

Wspólnie czy z udziałem podwykonawców

Pozyskanie zamówienia publicznego bardzo często wiąże się z trudnościami związanymi z przygotowaniem oferty przez wykonawcę. Wiąże się również z ważną decyzją wykonawcy – czy występuje on w postępowaniu o zamówienie publiczne jako wykonawca składający ofertę wspólnie, czy też będzie realizował zamówienie publiczne z udziałem podwykonawców. Jak wykazuje praktyka, wykonawcy coraz częściej korzystają z pomocy innych firm, zwłaszcza w zamówieniach na roboty budowlane.

Urszula Lisiecka

Ekspert ds. zamówień publicznych, członek Zarządu Ogólnopolskiego Stowarzyszenia Konsultantów Zamówień Publicznych

CZYM RÓŻNIĄ SIĘ OBIE SYTUACJE?

W pierwszym przypadku wykonawcy łączą się (oferta wspólna, konsorcjum) w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu czy też warunków realizacji przedmiotu zamówienia. Istotne jest, iż rozpatrywana jest oferta konsorcjum, nie zaś oferta jednego wykonawcy. Warunki udziału odnoszą się do każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne. Wówczas, mając na względzie dookreślony przez zamawiającego warunek, np. odno-

typowe dla podmiotów nieposiadających odpowiedniego doświadczenia. W efekcie realizatorem umowy jest konsorcjum firm, wycofanie się jednej z firm może spowodować konieczność odstąpienia od umowy.

W drugim przypadku ofertę składa jeden wykonawca, który oświadcza, iż zamówienie publiczne realizować będzie z udziałem „osób trzecich” – podwykonawców. Ważne jest, aby zwrócić uwagę, iż na etapie oceny spełnienia warunków udziału doświadczenie, wiedza czy też

Podwykonawca nie jest uczestnikiem prowadzonego postępowania, dlatego też ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa ani uprawnień, ani obowiązków podwykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

szący się do doświadczenia, wykonawca powinien rozważyć możliwość ubiegania się o zamówienia publiczne wspólnie z innym wykonawcą w ramach konsorcjum, w przypadku którego doświadczenie poszczególnych członków konsorcjum podlega sumowaniu i oceniane jest przez zamawiającego łącznie. Jest to rozwiązanie

zdolność finansowa podwykonawców nie będą oceniane. Podwykonawca nie jest uczestnikiem prowadzonego postępowania, dlatego też ustawa Prawo zamówień publicznych nie określa ani uprawnień, ani obowiązków podwykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wspomniałam,

ofertę składa wówczas wykonawca i tylko w stosunku do niego obowiązują wymogi czy warunki udziału określone przez zamawiającego. Podwykonawca nie będzie również podlegał weryfikacji czy też badaniu w zakresie obowiązku spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych na podstawie art. 22 oraz art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych. W praktyce mogą jednak wystąpić sytuacje, kiedy ocena spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu może odnosić się wprost do podwykonawcy. Ma to miejsce w przypadku formułowania przez zamawiającego warunku odnoszącego się np. do doświadczenia – *dysponowania potencjałem technicznym czy też osobowo-kadrowym* – a wykonawca wykaże w ofercie, iż dany warunek spełnia za pośrednictwem podwykonawców.

Udział podwykonawcy gwarantuje tym samym możliwość wykonania całego zakresu rzeczowego przedmiotu zamówienia publicznego. Realizatorem umowy jest wykonawca składający ofertę, wycofanie się podwykonawcy skutkować będzie zmianą w treści umowy (najczęściej za zgodą i wiedzą zamawiającego). Moglibyśmy się zatem zastanawiać, czy podwykonawca nie podlega żadnym ustaleniom w trakcie realizacji przedmiotu umowy. Otóż nie, wszelkie prawa i obowiązki podwykonawcy winny zostać jednoznacznie dookreślone przez odpowiednie klauzule umowne – zawarte w zapisach umowy wykonawcy z podwykonawcą. Ma to istotne znaczenie w przypadku zamówień na roboty budowlane. Zamawiający, zgodnie z wytyczną art. 647¹ k.c., ma 14 dni, od dnia przedstawienia przez wyłonionego w procedurze

Wykonawca wspólny	Wykonawca z udziałem podwykonawców
Art. 23 ust. 1 – wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.	Art. 36 ust. 4 – specyfikacja istotnych warunków zamówienia: <i>Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.</i>
Art. 23 ust. 2 – w przypadku, o którym mowa w ust. 1, wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Art. 23 ust. 3 – przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców, o których mowa w ust. 1.	Art. 36 ust. 5 – specyfikacja istotnych warunków zamówienia: <i>Zamawiający może określić w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która część zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom.</i>
Art. 36 ust. 1 pkt 14 – specyfikacja istotnych warunków zamówienia: <i>Informacje o formalnościach, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.</i> Art. 23 ust. 4 – jeżeli oferta wykonawców, o których mowa w ust. 1, została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców.	Art. 130 – koncesja na roboty budowlane: <i>1. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia może żądać, aby wykonawca, któremu udzielono koncesji (koncesjonariusz), zawarł z innymi podmiotami umowy o podwykonawstwo o wartości stanowiącej co najmniej 30% wartości koncesji.</i>
Art. 130 ust. 2 – umowy zawarte między wykonawcami w celu wspólnego ubiegania się o udzielenie koncesji oraz umowy z podmiotami będącymi w stosunku do wykonawcy podmiotami dominującymi lub zależnymi w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (Dz. U. Nr 184, poz. 1539 oraz z 2006 r. Nr 157, poz. 1119) nie są uważane za umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 130 ust. 1. Art. 130 ust. 3 – wykonawca składa wraz z ofertą listę podmiotów, o których mowa w ust. 2; w przypadku zaistnienia zmian w stosunkach pomiędzy wykonawcą a tymi podmiotami wykonawca jest obowiązany złożyć aktualną listę.	
Art. 141 – wykonawcy, o których mowa w art. 23 ust. 1, ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy.	

o zamówienie publiczne wykonawcę umowy z podwykonawcą, na zgłoszenie do jej treści sprzeciwu lub zastrzeżeń. Po upływie tego terminu uważa się, że zamawiający wyraził zgodę na zawarcie umowy. Obowiązkiem zamawiającego jest zapoznanie się z treścią umowy przedstawionej przez wykonawcę na wykonanie części zamówienia powierzonej podwykonawcy. Może on wówczas wnieść swoje uwagi, domagając się zmian treści umowy z podwykonawcą, jeżeli zapisy umowy nie gwarantują terminowego wykonania czy też należytego wykonania przedmiotu umowy. Skutkiem będzie zobowiązanie zamawiającego do poniesienia odpowiedzialności za zapłatę wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy.

JAK INTERPRETUJE USTAWA?

Bardzo istotnym aktem prawnym, regulującym status zarówno wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie publiczne, jak i wykonawcy z udziałem podwykonawców, jest ustawa Prawo zamówień publicznych. Na stronie poprzedniej przedstawialiśmy przepisy ustawy odnoszące się do obu powyższych sytuacji.

Ustawa wprowadza w szczególności wymóg wskazania przez wykonawcę części zamówienia publicznego, których realizację wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy. W ten sposób zamawiający dowiadyuje się z oferty wykonawcy, jaki zakres robót budowlanych wykonają zatrudnione przez wykonawcę firmy. Istotą art. 36 ust. 4 uPzp jest nie tyle wiedza o tym, kto wykona zamówienie publiczne, ile wiedza o zakresie robót powierzanych podwykonawcom.

Szczegółowe wytyczne odnośnie udziału podwykonawcy w zamówieniu publicznym, zwłaszcza na roboty budowlane, zostały wskazane w Kodeksie cywilnym. Art. 474 k.c. mówi, iż: *Dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działania lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Przepis powyższy stosuje się także w wypadku, gdy zobowiązanie wykonuje przedstawiciel ustawowy dłużnika.* Przepis ten (skomentowany w Komentarzu do Kodeksu cywilnego, prof. dr hab. Edward Gniewek, rok 2006) – wprowadza możliwość rozszerzenia zakresu okoliczności obciążających dłużnika, czyniąc tym samym jego odpowiedzialność surowszą.

Kodeks cywilny reguluje również zasady solidarnej odpowiedzialności dłużników – zgodnie z wytyczną art. 366 § 1 – *Kilku dłużników może być zobowiązanych w ten sposób, że wierzyciel może żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych (solidarność dłużników).* Natomiast w paragrafie 2 tego artykułu czytamy, iż: (...) *do zupełnego zaspokojenia wierzyciela wszyscy dłużnicy solidarni pozostają zobowiązani.*

CZYM CHARAKTERYZUJE SIĘ SOLIDARNOŚĆ DŁUŻNIKÓW?

Jak czytamy w cytowanym wyżej komentarzu, solidarność dłużników charakteryzuje się:

- *wielością podmiotów po stronie zobowiązanej,*
- *niepodzielnością zobowiązania bez względu na przedmiot świadczenia,*
- *możliwością żądania przez wierzyciela według jego wyboru całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna,*
- *utrzymaniem zobowiązania wszystkich dłużników aż do całkowitego zaspokojenia wierzyciela,*
- *zwolnieniem wszystkich dłużników na skutek zaspokojenia wierzyciela przez któregośkolwiek z nich.*

JAKIE ZMIANY PRZEWIDUJE NOWELIZACJA PZP?

Projekt nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych oraz innych ustaw, przyjęty przez Sejm RP w dniu 27 czerwca 2008 r. przewiduje szerszy udział podwykonawcy w realizacji zamówienia publicznego. Proponowana zmiana zapisu art. 22 ust. 1 pkt 2 umożliwiłaby ubieganie się o zamówienie publiczne nie tylko tym wykonawcom, którzy dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi wykonać zamówienie publiczne, lecz także tym, którzy przedstawia pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji czytamy, iż zmiana ta ma umożliwić wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców, którzy nie dysponują samodzielnie potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Nowe brzmienie przepisu ma przyczynić się do ułatwienia oraz obniżenia kosztów ubiegania się przez wykonawców o udzielenie na ich rzecz zamówień publicznych. Będzie to miało istotny wpływ na decyzję wykonawców, w jaki sposób ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Znowelizowany przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 uPzp, który brzmi:

- 2) *posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponują potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia lub przedstawią pisemne zobowiązanie innych podmiotów do udostępnienia potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia;*

zdecydowanie może wpłynąć na szerszy udział małych przedsiębiorców w postępowaniach o zamówienie publiczne, głównie jako podwykonawców.

Zmiana wyżej wskazanego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych w proponowanym zakresie stanowi implementację art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE. ■