

## Podwykonawstwo – nowelizacja ustawy Pzp z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 1473), dalej zwanej: „ustawą Pzp” - pytania i odpowiedzi dotyczące problematyki podwykonawstwa

### 1. Jaki jest zakres umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b ustawy Pzp)?

Cechami umowy o podwykonawstwo, o której mowa w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp jest:

- a) pisemność,
- b) odpłatność,
- c) oraz jej przedmiot, tj. usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego.

Ww. definicja umowy o podwykonawstwo określona w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp ma zastosowanie na gruncie ustawy Pzp, z wyjątkiem przepisów dot. zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131a i n. ustawy Pzp), które posiadają autonomiczną definicję umowy o podwykonawstwo.

Usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące przedmiot umowy o podwykonawstwo muszą być częścią zamówienia publicznego. Odwołując się w szczególności do orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) wykształconego na gruncie poprzednio obowiązującego przepisu art. 36 ust. 4 ustawy Pzp, przyjęć należy, iż analogicznie dla interpretacji art. 2 pkt 9b ustawy Pzp „pod pojęciem części zamówienia należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia”. Częścią zamówienia na usługi, dostawy oraz roboty budowlane jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych usług, dostaw, lub robót, rozumiany jako część zakresu zamawianego świadczenia. Przedmiotem umowy o podwykonawstwo na usługi, dostawy, jak i roboty budowlane może być również realizacja świadczenia wchodzącego w skład opisu przedmiotu zamówienia, a także realizacja takiego świadczenia, które służy wykonaniu przedmiotu zamówienia, np. dostawa materiałów służących realizacji robót budowlanych ujętych w opisie przedmiotu zamówienia. Nie będą objęte zakresem umowy o podwykonawstwo, takie usługi, dostawy lub roboty budowlane, które wprawdzie będą powiązane z przedmiotem zamówienia, ale nie będą służyły jego realizacji, np. usługi ubezpieczeniowe lub prawnicze.

Z definicji umowy o podwykonawstwo wynika zróżnicowanie kręgu podmiotów uprawnionych do zawierania tego typu umów w zależności, od rodzaju zamówienia publicznego, którego umowy te dotyczą. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, istnieje możliwość zawarcia umowy o podwykonawstwo pomiędzy wykonawcą zamówienia, a innym podmiotem (podwykonawcą) bez względu na rodzaj zamówienia publicznego, do którego wykonania jest zobowiązany wykonawca. Natomiast, w przypadku realizacji przez wykonawcę zamówienia na roboty budowlane umowa o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy, usługi, jak i roboty budowlane, może być zawarta nie tylko pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim (podwykonawcą), ale także, pomiędzy podmiotem trzecim (podwykonawcą), a innym podmiotem (dalszym podwykonawcą).

Zakres ochrony przysługującej podwykonawcom uległ zatem istotnemu rozszerzeniu na gruncie ustawy Pzp w związku z objęciem przez uregulowania w zakresie umowy o podwykonawstwo nie tylko podwykonawców robót budowlanych, jak ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego, ale także podwykonawców dostaw i usług biorących udział w realizacji zamówienia publicznego, oraz tzw. dalszych podwykonawców (w zakresie podwykonawstwa na dostawy, usługi lub roboty budowlane realizowanego w ramach zamówienia na roboty budowlane). W związku z powyższym, podwykonawcy usług i dostaw, którzy w dotychczasowym stanie prawnym pozbawieni byli możliwości egzekwowania swoich roszczeń bezpośrednio od zamawiającego, w przypadku, gdy generalny wykonawca nie regulował względem nich swoich zobowiązań, zostali zrównani w tym zakresie z podwykonawcami robót budowlanych, otrzymując na gruncie ustawy Pzp takie same uprawnienia (instrumenty prawne).

**2. Czy jest możliwe powierzenie przez wykonawcę realizacji całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom?**

Wykładni przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać łącznie z przepisem art. 36a ust. 2 ustawy Pzp. W drugim z ww. przepisów przewidziana została możliwość zastrzeżenia przez zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę niektórych części zamówienia. A zatem, w sytuacji, gdy zamawiający nie skorzysta z ww. uprawnienia, wykonawca będzie mógł powierzyć wykonanie całości zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom.

**3. W jakim terminie wykonawca, podwykonawca lub dalszy podwykonawca zamówienia na roboty budowlane ma przedkładać zamawiającemu poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane (art. 143b ust. 5 ustawy Pzp) lub poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi (art. 143b ust. 8 ustawy Pzp)?**

Termin siedmiodniowy przewidziany w art. 143b ust. 5 ustawy Pzp na złożenie kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane oraz w art. 143b ust. 8 ustawy Pzp na złożenie kopii umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi w przypadku zamówienia na roboty budowlane jest ustawowym terminem maksymalnym na złożenie przedmiotowych umów przez wykonawcę, podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.

Mimo, że ustawa Pzp nie przewiduje sankcji za przekroczenie ww. terminu zauważyć należy, że uchybienie terminowi przewidzianemu w art. 143b ust. 5 i 8 ustawy Pzp może przyczynić się do uchylenia obowiązku dokonania przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty wymagalnego wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy. Dokonanie przez zamawiającego bezpośredniej zapłaty należnego podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy wynagrodzenia łączy się bowiem z uprzednią akceptacją umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane lub odpowiednim przedłożeniem umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są dostawy lub usługi. Należy również zauważyć, iż wynagrodzenie wypłacane przez zamawiającego w ramach bezpośredniej zapłaty dotyczy tylko należności powstałych odpowiednio po akceptacji umowy o podwykonawstwo na roboty budowlane lub po przedłożeniu umowy o podwykonawstwo na dostawy lub usługi.

**4. Czy zamawiający powinien przewidzieć zasady, a w szczególności termin na odstąpienie od umowy w sprawie zamówienia publicznego na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy Pzp?**

Możliwość odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego związana jest wyłącznie z dokonaniem przez zamawiającego wielokrotnej bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy, w przypadku, gdy podwykonawca lub dalszy podwykonawca wykaże zasadność takiej zapłaty (por. art. 143c ust. 5 pkt 3 ustawy Pzp).

Przepis art. 143c ust. 7 ustawy Pzp stanowi odrębną od rozwiązań Kodeksu cywilnego podstawę prawną do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym, inaczej niż ma to miejsce na gruncie Kodeksu cywilnego (por. art. 395 Kc), nie przewiduje się w umowie w sprawie zamówienia publicznego terminu do odstąpienia od umowy na podstawie ww. przepisu ustawy Pzp. Uprawnienie do odstąpienia od umowy na podstawie art. 143c ust. 7 ustawy Pzp przysługuje zamawiającemu przez cały okres obowiązywania umowy.

Co więcej, przepis art. 143c ust. 7 ustawy Pzp ma charakter bezwzględnie obowiązujący (ius cogens) i podlega ściśle wykładni. W związku z tym, strony w zawartej umowie w sprawie zamówienia publicznego nie tylko nie muszą, lecz wręcz nie mogą zawrzeć postanowienia określającego termin do skorzystania z ww. uprawnienia do odstąpienia od umowy. Takie postanowienie byłoby bowiem sprzeczne z normą art. 143c ust. 7 ustawy Pzp.

**5. Czy wielokrotne złożenie kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy do depozytu sądowego (art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp), może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego przez zamawiającego z tytułu wielokrotnego**

**dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy, lub konieczności dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 143c ust. 7 ustawy Pzp)?**

Wielokrotne złożenie przez zamawiającego do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego, co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, jak również wielokrotne złożenie do depozytu sądowego kwoty pieniężnej przekraczającej 5% wartości umowy w sprawie zamówienia publicznego, nie uprawnia zamawiającego do odstąpienia od umowy w sprawie zamówienia publicznego, w oparciu o art. 143c ust. 7 ustawy Pzp.

**6. Jakie są konsekwencje złożenia do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy na podstawie art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp), dla uznania za spełnione świadczenia zamawiającego względem wykonawcy?**

Mając na uwadze fakt, iż do umów w sprawach zamówień publicznych, stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (art. 139 ust. 1 ustawy Pzp), ważne złożenie do depozytu sądowego kwoty potrzebnej na pokrycie wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy w przypadku istnienia zasadniczej wątpliwości zamawiającego co do wysokości należnej zapłaty lub podmiotu, któremu płatność się należy, a więc w sytuacji odpowiadającej hipotezie normy z art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, ma takie same skutki, jak spełnienie świadczenia (art. 470 Kc).

Zamawiający poprzez złożenie określonej kwoty do depozytu sądowego w sytuacji odpowiadającej hipotezie normy z w art. 143c ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, zwalnia się w przedmiotowym zakresie z obowiązku wypłaty odpowiadającej tej kwocie części wynagrodzenia wykonawcy, uzyskując jednocześnie roszczenie o zwrot kosztów złożenia ww. kwoty do depozytu sądowego.

**7. Czy w umowie o roboty budowlane zawieranej z wykonawcą mogą być regulowane zasady zawierania umów o podwykonawstwo (art. 143d ust. 1 ustawy Pzp)?**

Katalog obowiązkowych (minimalnych) postanowień umowy o roboty budowlane podany w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp obliguje zamawiającego do doprecyzowania postanowień w zakresie podwykonawstwa, pozostawiając jednak do swobodnej decyzji zamawiającego szczegółowe uregulowanie tych kwestii.

Norma z art. 143d ust. 1 ustawy Pzp stanowi w powyższym zakresie na gruncie ustawy Pzp odmienną regulację od normy określającej treść umowy o roboty budowlane w przepisach Kodeksu cywilnego. Wskazany przepis nie ma natomiast zastosowania do treści umów o roboty budowlane, które nie zostały zawarte w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, umowa w sprawie zamówienia publicznego będąca umową o roboty budowlane powinna zawierać postanowienia wymienione w art. 143d ust. 1 ustawy Pzp. Brak ww. postanowień stanowi naruszenie powyższego przepisu ustawy Pzp.

**8. Czy jest możliwa zmiana lub rezygnacja z podwykonawcy dotycząca podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w sytuacji, gdy dany warunek był przedmiotem punktowania w celu ustalenia pozycji wykonawcy w rankingu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu dwuetapowym (np. w przetargu ograniczonym, negocjacji bez ogłoszenia, dialogu konkurencyjnym), w sytuacji o której mowa w art. 36b ust. 2 ustawy Pzp?**

W sytuacji zmiany lub rezygnacji z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca (lub wykonawca samodzielnie) spełnia dany warunek udziału w postępowaniu w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Zatem w sytuacji, gdy wykonawca korzysta z zasobów podwykonawcy w celu

spełnienia warunku udziału w postępowaniu, które pozwala na złożenie oferty w postępowaniu dwuetapowym, to w przypadku zmiany lub rezygnacji z takiego podwykonawcy, wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca (lub wykonawca samodzielnie) spełnia dany warunek udziału w postępowaniu w stopniu, który umożliwiłby dalszy udział w drugim etapie postępowania. Przy czym, obowiązek wykazania powyższych okoliczności w sposób nie budzący wątpliwości zamawiającego spoczywa na wykonawcy.

**9. Czy brak zadeklarowania realizacji zamówienia przy pomocy podwykonawców na etapie składania ofert uniemożliwia zawarcie umów o podwykonawstwo na etapie realizacji umowy?**

W przypadku, gdy oferta wykonawcy realizującego roboty budowlane nie zawierała wskazania części, którą na etapie realizacji zamówienia zamierza on powierzyć podwykonawcy, co do zasady oznacza zobowiązanie się wykonawcy do samodzielnego realizowania zamówienia. Zmiana w tym zakresie stanowić będzie zmianę umowy, a jej dopuszczalność powinna być oceniana w świetle art. 144 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten stanowi, iż zakazuje się istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Co do zasady, z punktu widzenia ustawy Pzp, zmiana zakresu podwykonywanych robót może być uznana za nieistotną zmianę umowy w sprawie zamówienia, jeżeli wykonawca samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu i w odniesieniu do tej części nie została wyłączona dopuszczalność podwykonawstwa.

wytworzył: Sylwester Łącki

data wytworzenia: 2014-01-20 13:03:00

opublikował: Sylwester Łącki

data publikacji: 2014-01-20 14:35:43

zmodyfikował: Sylwester Łącki

data modyfikacji: 2014-01-20 13:03:00

Opinia pochodzi ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych:

[http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:590;pytania\\_i\\_odpowiedzi\\_dotyczące\\_problematyki\\_podwykonawstwa.html](http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?F:590;pytania_i_odpowiedzi_dotyczące_problematyki_podwykonawstwa.html)