



Z podwykonawcami czy też bez nich

POSTĘPOWANIE | Zamawiający nie ma uprawnienia do żądania wskazania konkretnych podmiotów gospodarczych, które będą uczestniczyć jako podwykonawcy w realizowaniu zamówienia publicznego

Zasadą jest, że wykonanie zamówienia publicznego może być realizowane poprzez podwykonawców. Jednak ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający może zastrzec w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), że część lub nawet całość zamówienia nie może zostać powierzona podwykonawcom. Wyjątek ten powinien być ściśle interpretowany przez zamawiającego, bowiem to na nim spoczywa ciężar uzasadnienia, iż ograniczenie możliwości realizowania zamówienia przez podwykonawców jest zasadne. Dlatego też odstępstwa od tej zasady powinny nastąpić w wyjątkowych sytuacjach z uwagi na szczególny charakter zamówienia, a także przy zachowaniu zasady uczciwej konkurencji.

Osobiste doświadczenie

Zamawiający powinien rozważyć niedopuszczenie do realizacji zamówienia podwykonawców w przypadku, gdy jego wykonanie wymaga szczególnego, osobistego doświadczenia, a przedmiotem zamówienia jest wykonanie dzieła (np. stworzenie utworu muzycznego lub rzeźby) czy też przygotowanie opracowania naukowo-badawczego) lub usługi specjalistycznego szkolenia. W takich przypadkach ważne jest bowiem, aby zamówienie zostało zrealizowane przez wykonawcę posiadającego odpowiednie doświadczenie.

Różni specjaliści

Współpraca z podwykonawcami jest natomiast niezbędna przy robotach budowlanych, gdzie wymagany jest udział specjalistów z różnych dziedzin. Nieuzasadnione byłoby narzucanie wykonawcy, aby posiadał w swojej załodze fachowców od różnych zaawansowanych technicznie zadań. Jednakże w stosunku do postępowań, których przedmiotem jest pełnienie funkcji inwestora zastępczego – prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż – co do zasady – przedmiot takich zamówień nie jest specyficzny. Nie ma zatem możliwości całkowitego wyłączenia podwykonawstwa (uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 24 marca 2011 r., KIO/KD 20/11).

Krótki termin realizacji

Nieuzasadnione byłoby ograniczenie podwykonawstwa także w przypadku, kiedy termin

realizacji zamówienia jest krótki lub, gdy do realizacji zamówienia niezbędna jest duża liczba osób. W takich sytuacjach wykonawcy, aby zrealizować zamówienie w terminie wskazanym przez zamawiającego lub żeby dysponować dodatkową siłą roboczą, bardzo często korzystają z podwykonawców.

Należy przy tym zaznaczyć, iż ograniczenie udziału podwykonawców prawie w każdym przypadku będzie rodzilo za sobą wzrost ceny za wykonanie zamówienia – a przecież system zamówień publicznych służyć ma racjonalnemu wydatkowaniu środków publicznych.

Jaki zakres prac

Jeżeli zamawiający zdecyduje się na ograniczenie udziału podwykonawców, to powinien określić w SIWZ, która część zamówienia nie może zostać im powierzona. Ustawa z 29 stycznia 2004 r. (tekst jedn. DzU z 2010 r., nr 113, poz. 759 z późn. zm., dalej: ustawa pzp) nie określa bowiem, jaką maksymalną część wykonywania zamówienia można powierzyć podwykonawcy. Organizator przetargu ma zatem pełną dowolność w ustaleniu zakresu prac, które mogą zostać wykonane przez podwykonawców. Jednak zamawiający nie powinien wskazywać procentowo czy też kwotowo maksymalnego udziału podwykonawców, lecz podać konkretne części zamówienia, które nie powinny być przez nich realizowane (m.in. wyrok Zespół Arbitrów z 23 czerwca 2005 r., UZP/ZO/0-1464/05).

Różnice w przepisach

Również prawo wspólnotowe zaleca dopuszczanie udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. W preambułach dyrektywy 2004/18/WE, a także dyrektywy 2004/17/WE zachęca się do udziału w rynku zamówień publicznych małych i średnich przedsiębiorców poprzez podwykonawstwo.

Wyjątkiem od przepisów ustawy pzp jest jednak zakres powierzonego podwykonawstwa. Zgodnie bowiem z art. 25 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 37 dyrektywy 2004/17/WE zamawiający posiadają uprawnienia do żądania od wykonawcy wskazania, którą część zamówienia zamierza przeznaczyć podwykonawcom. Takie stanowisko zostało potwierdzone orzeczeniem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 18 marca 2004 r. (sprawa *Arge Telecom & Partner, C-314/01*). Powyższe prowadzi zatem do wniosku, że

europejski ustawodawca nie przewidział możliwości realizacji całości zamówienia przez podwykonawców, tak jak przewiduje to polskie prawo.

Brak konsekwencji

Zamawiający posiada uprawnienie żądania wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (art. 36 ust. 4 ustawy pzp). Należy jednak zauważyć, że niewypełnienie żądań zamawiającego dotyczących wskazania zakresu podwykonawstwa (np. niepodanie informacji o planowanym podwykonawstwie lub podanie innego zakresu prac w przypadku, gdy wykonawca zamierza wykonywać zamówienie lub jego część z pomocą podwykonawców) pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych dla wykonawcy wyrażonych w ustawie pzp. Wykonawca w takiej sytuacji nie może zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ustawy pzp ani jego oferta nie może zostać odrzucona na podstawie art. 89 ustawy pzp. Podobne stanowisko wyraziła KIO w wyrokach z 21 października 2010 r. (2191/10), z 14 czerwca 2010 r. (954/10, 962/10), a także wyroku z 10 września 2009 r. (1117/09).

Warto również podkreślić, że zamawiający nie posiada uprawnienia do żądania wskazania konkretnych podmiotów, które w charakterze podwykonawców będą realizować zamówienie. Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych (wyrażonym w odpowiedzi na interpelację nr 1572 z 27 marca 2008 r.) wskazanie z nazwy podwykonawców powinno nastąpić na etapie realizacji zamówienia, a nie w momencie zawierania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, czy tym bardziej na etapie składania ofert. Jednakże zamawiający dość często żądają wskazania w ofertach danych (nazw i adresów) podwykonawców. Taka praktyka jest jednak niezgodna z treścią art. 36 ust. 4 ustawy pzp.

Co może zrobić wykonawca

Kiedy zamawiający bezasadnie ograniczy udział podwykonawców lub zażąda podania ich danych, wykonawcy biorący udział w przetargu powinni w razie postępowań o wartości równej lub przewyższającej progi unijne wnieść odwołanie na treść SIWZ (tj. naruszenie art. 36 ust. 5 ustawy pzp). Z uwagi na fakt, iż co do zasady przepisy ustawy pzp nie przewidują możliwości zaskarżenia posta-

•ZDANIEM AUTORKI

Agnieszka Zaborowska

Prawnik, specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, w tym w oparciu o warunki kontraktowe FIDIC



Z jednolitego co do zasady orzecznictwa KIO wskazującego, iż podmiot trzeci, z którego potencjału korzysta wykonawca, nie musi brać udziału w postępowaniu jako podwykonawca, należy wysnuć wniosek, że w postępowaniu, w którym ograniczono udział podwykonawców, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym lub zdolnościach finansowych podmiotów trzecich (art. 26 ust. 2b ustawy pzp). Co prawda odmienne stanowisko zostało wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych sprzed prawie dwóch lat, jednak należy zauważyć, że wskazany powyżej przepis nie odnosi się do podwykonawcy, a do innego niezależnego podmiotu trzeciego. Pojęcie „podwykonawcy” nie zostało bowiem w ustawie pzp zdefiniowane i niewątpliwie jest pojęciem węższym w stosunku do użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 2b ustawy pzp sformułowania „dysponowanie zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Dlatego też, jeżeli wykonawca posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, a podmiot ten nie będzie podwykonawcą (tylko np. doradcą czy konsultantem), to brak jest podstawy prawnej do ograniczenia możliwości powoływania się na potencjał podmiotów trzecich, z uwagi na ograniczenie podwykonawstwa. ■

•JAKIE ORZECZNICTWO

KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła w wyroku z:

■ **2 listopada 2011 r. (2274/11)**: „W zamówieniach publicznych ograniczenie możliwości podwykonawstwa traktowane jest jako wyjątek od zasady. Ponadto, jak wskazuje przepis, ograniczenie podwykonawstwa może nastąpić jedynie w uzasadnionych okolicznościach wynikających ze specyfiki przedmiotu zamówienia. Należy zwrócić przy tym uwagę, iż ograniczenie podwykonawstwa w zamówieniach publicznych wpływa na ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne przez wykonawców, a tym samym na ograniczenie konkurencyjności postępowań o zamówienie publiczne. W związku z powyższym, nieuzasadnione ograniczenie podwykonawstwa stanowi naruszenie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji”.

■ **11 maja 2011 r. (878/11, 901/11)**: „Jeżeli zamawiający chciał wprowadzić zakaz podwykonawstwa w ramach jego zamówienia, powinien to wyrazić wprost za pomocą precyzyjnych przyjętych w ustawie i adekwatnych określeń, a nie domagać się wyinterpretowania powyższego z postanowień SIWZ, które do tego się nie odnoszą. Wskazać przy tym należy, iż co do zasady w świetle art. 36 ust. 5 ustawy podwykonawstwo jest dopuszczalne zawsze i w pełnym zakresie. Jedynie w szczególnych sytuacjach w ww. przepisie wskazanych (specyfika przedmiotu zamówienia) zamawiający może je ograniczyć. Tym samym niedopuszczalne jest rozszerzające interpretowanie postanowień SIWZ, z których takie ograniczenie ma wynikać”.

■ **18 maja 2010 r. (786/10)**: „[...] ograniczenie podwykonawstwa ma charakter szczególny i może nastąpić jedynie w okolicznościach wskazanych w art. 36 ust. 5 ustawy, a więc ze względu na specyfikę zamówienia. Orzecznictwo ETS wskazuje, iż dyrektywy nie zabraniają wykluczenia lub ograniczenia możliwości wykorzystania podwykonawców do wykonania zasadniczych części zamówienia w sytuacji, kiedy zamawiający nie jest w stanie ocenić ich technicznych i finansowych możliwości na etapie postępowania, kiedy dokonuje wyboru wykonawcy, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę”.

nowień SIWZ w postępowaniach o mniejszej wartości, to w przypadku postępowań o wartość nieprzekraczającej progów unijnych wykonawca może – w terminie przewidzia-

nym do wniesienia odwołania – poinformować zamawiającego o sporządzeniu przez niego SIWZ niezgodnego z przepisami ustawy pzp.

– Agnieszka Zaborowska