



Dostawy, usługi, roboty

Samodzielnie, w konsorcjum

czy jako podwykonawca

Mali lub średni wykonawcy, aby sprostać wymaganiom zamawiającego w zakresie doświadczenia, rzeczywistych możliwości finansowych i posiadanego sprzętu niezbędnego do realizacji zamówienia, wspólnie mogą się ubiegać o uzyskanie zamówienia.

Samodzielnie, w konsorcjum czy jako podwykonawca

DOSTAWY, USŁUGI, ROBOTY | Mali lub średni wykonawcy, aby sprostać wymaganiom zamawiającego w zakresie doświadczenia, rzeczywistych możliwości finansowych i posiadanej aparatury niezbędnej do realizacji zamówienia, mogą się wspólnie ubiegać o uzyskanie zamówienia.

Przedsiębiorca jako wykonawca zamówienia publicznego jest obok zamawiającego jednym z głównych uczestników postępowania, od którego na podstawie odpłatnej umowy oraz w wyniku sformalizowanego postępowania zamawiający nabywa usługi, dostawy lub roboty budowlane.

W ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: p.z.p.) przyjęto konstrukcję wykonawcy zamówienia publicznego umożliwiającą realizację umowy nie tylko dzięki własnym zasobom technicznym, gospodarczym lub potencjałowi kadrowemu. Ustawodawca uwzględnił, z uwagi na niekiedy bardziej złożony rynek dostaw lub usług, a w szczególności robót budowlanych, możliwość wspólnego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego. Intencją takiego uregulowania wzajemnych relacji wynika z sytuacji ekonomicznej małych lub średnich wykonawców, którzy, aby sprostać wymaganiom zamawiającego w zakresie doświadczenia, rzeczywistych możliwości finansowych i posiadanej aparatury niezbędnej do realizacji zamówienia, wspólnie mogą się ubiegać o uzyskanie zamówienia.

Przedsiębiorca, czyli kto

W p.z.p. próżno szukać definicji przedsiębiorcy. Ustawodawca posługuje się bowiem definicją wykonawcy, którym „jest osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Definicja ta koresponduje jednak ze znaną z kodeksu cywilnego definicją przedsiębiorcy. Art. 43¹ k.c. stanowi bowiem, że „przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna, o której mowa w art. 33¹ § 1, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową”. Pośrednio zastosowanie w systemie zamówień publicznych definicji kodeksowej oparte jest na art. 14 p.z.p., który stanowi, że „do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej”.

Biorąc pod uwagę wskazane, różniące się od siebie definicje, oczywiste jest, że wykonawca zamówienia publicznego będzie przedsiębiorcą w rozumieniu k.c., choćby ze względu na zakres warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, definiowanych w art. 22 p.z.p., przez dołączanie do oferty dokumentów wskazanych w rozporządzeniu prezesa Rady Ministrów

w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane na podstawie art. 25 ust. 2 p.z.p.

Ponadto z art. 24 ust. 1 p.z.p., wskazującym katalog wykonawców podlegających wykluczeniu z udziału w postępowaniu, wynika, że wykonawca w rozumieniu p.z.p. utożsamiony jest w przeważającej mierze z przedsiębiorcą działającym w różnych formach organizacyjnych, w tym spółkach prawa handlowego. Wskazać należy, że celem zamówień publicznych jest wybór w drodze przewidzianych prawem procedur wykonawcy dostaw, usług lub robót budowlanych, posiadających odpowiednią jakość, co jest możliwe do spełnienia jedynie w ramach profesjonalnej, zorganizowanej działalności.

Sam w przetargu

Zasadą jest, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy biorą udział samodzielnie. Na podstawie warunków udziału w postępowaniu formułowanych przez zamawiającego w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu składają ofertę popartą dokumentami wykazującymi wymagane przez zamawiającego doświadczenie, wiedzę oraz posiadane uprawnienia. W przypadku postępowania o wartości większej niż kwoty wskazane w rozporządzeniu, o którym mowa w art. 11 ust. 8 p.z.p., zamawiający, o ile określił konkretne warunki udziału, ma obowiązek zażądać od wykonawców dokumentów potwierdzających ich spełnienie.

W przypadku samodzielnego udziału wykonawcy w postępowaniu na podstawie art. 26 ust. 2b i ze p.z.p. może on wykorzystać przy realizacji zamówienia doświadczenie, potencjał ekonomiczny oraz personel podmiotu trzeciego. Informacja o tym trzeba zawrzeć już w ofercie. Należy się zastanowić, czy samo udostępnienie potencjału osobowego, ekonomicznego oraz wiedzy i doświadczenia stanowi podwykonawstwo w rozumieniu art. 2 pkt 9b p.z.p. Z wykładni systemowej ustawy wynika, że jeżeli miałyby to być stosunki jednolite zarówno pod względem faktycznego udziału w realizacji zamówienia, jak i odpowiedzialności, takie sformułowania znalazłyby się w ustawie. Jednocześnie należy uznać, że jeżeli ustawodawca dopuszcza korzystanie przy realizacji zamówienia z potencjału innego podmiotu bez względu na charakter łączących je stosunków (art. 26 ust. 2b p.z.p.), dopuszczalne wydaje się także korzystanie z potencjału podwykonawcy, z tym zastrzeżeniem, że niezależnie od rodzaju relacji pomiędzy tymi podmiotami udostępniającymi zasoby, zgodnie z art. 26 ust. 2b, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudo-

•ZDANIEM AUTORA

Przemysław Kocielski

radca prawny, **Kancelaria Doradztwa Gospodarczego Cieślak & Kordasiewicz sp.j.**



Wybór formy udziału przedsiębiorcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zależy od decyzji wykonawcy, który po zapoznaniu się z warunkami postępowania powinien przeanalizować własne możliwości pod względem finansowym, technicznym, kadrowym oraz wymaganego doświadczenia. W tym zakresie przepisy dopuszczają możliwość korzystania z potencjału osób trzecich stanowiącą zachętę dla małych i średnich przedsiębiorstw, co sprzyja wzrostowi konkurencyjności. Nie mniej istotne z punktu widzenia udziału w realizacji zamówienia w każdej z form są odrębne zasady ponoszenia odpowiedzialności wobec zamawiającego za nienależyte wykonanie zamówienia, czyli swoisty mechanizm obrony podwykonawcy przed nieuczciwym wykonawcą, chroniący na rynku przeważnie małe i średnie przedsiębiorstwa. ■

stąpienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Może lepiej w konsorcjum

Wspólne złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przez co najmniej dwóch przedsiębiorców/wykonawców przewiduje art. 23 p.z.p. Przepis ten nie określa, w jakiej formie będzie się odbywać współpraca wykonawców, dając zamawiającemu możliwość żądania od wykonawców jedynie w przypadku wyboru takiej oferty jako najkorzystniejszej umowy regulującej ich współpracę według art. 23 ust. 3 p.z.p.

Prawo zamówień publicznych i kodeksowi cywilnemu nie jest znana umowa konsorcjum, gdyż właśnie w ten sposób określana jest często wspólna inicjatywa kilku przedsiębiorców podejmowana w celu pozyskania zamówienia publicznego. Należy wspomnieć, że w polskich realiach jest to umowa nienazwana, odrębna od umowy spółki cywil-

nej, takiej umowy jedynie w razie wybrania oferty wykonawców. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego zakres odpowiedzialności rozkłada się inaczej niż w przypadku podmiotów udostępniających potencjał. Art. 141 p.z.p. stanowi, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy i wniesienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Wykonawcy nie mogą jej ani wyłączyć, ani ograniczyć w drodze czynności prawnej, poprzez odmienne uregulowanie zasad odpowiedzialności za wykonanie zamówienia w umowie o współpracy.

Prawo zamówień publicznych nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ściśle określone obowiązki. Wykonawcy we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub w ofercie muszą wskazać pełnomocnika do kontaktów z zamawiającym, do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu

postępowania, m.in. w toku udzielania wyjaśnień co do treści oferty oraz uzupełnień oferty o wymagane dokumenty. Na potrzeby danego postępowania to osoba będąca pełnomocnikiem odpowiada de facto za udział wykonawców w postępowaniu.

Pora na podwykonawstwo

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.

Ustawodawca przewidział możliwość realizacji zamówienia przez wykonawców w dodanym do p.z.p. art. 29 ust. 4 pkt 4. Zgodnie z tym przepisem zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia powinien wskazać wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi, jeżeli jest to uzasadnione przedmiotem lub charakterem tych czynności.

Bezpośrednio możliwość zaangażowania podwykonawcy została przewidziana w art. 36a p.z.p., który wprost wskazuje, że zamawiający może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, z jednoczesną możliwością zastrzeżenia, że kluczowe prace powinny być wykonane przez wykonawcę osobiście. Zamawiający może żądać od wykonawcy wskazania, jaką część zamówienia postanowił powierzyć do realizacji podwykonawcy.

Kolejny przepis art. 36 p.z.p., zawierający formalne wymagania co do treści SIWZ, określa w ust. 2 pkt 9–12 wymagania co do treści i załączników oferty w przypadku udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia, tj. zakres czynności wykonywanych przez podwykonawcę, zakres części zamówienia, które wykonawca musi wykonać osobiście.

W przeciwieństwie do współudziału w realizacji zamówienia na zasadzie konsorcjum, zamawiający wymaga od wykonawcy faktycznej kontroli nad podwykonawcą.

Co w umowie

Niezwykle istotne zmiany wprowadzono w 2014 r. w

przepisach dotyczących umów w sprawie zamówienia publicznego, z wyszczególnieniem robót budowlanych.

Przede wszystkim dodany art. 143a p.z.p. zawiera w ust. 1 pkt 1 zastrzeżenie uzależniające wypłatę wynagrodzenia wykonawcy od wcześniejszego okazania dowodu zapłaty za wykonane roboty podwykonawcom. Zamawiający może bowiem wstrzymać wypłatę wynagrodzenia wykonawcy lub wypłatę kolejnej zaliczki w części do sumy kwot wynikającej z nieprzedstawionych dowodów zapłaty podwykonawcy (art. 143a ust. p.z.p.).

W art. 143b p.z.p. zawarto obowiązek uzależnienia możliwości zawarcia umowy z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą od zgody zamawiającego lub odpowiednio generalnego wykonawcy. Ponadto w przypadku zawarcia umowy o podwykonawstwo podwykonawca ma obowiązek przedłożyć zamawiającemu projekt umowy do akceptacji. Mechanizm ten ma zabezpieczyć ewentualne roszczenia podwykonawcy o zapłatę wynagrodzenia. Należy mieć na uwadze, że celem tej regulacji jest zabezpieczenie interesów podwykonawcy w sposób gwarantujący zamawiającemu kontrolę nad realizacją zamówienia przez generalnego wykonawcę.

Art. 143d p.z.p. zawiera katalog elementów, które obligatoryjnie muszą się znaleźć w umowie o roboty budowlane. Przy czym należy wskazać, iż sformułowanie „w szczególności” czyni ten katalog otwartym, a zatem oprócz wymienionych w nim klauzul zamawiający opracowując wzór lub istotne postanowienia umowy, a w trybach niekonkurencyjnych strony w toku negocjacji mogą wskazać na inne, dodatkowe postanowienia.

Z punktu widzenia wykonawcy istotne jest obowiązkowe zawarcie w umowie generalnej konieczności przedkładania przez wykonawcę zamawiającemu projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, a także projektu jej zmiany, oraz poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zawartej umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, i jej zmian. ©©

—Przemysław Kocielski

podstawa prawna: ustawa z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.)

podstawa prawna: ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz.U. z 2015 r., poz. 539)

podstawa prawna: rozporządzenie prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2013 r., poz. 231)