

Joanna Presz-Król¹

Definicja umowy o podwykonawstwo na tle innych umów zawieranych przez wykonawcę w celu realizacji zamówienia publicznego

Przez lata obowiązywania ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – dalej: pzp – ustawodawca nie poświęcał wiele uwagi instytucji podwykonawstwa. Informacje o podwykonawstwie pojawiały się jedynie na gruncie art. 36 ust. 4 i 5 pzp w brzmieniu sprzed 24 grudnia 2013 r. W tych przepisach ustawodawca zastrzegł, że zamawiający powinien żądać od wykonawców informacji o części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, oraz ustanowił zasadę dopuszczalności zatrudnienia podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia publicznego. Od kilku lat pojęcie podwykonawstwa coraz częściej pojawia się w kontekście zamówień publicznych. Wzmocnienie pozycji wykonawcy wpisuje się bowiem w zadania prawa zamówień publicznych, a jednym z nich jest wsparcie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw.

Szerzej problematyka podwykonawstwa pojawiła się w efekcie nowelizacji ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591), która wprowadziła do pzp art. 26 ust. 2b umożliwiający posłużenie się potencjałem osób trzecich w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Nieprecyzyjne przepisy oraz skutki, jakie wywołały one na rynku, doprowadziły do sytuacji, gdzie część doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zaczęła łączyć pojęcia podwykonawstwa z pojęciem udziału w realizacji zamówienia – niezbędnym do korzystania z potencjału podmiotów trzecich. Drugim ważnym momentem był rok 2013, kiedy to po serii upadłości podwykonawców firm budowlanych ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1473)) wprowadzono szereg przepisów mających na celu wzmocnienie pozycji podwykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz ich ochronę na etapie realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego. Również ostatnia nowelizacja wprowadzona ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232) z, choć w niewielkim zakresie dotyczy problematyki podwykonawstwa, będzie miała istotne znaczenie dla praw i obowiązków podwykonawców zaangażowanych w realizację zamówienia publicznego.

¹ Mgr Joanna Presz-Król – Partner Zarządzający w Kancelarii Prawnej PIERÓG & Partnerzy.

W związku z powyższym w niniejszym artykule zostanie przybliżona definicja podwykonawstwa oraz w celu lepszego zrozumienia zakresu podwykonawstwa w ustawie pzp zostanie dokonane porównanie pojęcia podwykonawstwa oraz innych form współpracy wykonawcy z podmiotami trzecimi.

1. Definicja podwykonawstwa

Polskie prawo cywilne nie zna definicji podwykonawstwa. W ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. DzU z 2014 r., poz. 121) – dalej: kc – brak również definicji legalnej umowy o podwykonawstwo. Tym samym należy uznać, że co do zasady jest to typowa umowa cywilna zawarta na podstawie generalnego przepisu o swobodzie umów (art. 353¹ kc). Nie zmienia tego fakt, że niektóre prawa i obowiązki stron umowy podwykonawczej na roboty budowlane zostały uregulowane w art. 647¹ § 1 kc. Z przepisów tych wynika jedynie, że podwykonawcą robót budowlanych jest podmiot, za pomocą którego wykonawca realizuje na rzecz inwestora lub głównego wykonawcy umowę o robotę budowlaną. Wprowadzone w 2003 r. przepisy miały za zadanie wprowadzić mechanizm chroniący interes podwykonawców, a nie definiować cechy tego stosunku prawnego.

Cytując za profesorem R. Szostakiem, należy stwierdzić, że

^^^

pod względem obligacyjnym umowa podwykonawcza i wykreowany nią stosunek pozostają w pełni autonomicznymi zdarzeniami prawnymi. Związek ze zobowiązaniem podstawowym ma wymiar jedynie czysto funkcjonalny. W istocie zatem umowa o podwykonawstwo nie może stanowić samodzielnego typu kontraktu, skoro pozostaje wyłącznie ogólnym wariantem zwyczajnego zobowiązania, zorientowanego jedynie na realizację innego (cudzego) długu. O jej kwalifikacji prawnej przesądza więc każdorazowo treść zobowiązania podwykonawcy, zwłaszcza charakter jego powinności wobec dłużnika-wykonawcy, w ramach autonomicznego przedmiotu świadczenia².

^^^

Definicja podwykonawstwa pierwszy raz w pzp pojawiła się w ustawie z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. poz. 1271) wskutek implementacji do polskiego porządku prawnego wdrożenie do polskiego porządku prawnego dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji

² R. Szostak, *Podwykonawstwo i jego znaczenie prawne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 1.

procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE – dalej: dyrektywa obronna. Zgodnie z wprowadzonym wówczas art. 131m ust. 2 pzp ilekroć w przepisach dotyczących zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest mowa o umowie o podwykonawstwo, należy przez to rozumieć pisemną umowę o charakterze odpłatnym, zawieraną w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem. Przepis jest zgodny z definicją podwykonawstwa zawartą w art. 1 pkt 22 dyrektywy obronnej.

Należy zwrócić uwagę, że umowa o podwykonawstwo w dziedzinie obronności powinna mieć charakter odpłatny, być zawarta w formie pisemnej oraz określać przedmiot częściowo pokrywający się z przedmiotem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Charakterystyczną dla tych umów cechą jest określony katalog podmiotów, z którymi może ona być zawarta. Z katalogu tego ustawodawca wyraźnie wyłączył podmioty powiązane z wykonawcą. Ma to na celu umożliwienie wykonawcy przeprowadzenie w sposób konkurencyjny procedury wyboru podwykonawcy, co jest niezwykle istotne z uwagi na cel wprowadzenia przepisów o podwykonawstwie w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. „Cechą szczególną zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest uprawnienie zamawiającego do ustalenia poziomu podwykonawstwa, a zarazem do możliwości zobowiązania wykonawcy do zaangażowania podwykonawców w realizację zamówienia”³.

Definicja umowy o podwykonawstwo dla pozostałych zamówień publicznych pojawiła się z dniem 24 grudnia 2013 r., kiedy to weszła w życie nowelizacja pzp z dnia 8 listopada 2013 r. (DzU z 2013 r., poz. 1473). Zgodnie z wprowadzonym wówczas art. 2 pkt 9b pzp przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć 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. Definicja określa trzy podstawowe cechy umowy o podwykonawstwo: formę, odpłatność oraz przedmiot.

³ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014.

Dla umowy o podwykonawstwo ustawodawca przewidział formę pisemną. Zgodnie z art. 78 kc do zawarcia umowy w formie pisemnej wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Z tym że oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Należy jednak podkreślić, że ustawodawca nie zdecydował się na zastrzeżenie tej formy pod rygorem nieważności. Oznacza to, że umowa zawarta w innej formie, np. ustnej, jest skuteczna i ważna (zob. art. 73 § 1 kc⁴). Zastrzeżenie formy pisemnej bez rygoru nieważności ma jedynie ten skutek, że w razie niezachowania tej formy nie jest w sporze dopuszczalny dowód ze świadków ani dowód z przesłuchania stron na fakt dokonania czynności. Istotne jest przy tym, że przepisów o formie pisemnej przewidzianej dla celów dowodowych nie stosuje się do czynności prawnych w stosunkach między przedsiębiorcami. Ponadto dowód ze świadków lub przesłuchania stron dopuszczalny jest m.in. także wtedy, gdy obie strony wyrażą na to zgodę, albo jeżeli fakt dokonania czynności prawnej będzie uprawdopodobniony za pomocą pisma.

Należy zwrócić uwagę, że regulacja pzp jest w zakresie wymogów co do formy bardziej korzystna dla podwykonawców niż przepisy kc dotyczące podwykonawstwa w robotach budowlanych. Zgodnie bowiem z art. 647¹ § 2 kc umowy z podwykonawcami powinny być zawierane w formie pisemnej pod rygorem nieważności.

Umowa o podwykonawstwo musi mieć charakter umowy odpłatnej. Oznacza to, że nie może to być umowa pod tytułem darmym. Ustawodawca nie precyzuje w definicji rodzaju odpłatności. Odnosząc jednak to pojęcie do pojęcia odpłatności, które pojawia się w definicji zamówienia publicznego zawartej w art. 2 pkt 13 pzp, trzeba stwierdzić, że pojęcie odpłatności należy interpretować szeroko i że obejmuje ono nie tylko świadczenia pieniężne, lecz również każdy rodzaj korzyści, które zamawiający akceptuje w zamian za wykonanie zamówienia⁵. Powyższe ma szczególne znaczenie dla umów podwykonawczych w przedmiocie usług i dostaw, w których nierzadko spotyka się rozliczenia barterowe. Dokonując kompleksowej wykładni przepisów dotyczących podwykonawstwa, należy jednak skłonić się do zawężenia znaczenia odpłatności w ramach umowy o podwykonawstwo w

⁴ Jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej formę pisemną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności.

⁵ Zob. również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8 grudnia 2011 r. (KIO 2542/11), oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 3 stycznia 2012 r. (KIO 2725/11).

umowie o roboty budowlane do rozliczeń w pieniądzu. Trudno bowiem byłoby zamawiającemu zrealizować roszczenia podwykonawcy z tytułu płatności w ramach solidarnej odpowiedzialności za płatność wynagrodzenia, w przypadku gdy odpłatność byłaby dokonywana w naturze lub miała charakter barterowej wymiany usług (czego nie można jednak wykluczyć).

Kolejnym elementem wyróżniającym umowę o podwykonawstwo jest jej przedmiot. Zgodnie z omawianą definicją przedmiotem tym są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego. Pzp zawiera szczegółowe regulacje pozwalające rozróżnić usługi, dostawy lub roboty budowlane. Zgodnie z art. 1 pkt 10 pzp usługami są wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy, a są usługami określonymi w przepisach wydanych dla zamówień innych niż z dziedziny obronności i bezpieczeństwa na podstawie art. 2a pzp. Listę świadczeń zaliczanych do kategorii usług zawiera rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (DzU nr 12, poz. 68). Dostawy zostały dość szeroko zdefiniowane w art. 2 pkt 2 pzp, zgodnie z którym przez dostawy należy rozumieć nabywanie rzeczy, praw oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu. Robotą budowlaną natomiast jest wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c pzp⁶ lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego (art. 2 pkt 8 pzp). Istotne przy tym jest, że świadczenia objęte umową o podwykonawstwo muszą stanowić część przedmiotu zamówienia określonego w umowie w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym zrealizowanie umowy o podwykonawstwo skutkować będzie częściowym wykonaniem zamówienia publicznego. „Świadczenia objęte umową podwykonawczą będą również przedmiotem czynności odbioru podejmowanych przez zamawiającego oraz będą objęte gwarancją należytego wykonania zamówienia udzielaną przez wykonawcę”⁷.

Stronami umowy o podwykonawstwo są, co do zasady, wybrany przez zamawiającego wykonawca oraz inny podmiot. Odrębnie ta kwestia została uregulowana w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane. W tych zamówieniach do umów o podwykonawstwo objętych reżimem pzp zaliczono dodatkowo również umowy między

⁶ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 3 grudnia 2012 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (DzU z 2012 r., poz. 1372).

⁷ Zob. uzasadnienie projektu ustawy, druk sejmowy nr 1179, Sejm VII kadencji.

podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami. Konstrukcja ta jest zgodna z przepisami kc, które również rozszerzają regulacje dotyczące podwykonawstwa w umowach na roboty budowlane na dalsze podwykonawstwo. Istotną w tym przypadku różnicę stanowi fakt, że w odróżnieniu od przepisów kc pzp nie ogranicza dalszego podwykonawstwa jedynie do umów w przedmiocie robót budowlanych, ale również do dostaw i usług realizowanych w celu wykonania zamówienia na roboty budowlane. Uprzywilejowanie dalszych podwykonawców występujących w procesie budowlanym w stosunku do dalszych podwykonawców występujących przy realizacji zamówień na dostawy i usługi wynika przede wszystkim z charakteru oraz wagi zamówień na roboty budowlane. Dalsi podwykonawcy występujący w tego rodzaju zamówieniach to zasadniczo drobni, regionalni przedsiębiorcy, którym zlecane są do realizacji niewielkie fragmenty przedmiotu zlecenia. Podczas gdy zamówienia na usługi i dostawy nie mają tak złożonego charakteru. W uzasadnieniu do projektu ustawy ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1473) podkreślono również, że w zamówieniach na dostawy dalszymi podwykonawcami są zazwyczaj producenci lub dystrybutorzy, a zatem podmioty mające mocną pozycję na rynku i niewymagające szczególnej ochrony ze strony państwa⁸.

Należy podkreślić, że w odróżnieniu do umowy o podwykonawstwo w zakresie zamówień z dziedziny bezpieczeństwa i obronności przepisy dotyczące podwykonawstwa w pozostałym zakresie nie określają kręgu podmiotów, które mogą być stroną umowy o podwykonawstwo. W szczególności nie ma przeszkód, aby podwykonawcą był podmiot powiązany z wykonawcą.

W uzupełnieniu dodać należy, że tak dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, jak i dyrektywa 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, nie zawierają definicji umowy o podwykonawstwo.

2. Podwykonawstwo a udział w realizacji zamówienia

Podwykonawstwo należy także odróżnić od wypracowanej w doktrynie i orzecznictwie konstrukcji udziału w realizacji zamówienia. Konstrukcja ta powstała na gruncie art. 26 ust.

⁸ Uzasadnienie projektu ustawy. Druk sejmowy nr 1179, Sejm VII kadencji.

2b pzp, a jej kształt został doprecyzowany przez bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b pzp

^^^

wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia⁹.

^^^

Przywołany przepis pzp stanowi implementację do prawa krajowego postanowień art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzUrz UE L 134/114 z 30.04.2004 ze zm.) oraz art. 54 ust. 5 i 6 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (DzUrz UE L 134/1 z 30.04.2004 ze zm.).

Istotny w tym zakresie jest aspekt historyczny wykładni ww. regulacji. Przepis ten bowiem od momentu jego uchwalenia budził ogromne trudności interpretacyjne zwłaszcza w zakresie możliwości użyczenia wykonawcy potencjału w postaci wiedzy i doświadczenia. Ponadto wątpliwości interpretacyjne przełożyły się na falę nadużyć, która pojawiła się w praktyce stosowania pzp. W szczególności mowa o handlu referencjami, tworzeniu spółek celowych, które nie dawały żadnej rękojmi należytego wykonania zamówienia czy też posługiwaniu się tym samym doświadczeniem przez kilku konkurujących ze sobą wykonawców. Próby rozwiązania ww. problemów podjął Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, wydając szereg opinii w przedmiocie zastosowania art. 26 ust. 2b pzp (np. Opinia Urzędu Zamówień Publicznych w sprawie warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu). W opiniach tych Prezes UZP przedstawił stanowisko,

⁹ W brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232)

zgodnie z którym w sytuacji korzystania z potencjału podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia jedynym przypadkiem wskazującym na rzeczywisty charakter udostępnienia potencjału jest zapewnienie udziału podmiotu udostępniającego swój potencjał w realizacji zamówienia, co do zasady jako podwykonawcy. W treści zobowiązania podmiotu trzeciego powinno zostać zawarte wyraźne nawiązanie do uczestnictwa tego podmiotu w wykonaniu zamówienia. Prezes UZP wskazywał, że brak jest możliwości udostępnienia doświadczenia bez jednoczesnego udostępnienia przedsiębiorstwa, z którym to doświadczenie jest związane jako składnik tego przedsiębiorstwa niepodlegający samodzielnie obrotowi. W ocenie Prezesa UZP

^^^

wykonawca może nie posiadać samodzielnie wymaganej wiedzy i doświadczenia, ale w takim przypadku powinien zagwarantować wykonanie danej części zamówienia przez podmiot, który takie doświadczenie posiada. W przeciwnym wypadku stawianie warunków udziału w postępowaniu byłoby bezcelowe i prowadziłyby *de facto* do wykonywania zamówienia przez wykonawcę, który dopiero nabywa doświadczenie przy realizacji danego zamówienia¹⁰.

^^^

Ponieważ prezentowana przez Prezesa UZP interpretacja opierała się w dużej mierze na wykładni celowościowej i funkcjonalnej, a nie literalnej przepisu – powstały rozbieżności w ocenie prawidłowości korzystania z potencjału wiedzy i doświadczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą. Część arbitrów prezentowała pogląd zbliżony z prezentowanym przez Prezesa UZP. Przykładowo w orzeczeniach KIO z dnia 8 maja 2013 r. (KIO 953/13) oraz z dnia 10 października 2012 r. (KIO 2081/12 i KIO 2082/12) wskazano, że udostępnienie zasobów w postaci doświadczenia powinno przekładać się na wykonywanie poszczególnych prac objętych przedmiotem zamówienia bezpośrednio przez podmiot udostępniający swój potencjał, gdyż konieczne jest wykonywanie tych prac przez osoby posiadające odpowiednie doświadczenie.

^^^

Za wypełnienie obowiązku udowodnienia wynikającego z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie może być uznane ogólne oświadczenie (...) że będzie szkolił swe kadry pod nadzorem specjalistów podmiotu trzeciego i że będzie miał dostęp do dokumentacji technicznych, zaś podmiot trzeci będzie mógł mu doradzać w trakcie realizacji projektu. O ile przyjąć można, że w drodze

¹⁰ Wskazywane opinie zostały opublikowane przed wejściem w życie rozporządzenia. Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz 231)

szkolenia można nabyć wiedzę teoretyczną potrzebną do wykonania zamówienia, o tyle niemożliwym jest w ten sposób nabycie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia¹¹.

^^^

Jednak za dominujący w Krajowej Izbie Odwoławczej należy w ocenie autora uznać pogląd, który za nieuzasadnioną uznał generalną tezę, jakoby udostępnienie wiedzy i doświadczenia możliwe było wyłącznie poprzez uczestnictwo podmiotu udostępniającego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Jednocześnie w orzecznictwie wypracowano dość spójne stanowisko, że mimo faktu, iż nie można żądać od podmiotu trzeciego realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy, udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia, zwłaszcza zasobów nierozzerwalnie związanych z podmiotem udostępniającym (a do takich należy wiedza i doświadczenie), musi łączyć się z określonym zaangażowaniem podmiotu udostępniającego w realizację umowy¹². Wyraźnie jednak zaznaczono, że zaangażowanie to nie musi być związane z realizacją części zamówienia, lecz może przybrać różnorakie formy, np. doradztwo lub konsultacje. „Formy te wskazują na rodzaj współpracy między wykonawcą a podmiotem, który udostępnia swój potencjał w celu realizacji zamówieni”¹³. Należy zatem uznać za ugruntowany w orzecznictwie pogląd, zgodnie z którym w celu skorzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego podmiot ten powinien uczestniczyć w realizacji zamówienia, wyraźnie jednak trzeba odróżnić tę instytucję od instytucji podwykonawstwa.

Słuszność przyjętej w orzecznictwie interpretacji potwierdził ustawodawca, uchwalając w dniu 19 lutego 2013 r. rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U., poz. 231) – dalej: rozporządzenie o dokumentach. Przepis § 1 ust. 6 tego rozporządzenia dał podstawę zamawiającemu do żądania w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów od wykonawców, którzy, spełniając warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, polegają na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b pzp, dokumentów dotyczących w szczególności:

- 1) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- 2) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,

¹¹ Wyrok KIO z 20 maja 2011 r. (KIO 945/11).

¹² Wyrok KIO z 10 sierpnia 2012 r. (KIO 1641/12).

¹³ Wyrok KIO z 26 lipca 2011 r. (KIO 1482/11).

- 3) charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- 4) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W przepisie tym wyraźnie zastrzeżono, że zamawiający powinien badać, czy stosunek łączący wykonawcę z podmiotami trzecimi gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, oraz sposób korzystania z potencjału podmiotu trzeciego przez wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Nie zastrzeżono jednak, że jedynym stosunkiem, jakie oba te podmioty powinny wiązać, jest umowa o podwykonawstwo. Tym samym udział w realizacji zamówienia może, ale nie musi być tożsamy z podwykonawstwem.

Przepis art. 36a ust. 2 pzp wprowadzony nowelizacją z dnia 8 listopada 2013 r. wprowadził dodatkowe wątpliwości interpretacyjne dotyczące odróżnienia instytucji podwykonawstwa od instytucji udziału w realizacji zamówienia. Zgodnie z ww. przepisem zamawiający miał prawo zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi lub prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Jednocześnie zastrzeżono brak możliwości ograniczenia podwykonawstwa w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu w trybie art. 26 ust. 2b pzp. Analiza ww. przepisu prowadzi do wniosku, że ustawodawca łączy podwykonawstwo z możliwością powołania się na potencjał podmiotów trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Powyższa wykładnia może zostać uznana za daleko idącą, jednak najnowsze orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wydaje się utrzymywać ukształtowaną poprzednio linię orzeczniczą, nie utożsamiając, co do zasady, pojęć udziału w realizacji zamówienia z pojęciem podwykonawstwa¹⁴.

3. Podwykonawstwo a dysponowanie osobami

Definiując podwykonawstwo w zamówieniach publicznych, należy je także odróżnić od dysponowania osobami w celu realizacji zamówienia. Mimo że obie te instytucje pozornie dotyczą zupełnie różnych obszarów prawa zamówień publicznych, to z uwagi na fakt, iż definicja umowy o podwykonawstwo zawarta w art. 9b pzp jest dość pojemna, istnieje ryzyko uznania każdej osoby, którą z wykonawcą łączy umowa cywilna w formie pisemnej i która odpłatnie dla wykonawcy świadczy usługi lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, za podwykonawcę.

¹⁴ Np. wyrok KIO z 25 kwietnia 2014 r. (KIO 715/14).

Podkreślić należy, że pzp rozróżnia podwykonawcę od osoby, którą dysponuje wykonawca w celu wykonania zamówienia, używając odrębnych terminów oraz wskazując na zupełnie inny cel ujawnienia tych podmiotów w ofercie wykonawcy. Obowiązek dysponowania osobami zdolnymi do realizacji zamówienia został uregulowany w art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki m.in. dysponowania odpowiednimi osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Każdorazowo wykonawca biorący udział w postępowaniu oświadcza, że posiada odpowiedni potencjał kadrowy, składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Ponadto zamawiający jest uprawniony do skonkretyzowania warunku dysponowania osobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, żądając złożenia wraz z ofertą wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat wymaganych w specyfikacji kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności, oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Podstawowa różnica pomiędzy ww. instytucjami to status prawny podmiotu, z którym współpracuje wykonawca. Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp dotyczy wyłącznie osób fizycznych, natomiast katalog podwykonawców jest znacznie szerszy.

Ponadto wyrażenie „dysponować”, którym posługuje się art. 22 ust. 1 pkt pzp, nie wymaga tak sformalizowanej formy ustalenia warunków współpracy z wykonawcą jak w przypadku umowy o podwykonawstwo. Przyjmuje się, że

^^^

należy je definiować jako realną możliwość zaangażowania poszczególnych osób w realizację zamówienia. Z ww. przepisu nie wynika (...), aby wykonawca musiał być związany z takimi osobami stosunkiem pracy czy też jakimkolwiek innym węzłem obligacyjnym w terminie składania oferty¹⁵.

^^^

Nie jest także wymagana forma pisemna ani nie ma obliiga odpłatności z tytułu tego rodzaju współpracy.

W doktrynie podkreśla się konieczność rozgraniczenia strefy osobistego świadczenia wykonawcy od świadczeń realizowanych na zewnątrz struktury wykonawcy.

¹⁵ P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2014; zob. także wyrok KIO z 29 marca 2010 r. (KIO/UZP 269/10).

^^^

W ramach „osobistego” wykonania zamówienia mieszczą się wszelkie celowe działania wykonawcy, podejmowane nie tylko przy udziale zastępców bezpośrednich (przedstawicieli), posłańców i pracowników, lecz także za pośrednictwem innych osób podporządkowanych jego kierownictwu, zwłaszcza zatrudnionych na podstawie umowy cywilnoprawnej (zlecenia, agencji, kontraktu menadżerskiego), a ponadto takich powierników, jak: komisantów, osób świadczących usługi pocztowe, przewoźników lub przechowawców funkcjonujących w charakterze dzierżycieli powierzonych przedmiotów. W relacji do zobowiązania podstawowego nie są to samodzielnie operujące osoby trzecie, lecz podmioty działające zazwyczaj w imieniu i na rachunek wykonawcy¹⁶.

^^^

Osoby, którymi dysponuje wykonawca zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 pzp, stanowią zatem zasób własny wykonawcy i nie są wyodrębniane przez zamawiającego jako osobny podmiot niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących te osoby z wykonawcą, nawet w przypadku prowadzenia przez nie działalności gospodarczej. Ponadto osoby te co do zasady nie wykonują wyodrębnionej części zamówienia bezpośrednio na rzecz zamawiającego, lecz wykonują prace w ramach działań wykonawcy.

W tym miejscu należy również wskazać, że w orzecznictwie i doktrynie wyróżnia się bezpośrednio i pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do realizacji zamówienia. Wyodrębnienie to stało się konieczne po wprowadzeniu do pzp art. 26 ust. 2b oraz odpowiednich przepisów rozporządzenia o dokumentach¹⁷. W przypadkach gdy tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a tymi osobami mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Bez znaczenia w tym przypadku jest, czy strony łączy umowa o pracę, umowa zlecenia czy też mamy do czynienia z tzw. samozatrudnieniem się osoby fizycznej prowadzącej działalność gospodarczą¹⁸. Z pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna istnieje pomiędzy wykonawcą a podmiotem trzecim, który w sposób bezpośredni dysponuje osobą, a nie bezpośrednio z tą osobą. Podkreślenia wymaga, że także w przypadku powierzenia osób zdolnych do wykonania zamówienia przez podmiot

¹⁶ R. Szostak, *Podwykonawstwo...*, dz. cyt.

¹⁷ § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów o dokumentach z dnia 19 lutego 2013 r. (DzU z 2013 r., poz. 231), § 1 ust. 2 rozporządzenia o dokumentach z dnia 30 grudnia 2009 r. (DzU nr 226, poz. 1817).

¹⁸ Zob. wyrok KIO z 2 lipca 2009 r. (KIO/UZP 766/09), wyrok KIO z 27 maja 2009 r. (KIO/UZP 639/09; KIO/UZP 659/09).

trzeci osoby te nie stają się podwykonawcami. Podwykonawcą z uwagi na sam akt powierzenia swoich zasobów kadrowych nie staje się również podmiot trzeci. Udostępnienie zasobów kadrowych może bowiem nastąpić poprzez delegowanie pracowników podmiotu trzeciego do wykonawcy na czas realizacji zamówienia w celu wykonywania pracy związanej z wykonaniem tego zamówienia, jak też w sytuacji, gdy podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w wykonaniu zamówienia¹⁹.

4. Podwykonawstwo a inne formy współpracy

Z uwagi na konieczność oświadczenia się co do zakresu podwykonawstwa w składanych ofertach istotne jest wyraźne odróżnienie podwykonawcy od innych podmiotów, z którymi wykonawcę łączy więź prawna. Istnieje bowiem znaczna grupa umów, które wykonawca zawiera z podmiotami trzecimi i które są niezbędne do realizacji zamówienia, a nie stanowią umowy o podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9a pzp.

Do umów takich można zaliczyć umowy dotyczące obsługi własnego przedsiębiorstwa, np. usługi księgowe, prawne, kredytowe itp. Ich również nie można zakwalifikować jako usług podwykonawczych, nawet w sytuacji gdy wpływają na możliwość lub jakość realizacji zamówienia publicznego²⁰. W uzasadnieniu do projektu noweli pzp z dnia 8 listopada 2013 r. wyraźnie zastrzeżono, że do kategorii umów o podwykonawstwo „będą kwalifikowane wyłącznie te umowy, których rezultat będzie stanowił jednocześnie wykonanie zamówienia publicznego, polegający następnie odbiorowi i ocenie, w zakresie należytego wykonania, przez zamawiającego”.

Znacznie bardziej złożona jest kwestia rozróżnienia podwykonawcy i producenta, importera lub dostawcy, zwłaszcza w przypadku zamówień na dostawę. Przed wprowadzeniem do pzp legalnej definicji podwykonawstwa oddzielenie tych dwóch stosunków prawnych budziło wątpliwości wykonawców i zamawiających, niejednokrotnie stając się przedmiotem rozstrzygnięć Krajowej Izby Odwoławczej.

W orzecznictwie zwracano uwagę na fakt, że producentem jest podmiot, który produkuje określone towary w celu sprzedaży ich na rynku. Działalność producenta nie jest nakierowana na realizowanie części zamówienia publicznego. „Nadinterpretacją byłoby

¹⁹ Zob. opinia prawna Prezesa UZP *Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówień*

²⁰ W. Dzierżanowski, *Podwykonawstwo w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 1.

zatem utożsamianie pojęcia podwykonawcy i producenta²¹. Podobnie jest w przypadku dostawcy materiałów budowlanych w zamówieniach na roboty budowlane lub dystrybutorów sprzętu, u których zaopatruje się wykonawca. Umowy tego rodzaju „nie mają charakteru podwykonawstwa, są zwykłymi stosunkami gospodarczymi pomiędzy przedsiębiorcami w danej branży, opartymi na ogół o umowy sprzedaży lub dostawy”²². W odróżnieniu tych pojęć podkreślano jako istotny i wyróżniający podwykonawstwo element realizacji przez podwykonawcę odrębnej części zamówienia bezpośrednio dla zamawiającego. W przypadku umów dostawy stosunek zobowiązaniowy powstaje tylko pomiędzy dostawcą a odbiorcą, którym w tym przypadku jest wykonawca, a nie zamawiający.

Jeszcze trudniejsze do wyodrębnienia tych dwóch pojęć były sytuacje, w których wraz z dostarczonymi rzeczami dostarczane były związane z nimi usługi, np. serwisu, aktualizacji itp. Każdy tego rodzaju przypadek był rozpatrywany przez Krajową Izbę Odwoławczą *ad casum*. Niemniej za dominujący należało uznać pogląd, że oferowane przez producenta usługi gwarancyjno-serwisowe są związane z dostarczonym sprzętem i wchodzi w skład zobowiązania wykonawcy, nie stanowiąc świadczeń podwykonawczych nawet w sytuacji, gdy uprawnienia do korzystania z nich zostaną przeniesione na zamawiającego²³.

Powyższe rozróżnienie oparte na tezach zawartych w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej powinno zachować swoją aktualność także na gruncie definicji podwykonawstwa wprowadzonej do pzp. Może to oczywiście budzić wątpliwości z uwagi na fakt, że definicja objęła szeroki wachlarz umów zawieranych przez wykonawców w celu realizacji zamówienia, w tym umowy dostawy. Ponadto można wskazać na wiele elementów, które są wspólne dla umów dostawy/sprzedaży i instytucji podwykonawstwa (np. odpłatność, rodzaj świadczenia).

Na odmienny pogląd może wskazywać poza samą definicją umowy o podwykonawstwo także brzmienie nowego art. 36a ust. 2 pkt 2 pzp, który stanowi, że w zakresie zamówień na dostawy zamawiający może nałożyć obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę jedynie prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją przedmiotu dostawy. Natomiast w uzasadnieniu wprowadzenia tego przepisu wskazano, że

^^^

objęcie projektowanym przepisem całości zamówień na dostawy nie jest uzasadnione, bowiem przedmiotem dostaw mogą być tak świadczenia skomplikowane i specjalistyczne, jak

²¹ Wyrok KIO z 18 lutego 2008 r. (KIO/UZP 84/08).

²² Uzasadnienie do ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych. Druk sejmowy nr 1179.

²³ Zob. wyrok KIO z 10 października 2013 r. (KIO 1667/13); odmiennie: wyrok KIO z 10 września 2009 r. (KIO/UZP 1117/09), oraz wyrok KIO z 21 października 2010 r. (KIO/UZP 2191/10).

i proste, np. zamówienia na dostawy materiałów biurowych, a wprowadzenie możliwości zastrzeżenia wykonania części dostawy osobiście przez wykonawcę może skutkować istotnym ograniczeniem konkurencji i ograniczeniem kręgu wykonawców wyłącznie do producentów przedmiotu dostawy, gdy obecnie tego rodzaju zamówienia są zazwyczaj realizowane przez pośredników.

^^^

Tym samym autorzy projektu niejako przyznają, że konieczność wprowadzenia ww. regulacji wynika z faktu, iż definicja umowy o podwykonawstwo obejmuje również stosunek wykonawcy z producentem, importerem lub dostawcą.

Tak jak wspomniano powyżej, ww. stwierdzenie powinno zostać poddane weryfikacji przez orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Przyjęcie takiego rozumienia umowy o podwykonawstwo oznaczałoby bowiem w praktyce, że niemalże w każdym zamówieniu wykonawcy musieliby wskazywać na udział podwykonawców i ujawniać ich w ofercie. W przypadku umów o dużej wartości, np. na roboty budowlane lub na dostawy, wskazanie producentów/dostawców materiałów wykorzystywanych lub dostarczanych produktów/materiałów na etapie składania ofert byłoby nie tylko zbędne z uwagi na cel pzp, ale również niejednokrotnie niemożliwe. Zakres podwykonawstwa powinien być każdorazowo badany z uwzględnieniem przedmiotu samego zamówienia i oceny, czy umowa zawierana przez wykonawcę ma charakter subsydiarny, czy też jej celem jest realizacja części przedmiotu zamówienia bezpośrednio dla zamawiającego.