecnie zamawiający nie ma obowiązku badania, czy specyfika przedmiotu zamówienia uzasadnia obowiązek osobistego wykonania. Przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi zamawiający może co do zasady zawsze zastrzec obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a przy zamówieniach na dostawy – obowiązek osobistego wykonania prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją.

WAŻNE

Co do zasady zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania może zostać również dokonane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Przy czym art. 36a ustawy Pzp studuje się odpowiednio.

Powyższa zmiana stanowi rozszerzenie uprawnień zamawiającego, które w ocenie autora, doznaje jednak bardzo poważnego ograniczenia, w związku z regulacją art. 36 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższy przepis przewiduje bowiem, że zastrzeżenie obowiązku osobistego wykonania jest nieskuteczne w odniesieniu do części zamówienia realizowanych przez podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołał się na zasadzie wyrażonej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.



Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia wykonawca ma prawo powołać się na zasoby (obejmujące wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny, osoby zdolne do wykonania zamówienia lub zdolności finansowe) innych podmiotów w celu wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W ocenie autora oznacza to, że jeżeli wykonawca powołał się na zasoby danego podwykonawcy w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, wówczas może powierzyć temu podwykonawcy wykonanie danej części zamówienia, nawet wówczas gdy zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania tej części zamówienia przez wykonawcę (oczywiście pod warunkiem spełnienia kryteriów z art. 36a ust. 1 pkt 1–2 ustawy Pzp).

4. Uprawnienia zamawiającego w zakresie obowiązków informacyjnych wykonawcy dotyczących podwykonawstwa (art. 36b ustawy Pzp)

Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy, aby:

- określił części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, lub
- podał nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasobach zamierza się oprzeć przy realizacji zamówienia.

Komentowane przepisy przewidują ponadto, że w trakcie realizacji zamówienia wykonawca może zmienić podwykonawcę lub w ogóle zrezygnować z podwykonawcy. Powyższe uprawnienie dotyczy również podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp). W tym przypadku wykonawca jest jednak zobowiązany do wykazania przed zamawiającym, że nowy podwykonawca lub sam wykonawca zapewniają spełnienie warunków udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Niezależnie wydaje się, że skoro wykonawca jest uprawniony do zmiany lub rezygnacji z podwykonawcy, to tym bardziej jest on uprawniony do zmiany zakresu podwykonawstwa (z wyłączeniem części zamówienia zastrzeżonych przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę). Nasuwa się jednak pytanie, czy w trakcie realizacji zamówienia wykonawca ma prawo powierzyć podwykonawcom również te części zamówienia, co do których nie informował zamawiającego, że zamierza je powierzyć podwykonawcom (na żądanie zamawiającego, na zasadzie 36b ust. 1 ustawy Pzp). W ocenie autora komentarza jest to dopuszczalne, ponieważ z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie wynika, aby brak wskazania części zamówienia, które wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, wiązał się z definitywną niedopuszczalnością ich powierzenia.³

³ Należy zastrzec, że nie można wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Przedmiotowa kwestia powinna zostać w przyszłości wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO.



5. Podwykonawstwo przy robotach budowlanych o terminie wykonania dłuższym niż 12 miesięcy (art. 143a ustawy Pzp)

Strona | 12

Komentowana regulacja ma na celu zagwarantowanie, że wykonawcy będą terminowo wypłacać wynagrodzenie należne podwykonawcom. Trzeba podkreślić, że regulacja ta dotyczy wyłącznie zamówień na roboty budowlane, których termin jest dłuższy niż 12 miesięcy.

Zdaniem autora komentarza warunek dotyczący przedmiotu zamówienia, którym są roboty budowlane, ma zastosowanie wyłącznie do zamówienia realizowanego przez wykonawcę, a nie umowy o podwykonawstwo – jej przedmiotem mogą być nie tylko roboty budowlane, ale również dostawy lub usługi.⁴

5.1. Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidująca wypłatę wynagrodzenia wykonawcy w ratach

Jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje, że wykonawca otrzymuje wynagrodzenie w częściach, zamawiający powinien wypłacić wykonawcy drugą część i kolejne części wynagrodzenia dopiero po przedstawieniu dowodów, że wykonawca zapłacił wymagalne wynagrodzenie podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, którzy brali udział w realizacji robót budowlanych zgłoszonych do odbioru.

W przypadku gdy wykonawca nie przedstawi zamawiającemu wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa powyżej, zamawiający jest zobowiązany wstrzymać wypłatę wynagrodzenia wykonawcy w części równej sumie kwot wynikających z brakujących dowodów zapłaty.

Zamawiający dokonuje weryfikacji, czy wykonawca przedstawił wszystkie dowody zapłaty, oraz ustala łączną kwotę niewypłaconych wynagrodzeń na podstawie umów o podwykonawstwo, które zostały przez niego zaakceptowane (w przypadku podwykonawstwa robót budowlanych) lub zostały mu przedłożone (w przypadku podwykonawstwa dostaw lub usług).

PRZYKŁAD

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, których termin wykonania jest dłuższy niż 12 miesięcy. Wynagrodzenie wykonawcy jest wypłacane ratalnie. Termin zapłaty kolejnej raty wynagrodzenia wykonawcy, wynoszącej 300.000 zł, przypada na 5 maja 2014 r. Wykonawca powierzył część zamówienia do wykonania podwykonawcy. Umowa o podwykonawstwo została zaakceptowana przez zamawiającego. Z umowy o podwykonawstwo wynika, że wynagrodzenie podwykonawcy wynosi 200.000 zł. Do 20 kwietnia 2014 r. podwykonawca powinien być otrzymać od wykonawcy część wynagrodzenia

⁴ Należy zastrzec, że nie można wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Przedmiotowa kwestia powinna zostać w przyszłości wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO.



w kwocie 100.000 zł, a pozostałą część wynagrodzenia do 20 maja 2014 r. Na dzień 5 maja 2014 r. wykonawca nie przedstawił zamawiającemu dowodu potwierdzającego, że podwykonawca otrzymał od niego jakąkolwiek część wynagrodzenia.

a) Roboty budowlane, w związku z którymi była realizowana umowa o podwykonawstwo, zostały odebrane do 5 maja 2014 r.

W powyższej sytuacji zamawiający powinien wypłacić zamawiającemu kolejną ratę wynagrodzenia (300.000 zł) pomniejszoną o niezapłacone wymagalne wynagrodzenie podwykonawcy (100.000 zł), czyli 200.000 zł.

b) Roboty budowlane, w związku z którymi była realizowana umowa o podwykonawstwo, nie zostały odebrane do 5 maja 2014 r.

W powyższej sytuacji zamawiający powinien wypłacić zamawiającemu kolejną ratę wynagrodzenia w pełnej wysokości (300.000 zł).

W przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje, że wynagrodzenie wykonawcy jest wypłacane w ratach, zamawiający ma prawo wskazać w SIWZ procentową wartość ostatniej części wynagrodzenia za roboty budowlane, przy czym nie może ona przekraczać 10% wynagrodzenia wykonawcy. W ocenie autora należy rozumieć, że kwota ta ma stanowić swego rodzaju zabezpieczenie zamawiającego na wypadek konieczności bezpośredniego zaspokojenia wymagalnych wynagrodzeń podwykonawców oraz dalszych podwykonawców, których nie zapłacił wykonawca.

5.2. Umowa w sprawie zamówienia publicznego przewidująca wypłatę wynagrodzenia wykonawcy jednorazowo po wykonaniu całości robót budowlanych

W przypadku gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego przewiduje, że całość wynagrodzenia wykonawcy jest uiszczana jednorazowo po wykonaniu całości robót budowlanych, zamawiający ma obowiązek przewidzieć w umowie o zamówienie udzielenie wykonawcy zaliczek na poczet wynagrodzenia.⁵ Należy zaznaczyć, że obowiązek przewidzenia udzielenia zaliczek dotyczy wyłącznie zamówień na roboty budowlane, których termin jest dłuższy niż 12 miesięcy.

⁵ Brzmienie komentowanego przepisu zdaje się wskazywać, że w sytuacji, o której mowa w art. 143a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przewidzenie zaliczek w umowie o udzielenie zamówienia jest obowiązkowe. Jednocześnie w świetle brzmienia art. 151a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, nie można wykluczyć odmiennej interpretacji, tj. że udzielanie zaliczek jest opcjonalne. W ocenie autora przepis art. 143a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest przepisem szczególnym wobec art. 151a ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp co oznacza, że w sytuacji, o której mowa w art. 143a ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w umowie o udzielenie zamówienia należy zawsze przewidzieć udzielenie zaliczek, a jedynie ich wypłata jest warunkowa (może zostać wstrzymana). Niemniej jednak powyższa interpretacja może budzić kontrowersje i dopóki nie zostanie potwierdzona na gruncie orzecznictwa KIO, nie można całkowicie wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji.



Wysokość i terminy wypłaty zaliczek należy określić w umowie w sprawie zamówienia publicznego, co oznacza, że strony umowy o zamówienie publiczne mają w tym zakresie znaczną swobodę.⁶ Natomiast warunkiem wypłaty kolejnych zaliczek (czyli z wyjątkiem pierwszej z nich) jest przedstawienie zamawiającemu przez wykonawcę dowodów potwierdzających, że podwykonawcy i dalsi podwykonawcy otrzymali ich wymagalne wynagrodzenia.

W przypadku gdy wykonawca nie przedstawi zamawiającemu wszystkich dowodów zapłaty, o których mowa powyżej, zamawiający powinien pomniejszyć kwotę wypłacanej zaliczki o sumę kwot wynikających z nieprzedstawionych dowodów zapłaty.

Zamawiający dokonuje weryfikacji, czy wykonawca przedstawił wszystkie dowody zapłaty oraz ustala łączną kwotę niewypłaconych wynagrodzeń na podstawie umów o podwykonawstwo, które zostały przez niego zaakceptowane (w przypadku podwykonawstwa robót budowlanych) lub zostały mu przedłożone (w przypadku podwykonawstwa dostaw lub usług).

6. Akceptacja i przedkładanie zamawiającemu umów o podwykonawstwo w zakresie zamówień na roboty budowlane (art. 143b ustawy Pzp)

Należy podkreślić, że komentowane przepisy znajdują zastosowanie jedynie w odniesieniu do podwykonawstwa przy zamówieniach na roboty budowlane. Nie ma natomiast znaczenia, jaki jest termin wykonania tych robót budowlanych (w przeciwieństwie od regulacji art. 143a ustawy Pzp).

6.1. Umowy o podwykonawstwo przy zamówieniach na roboty budowlane, których przedmiotem są roboty budowlane

Jeżeli wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane zamierzają zawrzeć umowę o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, mają oni obowiązek przekazać zamawiającemu do akceptacji projekt takiej umowy o podwykonawstwo. W przypadku gdy umowę o podwykonawstwo zamierza zawrzeć podwykonawca lub dalszy podwykonawca, musi on ponadto przekazać zamawiającemu zgodę wykonawcy na zawarcie zamierzonej umowy o podwykonawstwo.

Zdaniem autora należy uznać, że powyższe obowiązki spoczywają na podmiotach, które już są zaangażowane w realizację zamówienia i które mają zamiar powierzyć jego część podmiotom zewnętrznym, a nie na podmiotach, którym dopiero zamierza się powierzyć część zamówienia.⁷

⁶ Zdaniem autora nie jest jasne, jaki jest zakres tej swobody

⁷ Powyższa teza jest oparta na wykładni funkcjonalnej komentowanego przepisu. Brzmienie komentowanego przepisu jest w tym zakresie niejednoznaczne, w związku z czym nie można całkowicie wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Należy oczekiwać, że komentowana kwestia zostanie wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO



PRZYKŁAD

Wykonawca powierzył realizację części zamówienia na roboty budowlane podwykonawcy. Zamierza on powierzyć wykonanie części zamówienia, obejmującej wykonanie robót budowlanych, podmiotowi zewnętrznemu (przyszłemu dalszemu podwykonawcy). W powyższej sytuacji obowiązek przedłożenia projektu umowy zamawiającemu nie będzie spoczywał na wykonawcy ani na przyszłym dalszym podwykonawcy, ale na podwykonawcy, który oprócz projektu zamierzonej umowy o dalsze podwykonawstwo powinien również przedłożyć zamawiającemu zgodę wykonawcy na zamierzoną umowę.

Zamawiający, któremu przekazano projekt umowy o podwykonawstwo, ma prawo zgłosić do niej pisemne zastrzeżenia. Przy czym termin na zgłoszenie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy powinien być określony w umowie o roboty budowlane (na zasadzie art. 143d ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Ustawa Pzp przewiduje, że zamawiający zgłasza pisemne zastrzeżenia do projektu umowy wyłącznie w dwóch sytuacjach, tj. wówczas, gdy:

- 1) projekt umowy o podwykonawstwo nie spełnia wymagań określonych w SIWZ
Nowelizacja z 8 listopada 2013 r. przyznaje zamawiającemu prawo określenia w SIWZ wymagań dotyczących umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane. Należy przy tym pamiętać, że niespełnienie tych spowoduje zgłoszenie przez zamawiającego odpowiednio zastrzeżeń lub sprzeciwu (art. 36 ust. 11 lit. a) ustawy Pzp). Należy zauważyć, że przepisy nie zawierają żadnych wskazówek, co do tego, jakie wymagania mogą być ustanowione przez zamawiającego. Zdaniem autora oznacza to, że zamawiający ma w tym zakresie znaczną swobodę.⁸
lub
- 2) gdy projekt umowy o podwykonawstwo przewiduje, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przekracza 30 dni od dnia otrzymania przez zlecającego wykonawcę, podwykonawcę bądź dalszego podwykonawcę faktury lub rachunku potwierdzających wykonanie zleconej dostawy, usługi lub roboty budowlanej (maksymalny termin zapłaty wynikający z art. 143b ust. 2 ustawy Pzp).

W ocenie autora komentarza należy uznać, że jeżeli zamawiający stwierdzi, że umowa o podwykonawstwo nie spełnia przynajmniej jednego z powyższych wymogów, wówczas ma nie tylko prawo, ale również obowiązek zgłoszenia zastrzeżeń. Jednocześnie wydaje się, że zamawiający nie ma prawa zgłaszania zastrzeżeń z powodów innych niż wskazane powyżej.⁹

⁸ W świetle komentowanych przepisów nie jest jasne jaki jest zakres tej swobody

⁹ Nie można całkowicie wykluczyć ryzyka odmiennej interpretacji. Należy oczekiwać, że komentowana kwestia zostanie wyjaśniona na gruncie orzecznictwa KIO



Jeżeli zamawiający nie zgłosił w terminie pisemnych zastrzeżeń do projektu umowy, uznaje się, że zaakceptował ten projekt. Przy czym zasady akceptacji projektu umowy o podwykonawstwo stosuje się odpowiednio do zmian w już zaakceptowanym projekcie umowy.

Strona | 16 Następny etap procedury akceptacyjnej następuje po zawarciu umowy o podwykonawstwo. W terminie 7 dni od zawarcia umowy o podwykonawstwo robót budowlanych wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca są zobowiązani do przekazania zamawiającemu kopii umowy o podwykonawstwo. Przekazywana kopia umowy powinna być poświadczona za zgodność, przy czym należy uznać, że poświadczenie to może zostać dokonane przez samego wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Ważne

Nowelizacja z 8 listopada 2013 r. nie określa sankcji związanych z uchybieniem powyższemu terminowi. W szczególności nie jest jasne, czy brak przedłożenia w terminie kopii umowy wiąże się z uchyleniem obowiązku dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy (na zasadzie art. 143c ust. 1 ustawy Pzp).

Po otrzymaniu kopii umowy o podwykonawstwo zamawiający bada ją pod kątem występowania takich samych uchybień jak na etapie badania projektu umowy. Jeżeli umowa nie spełnia wymagań określonych w SIWZ lub jeżeli termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy przekracza 30 dni, zamawiający powinien zgłosić pisemny sprzeciw do umowy o podwykonawstwo.

Termin na zgłoszenie pisemnego sprzeciwu powinien być określony w umowie o roboty budowlane (na podstawie art. 143d ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Jeżeli zamawiający nie zgłosi w ustalonym terminie pisemnego sprzeciwu, uznaje się, że zaakceptował umowę o podwykonawstwo.

Jeżeli umowa o podwykonawstwo przewiduje, że termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy jest dłuższy niż 30 dni, zamawiający powinien ponadto wezwać wykonawcę do zmiany umowy pod rygorem wystąpienia o zapłatę kary umownej (art. 143b ust. 9 ustawy Pzp). Przepis nie precyzuje, o jaką karę umowną chodzi. Zdaniem autora komentarza należy przyjąć, że chodzi tu o karę umowną, która powinna być określona w każdej umowie o roboty budowlane na wypadek braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty (*vide* art. 143d ust. 1 pkt 7 lit. d ustawy Pzp).

Powyższe zasady znajdują zastosowanie również w przypadku zmian umowy o podwykonawstwo.



6.2. Umowy o podwykonawstwo dotyczące zamówień na roboty budowlane, których przedmiotem są dostawy lub usługi

Akceptacja umów o podwykonawstwo dotyczących zamówień na roboty budowlane, których przedmiotem są dostawy lub usługi, odbywa się wyłącznie po zawarciu umowy o podwykonawstwo. Przy czym wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca jest zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu kopii tej umowy poświadczonej za zgodność z oryginałem w terminie 7 dni od jej zawarcia.

Obowiązek przedkładania zamawiającemu umów o podwykonawstwo dotyczących zamówień na roboty budowlane, których przedmiotem są dostawy lub usługi, nie obejmuje:

- 1) umów o podwykonawstwo o wartości mniejszej niż 0,5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz
- 2) umów o podwykonawstwo, których przedmiot został wskazany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako niepodlegający niniejszemu obowiązkowi.

Zgodnie z art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. b ustawy Pzp, w przypadku dostaw lub usług zamawiającemu przysługuje fakultatywne uprawnienie do określenia umów o podwykonawstwo, które z uwagi na wartość lub przedmiot dostaw bądź usług nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu. Zdaniem autora w świetle powyższego przepisu zamawiającemu przysługuje bardzo duża swoboda w określaniu umów o podwykonawstwo, które nie muszą mu być przedkładane.¹⁰

PRZYKŁAD

W przypadku zamówień na roboty budowlane zamawiający może zastrzec w SIWZ, że umowy o podwykonawstwo, których przedmiotem są dostawy energii elektrycznej, gazu lub usługi finansowe, nie podlegają obowiązkowi przedkładania zamawiającemu do akceptacji.

Jednocześnie z art. 143b ust. 8 wynika, że powyższe wyłączenia od obowiązku akceptacji umowy doznają ograniczenia, jeżeli wartość umowy o podwykonawstwo przekracza 50.000 zł. W takich przypadkach kontrakt zawsze musi być przedstawiony zamawiającemu do akceptacji.

¹⁰ Nie jest jednak jasne, jaki jest jej dokładny zakres ograniczenia.

